

## COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING VERSLIKT ZICH IN OORDEEL OVER ENKELE-FEITCONSTRUCTIE

### Juridische fouten verhinderen nadere opheldering 'enkele-feitconstructie'

**CGB 1 juli 2011**, oordeelnr. 2011-102

**Samenvatting** | Een sollicitante die ongehuwd een wereldreis met haar vriend had gemaakt werd door een evangelische basisschool afgewezen. De CGB oordeelde dat sprake was van verboden onderscheid op grond van het 'enkele feit' van burgerlijke staat. Annotator Guido Terpstra levert juridische kritiek op de toepassing van de enkele-feitconstructie door de CGB. Naar aanleiding van de casus wordt bovendien de vraag opgeworpen of onderscheid op differentiatiegrond 'burgerlijke staat' in de huidige Algemene wet gelijke behandeling even strikt zou moeten worden getoetst als wanneer gronden als 'geslacht' en 'seksuele gerichtheid' in het geding zijn.

**Trefwoorden** | onderwijs, sollicitatie, godsdienst.  
[art. 5 lid 2 AWBG]

**Noot** | Guido Terpstra \*

#### FEITEN

In deze zaak voor de Commissie Gelijke Behandeling komt een sollicitante voor de functie van docent bewegingsonderwijs op een basisschool in het bijzonder onderwijs op tegen haar afwijzing. Het betreft hier een basisschool van evangelisch-christelijke signatuur. De verzoekster stelt te zijn afgewezen vanwege een door haar afgelegde wereldreis met haar vriend, terwijl zij niet met elkaar zijn getrouwd. Zij claimt daarmee te zijn afgewezen op grond van haar burgerlijke staat, en dat daarmee verboden onderscheid jegens haar is gemaakt op grond van burgerlijke staat in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

De basisschool stelt dat de gemaakte wereldreis reden was om door te vragen tijdens het sollicitatiegesprek. Uit dit gesprek is volgens de basisschool naar voren gekomen dat kandidate de grondslag van de school op drie elementaire onderdelen niet deelt: te weten haar zienswijze op het huwelijk, haar relatie tot God en het lidmaatschap van een kerk of gemeente. De basisschool verlangt van haar personeelsleden dat zij de evangelische grondslag onderschrijven en ernaar leven. De school bevond kandidate uiteindelijk niet geschikt voor de functie: er was bij de sollicitatiecommissie geen vertrouwen dat de kandidate in staat zal zijn de grondslag van de school op de drie genoemde punten uit te dragen en over te brengen op leerlingen.

- Mr. G.Th. Terpstra promoveert aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op de toekomst van het gelijkheidsbeginsel in de pluriforme samenleving. Het onderzoek t.b.v. deze annotatie kwam mede tot stand dankzij een subsidie van het NWO onderzoeksprogramma 'Conflict en Veiligheid'.

## UITSPRAAK

'Oordeel  
2011-102

Datum: 1 juli 2011  
Dossiernummer: 2010-0213

Oordeel in de zaak van  
. . . .  
wonende te . . . . , verzoekster  
tegen  
Stichting voor Bijzonder Primair Onderwijs in de Zaanstreek, Agora  
gevestigd te Zaanstad, verweerster

### 1 Procesverloop

1.1 Bij verzoekschrift van 22 juli 2010 dat op 23 juli 2010 is ontvangen heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens haar onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging en burgerlijke staat heeft gemaakt door haar af te wijzen voor de functie van docent bewegingsonderwijs.

1.2 Daarna zijn de volgende stukken gewisseld:  
brief van verweerster van 22 september 2010.

1.3 De Commissie heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 november 2010, waar verzoekster, vergezeld door . . . . , vader, en verweerster, vertegenwoordigd door mr. K. van Boltaringen-Roumen, advocaat, die werd vergezeld door . . . . , directeur basisschool, en . . . . , lid sollicitatiecommissie, zijn verschenen.

### 2 Feiten

2.1 Verweerster is het bevoegd gezag van een aantal basisscholen voor bijzonder onderwijs. Verzoekster heeft op 17 juni 2010 bij een evangelische basisschool, hierna: de basisschool, die valt onder het bevoegd gezag van verweerster, gesolliciteerd naar de functie van docent bewegingsonderwijs.

2.2 Sinds 2009 valt de basisschool onder het bevoegd gezag van verweerster, een stichting met een christelijke levensbeschouwelijke grondslag. Blijkens de statuten is het doel van de stichting het doen geven en bevorderen van bijzonder primair onderwijs. Zij tracht dit doel onder meer te verwezenlijken door het oprichten en in stand houden van scholen voor primair onderwijs op verschillende religieuze grondslagen.

2.3 Toen de basisschool in 2009 onder het bevoegd gezag van verweerster ging vallen, is afgesproken dat de oprichtingsakte van de basisschool leidend zou blijven voor de uitleg van de evangelische identiteit van de basisschool. In de oprichtingsakte is opgenomen wat de basisschool verstaat onder een evangelische levensbeschouwing:

1. "God is de Bron van alle waarheid, geopenbaard door:
  - a. De schepping en ons geweten (algemene openbaring).
  - b. De Bijbel en Jezus Christus (bijzondere openbaring) (...)"
2. "Het onder 1 genoemde toont ons dat de zichtbare en onzichtbare werkelijkheid geschapen is door God, Die persoonlijk en oneindig is en dat dit alles aanvankelijk goed was (...)"
3. "God wordt niet alleen gezien als Bron van alle waarheid en oorsprong van al wat is, maar ook als Degene waarvan alle waarden zijn afgeleid (...)"
4. "De gehele schepping, de rol van de mens en alle maatschappelijke en sociale samenlevingsstructuren worden gezien in het licht van het vestigen van Gods koninkrijk (...)"

2.4 Ingevolge artikel 3, vierde lid, van de oprichtingsakte dient het personeel met de grondslag, het doel en de beginselen van de basisschool in te stemmen en dit schriftelijk te bevestigen. Voorts dient ieders leven hiermee in overeenstemming te zijn.

2.5 In de schoolgids is een paragraaf opgenomen over het aannamebeleid van teamleden. Hierin is voor zover relevant het volgende opgenomen: "De leden (van de sollicitatiecommissie – CGB) vragen sollicitanten uitgebreid naar onder meer hun persoonlijke geloofsleven en de relatie daarvan met de identiteit van de school. Ook eventuele ervaring in het onderwijs, persoonlijke kwaliteiten en het functioneren binnen een teamverband komen aan de orde (...). "Wij verwachten van begeleiders en sollicitanten, dat zij niet alleen kunnen instemmen met de grondslag en de doelstelling van de school, maar dat zij ook gestalte kunnen geven aan de praktische uitwerking.

De begeleider/sollicitant

is aangesloten en betrokken bij een kerk of gemeente;

volgt Jezus Christus daadwerkelijk en geeft daarvan blijk in dagelijks leven en werk;

stelt de bijbel normatief voor zijn/haar handelen (...);

kan pionieren en is bereid de uitgangspunten van de school mede handen en voeten te geven (...).

2.6 Naast de schoolgids is het schoolplan een belangrijk document waarin de grondslag van de basisschool is vastgelegd. Hierin is onder meer vastgelegd dat de basisschool is gefundeerd op drie peilers die kenmerkend zijn voor de evangelische richting, te weten:

de persoonlijke relatie met Jezus Christus door het werk van de Heilige Geest, vanuit een persoonlijke overgave;

het aanvaarden van de bijbel als absolute autoriteit en fundament voor geloof en leven;

het missionaire karakter.

2.7 Verzoekster heeft bij e-mail van 17 juni 2010 aan de directeur van de basisschool laten weten geïnteresseerd te zijn in de vacante functie van docent bewegingsonderwijs. Naar aanleiding van deze e-mail heeft verzoekster nog dezelfde dag een telefoongesprek gehad met de directeur. In het gesprek heeft de directeur verzoekster om een sollicitatiebrief gevraagd. Verzoekster heeft op 17 juni 2010 haar sollicitatiebrief aan verweerster gestuurd. Verzoekster was op dat moment op wereldreis met haar vriend.

2.8 In een email van 18 juni 2010 heeft de directeur op de sollicitatiebrief van verzoekster gereageerd door naar haar werkdagen te vragen in verband met het rooster. In de e-mailwisseling die volgt, deelt de directeur vervolgens op 28 juni 2010 aan verzoekster mee dat het rooster overeenkomstig haar voorkeur is aangepast. In dezelfde mail schrijft hij dat hij, zodra zij terug is van wereldreis, contact opneemt voor een sollicitatiegesprek.

2.9 Het sollicitatiegesprek heeft plaatsgevonden op 9 juli 2010. Tijdens het sollicitatiegesprek is gesproken over het feit dat verzoekster ongehuwd op reis is geweest met haar vriend en de visie van verzoekster hierop in relatie tot de evangelische identiteit van de school. De directeur van de basisschool heeft verzoekster dezelfde dag telefonisch meegedeeld dat zij is afgewezen voor de functie van docent bewegingsonderwijs.

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging en burgerlijke staat heeft gemaakt door haar af te wijzen voor de functie van docent bewegingsonderwijs.

3.2 Ten aanzien van de grond levensovertuiging gelden de volgende overwegingen. Uit artikel 6 van de Grondwet (Gw) betreffende de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging blijkt dat deze begrippen nevengeschikt zijn. De wetgever heeft hiermee mede beoogd een richtsnoer te geven voor de interpretatie van het begrip levensovertuiging (Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 28-29). Bij godsdienst is sprake van een overtuiging omtrent het leven waarbij een opperwezen centraal staat, terwijl bij een levensovertuiging dit opperwezen ontbreekt, maar er eveneens een dergelijke existentiële gemeenschappelijke overtuiging bestaat. Nu verzoekster ter zitting desgevraagd heeft aangegeven dat er bij haar sprake is van een overtui-

ging waarbij een opperwezen centraal staat, kan zij geen beroep doen op (eventuele) bescherming van de grond levensovertuiging. De Commissie laat deze grond dan ook verder buiten beschouwing.

#### *Wettelijk kader*

3.3 Ingevolge artikel 5, eerste lid, aanhef en onderdeel a van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is het (potentiële) werkgevers verboden bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst en burgerlijke staat.

3.4 Het begrip godsdienst dient overeenkomstig het door de Grondwet en mensenrechtenverdragen gewaarborgde recht op vrijheid van godsdienst ruim te worden uitgelegd en omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich er naar kunnen gedragen (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40, vergelijk Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29). Dit laatste aspect van de godsdienstvrijheid, ook wel aangeduid met handelingsvrijheid, beoogt betrokkenen onder meer in staat te stellen om hun leven volgens godsdienstige voorschriften en regels in te richten en hier ook anderszins gestalte aan te geven in de leefsituatie en omgeving (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3). Hieruit volgt dat de AWGB tevens bescherming biedt bij gedragingen die, mede gelet op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging.

3.5 Bij het begrip burgerlijke staat moet worden gedacht aan de huwelijkse staat, dus een verschil dat wordt gemaakt tussen gehuwden en ongehuwden en bijvoorbeeld gehuwd en ongehuwd samenwonenden (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 70). Nu verzoekster stelt dat zij is afgewezen vanwege het feit dat zij ongehuwd op reis is geweest met haar vriend, kan zij een beroep doen op de grond burgerlijke staat.

#### *Standpunten*

3.6 Verzoekster stelt dat verweerster jegens haar onderscheid op grond van godsdienst en burgerlijke staat heeft gemaakt door haar af te wijzen voor de functie van docent bewegingsonderwijs. Op het moment dat verzoekster bij verweerster solliciteerde was zij op wereldreis met haar vriend. Dit heeft zij ook in het telefoon- en mailcontact met de directeur van de basisschool aangegeven. Tijdens dit contact is nooit naar voren gekomen dat dit voor een eventuele aanstelling problematisch zou zijn. De directeur had weliswaar aangegeven dat er formeel nog een sollicitatiegesprek zou moeten plaatsvinden maar het lesrooster was al conform haar wensen aangepast. Verzoekster ging er dan ook van uit dat er geen noemenswaardige problemen aan haar aanstelling in de weg zouden staan. Tijdens het sollicitatiegesprek is onder meer aan haar gevraagd hoe zij het ongehuwd samen reizen zag in relatie tot de evangelische geloofsovertuiging. Daarnaast is gesproken over haar relatie tot God en over het zich aansluiten bij een kerk. Na het gesprek liep de directeur met haar mee naar buiten waar zij ook nog met hem heeft gesproken over het samen reizen met haar vriend. Dezelfde middag belde de directeur haar op met de mededeling dat hij moeite had met het nemen van een beslissing vanwege het feit dat zij ongehuwd met haar vriend op reis was geweest. Hieraan voegde hij toe dat het feit dat zij nog geen lid was van een kerk geen (noemenswaardig) struikelblok vormde. De directeur gaf aan dat hij van de sollicitatiecommissie de beslissingsbevoegdheid had gekregen en dat hij haar later nog zou bellen als hij tot een beslissing was gekomen. De directeur belde vervolgens 's avonds met de mededeling dat verzoekster was afgewezen voor de functie. Als reden voor de afwijzing gaf hij aan dat verzoekster ongehuwd op reis was geweest met haar vriend. Een andere reden heeft de directeur in het gesprek niet gegeven.

3.7 Het bevreemdt verzoekster dat verweerster nu stelt dat zij is afgewezen omdat zij een andere invulling zou geven aan de evangelische geloofsovertuiging. Dit heeft de directeur in geen van de twee telefoongesprekken gezegd. Verzoekster benadrukt dat over 'seks voor het huwelijk' tijdens het sollicitatiegesprek niet is gesproken, alleen over het ongehuwd samen reizen.

3.8 Verweerster stelt dat zij verzoekster heeft afgewezen omdat zij de evangelische grondslag van de basisschool op drie essentiële punten niet deelt, te weten haar zienswijze op het huwelijk, haar relatie tot

God en het lidmaatschap van een kerk of gemeente. Verweerster had er daarom onvoldoende vertrouwen in dat verzoekster de grondslag van de school kon vormgeven.

3.9 Op de basisschool wordt de kinderen voorgehouden en geleerd dat God het huwelijk heeft ingesteld en dat de gemeenschap tussen man en vrouw daarin een plaats heeft. Wanneer het huwelijk wordt ingezegend tussen man en vrouw wordt daarbij een verbond met God aangegaan. Dit wordt in de school uitgedragen in het onderwijs tijdens de kringtijd, het samen lezen in de Bijbel, het gebed en de aanbidding van God. Tijdens het sollicitatiegesprek kwam naar voren dat verzoekster ongehuwd op reis is gegaan met haar vriend. De sollicitatiecommissie heeft naar aanleiding hiervan gevraagd hoe verzoekster tegen de evangelische levensbeschouwing op dit punt aankijkt. Verzoekster gaf nadrukkelijk aan dat zij 'seks voor het huwelijk' niet in conflict beschouwt met haar christelijke levensovertuiging. Het enkele feit dat zij en haar vriend voor elkaar gekozen hadden was voor haar voldoende. Zij gaf aan dat ze het huwelijk weliswaar ziet als een door God gegeven instelling, maar dat zij 'vrij' is om daar anders mee om te gaan. Dit komt niet overeen met de evangelische grondslag van de basisschool, waarbij het huwelijk uitdrukkelijk niet wordt gezien als een optie, iets waaruit je kunt kiezen als een mogelijke samenlevingsvorm, maar als de enige mogelijkheid om als man en vrouw als partners duurzaam te leven onder Gods zegenende handen. Omdat verzoekster nadrukkelijk op de beschreven wijze invulling wil geven aan haar geloof en de standpunten van verweerster met betrekking tot de basisschool derhalve hier niet onderschrijft, heeft de sollicitatiecommissie er dan ook geen vertrouwen in dat zij de evangelische identiteit van de school voldoende op de leerlingen over kan dragen. Voorts past dit ook niet in de wijze waarop de grondslag binnen het team van de basisschool wordt beleefd en tot uitdrukking komt in de gebedstijden.

3.10 Daarnaast bleek in het sollicitatiegesprek dat verzoekster God ziet als een God van liefde en vergevingsgezindheid. De evangelische levensbeschouwing behelst onder meer het aanvaarden van de Bijbel als absolute autoriteit voor geloof en werken. Zoals God zich hierin openbaart, is Hij inderdaad een God van liefde, maar zeker ook een God van rechtvaardigheid en oordeel. Zijn instellingen (wetten, richtlijnen) zijn niet vrijblijvend, om te kiezen waar je wel of niet aan wilt houden, maar gegeven om daaraan te gehoorzamen. Aangezien verzoekster in de ogen van de school de eenzijdige nadruk legt op de liefde en vergevingsgezindheid van God, is de sollicitatiecommissie dan ook op dit punt er niet van overtuigd dat zij de evangelische leer op de kinderen kan overbrengen.

3.11 Voorts heeft verzoekster in het sollicitatiegesprek het idee gewekt geen groot belang te hechten aan het vinden van een kerk of gemeente om zich bij aan te sluiten. Zoals ook uit het aannamebeleid, zoals beschreven in hoofdstuk 11.1 van de schoolgids, blijkt, dient een sollicitant aangesloten en betrokken te zijn bij een kerk of gemeente. Dit is voor de basisschool van belang, omdat mensen die zijn aangesloten bij een kerk of gemeente, zich ook onder gezag willen stellen en aanspreekbaar willen zijn op hun wandel als discipelen van Jezus Christus. Verweerster onderkent dat iedere christen een periode kan doormaken dat er geen vaste aansluiting is bij een kerk of gemeente. Verzoekster gaf de sollicitatiecommissie echter het gevoel dat het niet aangesloten zijn bij een kerk of gemeente past in het patroon van 'het maken van eigen keuzes'. Dit past echter niet in de evangelische levensbeschouwing van de basisschool.

3.12 Verweerster verklaart dan ook dat zij verzoekster niet heeft afgewezen vanwege het enkele feit van burgerlijke staat. Het ongehuwd samen reizen was voor verweerster aanleiding om door te vragen op deze voor verweerster essentiële punten. Nu uit het sollicitatiegesprek bleek dat verzoekster wat 'losser' dacht over deze voor verweerster essentiële punten, meende verweerster dat verzoekster onvoldoende de evangelische grondslag van de school zou kunnen uitdragen.

3.13 Tenslotte benadrukt verweerster dat zij geen baan aan verzoekster heeft toegezegd. De directeur van de basisschool heeft duidelijk aan verzoekster aangegeven dat er een formeel gesprek met de sollicitatiecommissie zou plaatsvinden en dat deze commissie zou bepalen of zij zou worden voorgedragen voor de functie of niet. Verweerster betwist dan ook dat de directeur van de basisschool beslissingsbevoegdheid zou hebben om verzoekster aan te nemen.

*Beoordeling*

3.14 De Commissie begrijpt uit het hetgeen verweerster heeft aangevoerd, dat voor haar de kern van de onderhavige zaak is dat verzoekster onvoldoende de evangelische grondslag van de school zou kunnen uitdragen. De Commissie zal daarom eerst onderzoeken of verweerster bij de afwijzing onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt. Daarna zal de Commissie onderzoeken of verweerster bij de afwijzing onderscheid op grond van burgerlijke staat heeft gemaakt.

*Godsdienst*

3.15 Verweerster heeft aangevoerd dat zij verzoekster heeft afgewezen omdat verzoekster de evangelische grondslag van de basisschool op drie voor verweerster essentiële punten niet deelt, te weten haar zienswijze op het huwelijk, haar relatie tot God en het lidmaatschap van een kerk of gemeente (zie 3.8). Verweerster heeft aangegeven dat zij er daarom onvoldoende vertrouwen in had dat verzoekster de grondslag van de school overtuigend kon uitdragen.

3.16 De Commissie stelt vast dat verweerster bij de afwijzing van verzoekster direct verwijst naar de geloofsovertuiging casu quo geloofsopvattingen van verzoekster. De Commissie oordeelt dat verweerster daardoor direct onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt.

*Wettelijke uitzondering van toepassing?*

3.17 Het maken van direct onderscheid op grond van godsdienst is verboden tenzij er een wettelijke uitzondering van toepassing is. In artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB is bepaald dat een instelling van bijzonder onderwijs de vrijheid heeft om eisen te stellen aan 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.

3.18 Deze bepaling houdt verband met artikel 23 Grondwet, waarin de vrijheid van onderwijs is gewaarborgd. Deze vrijheid van onderwijs brengt mee dat instellingen van bijzonder onderwijs eisen kunnen stellen ter verwezenlijking van hun identiteit, zolang zij daarbij geen onderscheid maken dat niet wordt gerechtvaardigd door de door deze identiteit gekenmerkte verhoudingen (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 17).

3.19 Verweerster beroept zich op deze uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van – in casu – godsdienst. Om vast te stellen of verweerster met recht dit beroep doet, dient aan de volgende voorwaarden te worden voldaan:

a. er moet sprake zijn van een instelling van bijzonder onderwijs en verweerster dient een consistent beleid te voeren ter handhaving van haar grondslag (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 22 en HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891, NJCM-Bulletin 1988, p. 214 (m.nt. R. de Winter));

b. de onderscheidmakende functie-eisen dienen noodzakelijk te zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de basisschool;

c. deze eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Alleen indien aan al deze voorwaarden is voldaan, kan het beroep op voornoemde uitzonderingsbepaling slagen (zie bijvoorbeeld CGB 16 april 2007, 2007-61 en CGB 14 juni 2007, 2007-96, CGB 9 mei 2011, 2011-74).

*Grondslag en consistentie beleid*

3.20 De Commissie stelt voorop dat een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag zelf haar grondslag en doel bepaalt. Bij de vaststelling of de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB van toepassing is, heeft de Commissie derhalve niet tot taak de grondslag en het doel van de basisschool te beoordelen. De Commissie beoordeelt slechts of sprake is van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18).

3.21 Vast staat dat de basisschool een evangelische grondslag heeft en zich als evangelische basisschool manifesteert. Deze grondslag is neergelegd in de oprichtingsakte, de schoolgids, het schoolplan en op de website van de school. Gelet hierop kan de basisschool worden aangemerkt als een instelling op godsdienstige grondslag, zoals bedoeld in artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB.

3.22 Vervolgens ligt de vraag voor of verweerster een consistent beleid voert ter handhaving van de evangelische identiteit van de basisschool. Verweerster vraagt van alle (nieuwe) personeelsleden van de basisschool dat zij instemmen met de grondslag en de uiting die de school hieraan geeft. Zo wordt onder meer geëist dat een medewerker meelevend lid is van een gemeente of kerk, in het dagelijks leven Jezus Christus volgt en de Bijbel normatief stelt voor zijn handelen. Dit betekent voor verweerster onder meer dat het huwelijk de enige mogelijke samenlevingsvorm voor man en vrouw is en dat God een God van liefde, rechtvaardigheid en oordeel is. Verweerster stelt deze eisen (en de uitleg die zij hieraan geeft) aan alle personeelsleden van de basisschool en is hierin consequent. Verweerster heeft immers verklaard dat ook wanneer er geen geschikte kandidaat kan worden gevonden, zij vasthoudt aan deze eisen.

3.23 Gelet op het voorgaande stelt de Commissie vast dat verweerster hiermee op consistente wijze uitvoering geeft aan de evangelische grondslag van de basisschool. Noodzaak van de onderscheidmakende eis.

3.24 De volgende vraag die voorligt is of de functie-eis, gelet op het doel van de basisschool, nodig is voor de verwezenlijking van haar grondslag. Voorop wordt gesteld dat de vaststelling van het doel, evenals de betekenis ervan voor het stellen van bepaalde eisen aan een functie, primair bij de instelling zelf ligt (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18). De Commissie geeft geen inhoudelijke beoordeling van deze beslissingen van verweerster, maar beoordeelt of verweerster in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 51). De beoordeling van de Commissie richt zich ingeval van een beroep op artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB, bovenal op de vraag of er een objectiveerbare band is tussen de verwezenlijking van de grondslag en de daaraan ontleende functie-eis (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 44 en 51).

3.25 Verweerster heeft hiertoe gesteld dat van iedere medewerker wordt verwacht dat hij of zij de grondslag van de basisschool onderschrijft. Het uitdragen van de grondslag van de school is niet specifiek gebonden aan bepaalde delen van het onderwijs maar is een continu proces. Dit betekent dat ook de docent bewegingsonderwijs kan worden aangesproken door leerlingen met vragen over de evangelische geloofsovertuiging of kan worden geconfronteerd met situaties waarin moet worden gehandeld overeenkomstig de grondslag van de school. Daarnaast maakt de docent bewegingsonderwijs deel uit van het team waarmee niet-lesgebonden activiteiten plaatsvinden waarin de grondslag tot uitdrukking komt.

3.26 De Commissie oordeelt op grond van hetgeen verweerster hiertoe onbetwist heeft verklaard dat sprake is van een objectiveerbare relatie tussen de onderhavige functie-eis en de grondslag van de basisschool (vergelijk CGB 23 december 1996, 1996-118).

#### *Het enkele feit*

3.27 Ten slotte dient te worden gezien of de gestelde functie-eis heeft geleid tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

3.28 De Commissie overweegt dat voor verweerster het huwelijk de enige mogelijke samenlevingsvorm voor man en vrouw is en dat zij hieraan bij de selectie van kandidaten vasthoudt (zie 3.22). De Commissie leidt hieruit af dat het feit dat verzoekster ongehuwd samen met haar vriend op reis is geweest, voor verweerster op zichzelf al reden is om verzoekster af te wijzen. De Commissie overweegt dat het feit dat verzoekster ongehuwd samen heeft gereisd, onlosmakelijk is verbonden met haar burgerlijke staat. Dit betekent dat verweerster bij de afwijzing onderscheid heeft gemaakt op grond van het enkele feit van burgerlijke staat, tenzij er sprake is van bijkomende omstandigheden zoals omschreven in 3.29 en 3.30.

*Bijkomende omstandigheden*

3.29 In de wetsgeschiedenis is niet concreet aangegeven wat onder bijkomende omstandigheden moet worden verstaan. Er is tijdens de totstandkoming van de AWGB veel gesproken over de zogenoemde enkele-feitconstructie en de rol van bijkomende omstandigheden daarin. Deze discussie heeft zich toegespitst op het voorbeeld van een homoseksuele leraar op een christelijke school. Hierover is van de zijde van het kabinet onder andere het volgende gezegd: “Concreet gaat het om de vraag of een homoseksuele leraar, die niet mag worden afgewezen louter vanwege zijn homoseksualiteit, wel zou mogen worden afgewezen omdat hij een relatie heeft of met die relatie samenleeft. Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan: dat mag dus niet. Het enkele feit van de seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en -relaties. De homoseksuele leraar mag derhalve niet vanwege het hebben van een homoseksuele relatie worden afgewezen, ook niet als zou blijken dat hij met deze relatie samenleeft. Hetzelfde geldt overigens voor de heteroseksuele leraar (Handelingen II, 1993, 47-3508, 47-3510)”.

3.30 Voorts zijn in de Handelingen nog de volgende passages uit de inbreng van het kabinet te lezen: “Maar wanneer er sprake is van meer dan dat enkele feit, als een leerkracht niet langer de overtuiging van de school draagt en uitdraagt, dan gaat het om iets anders, namelijk om het functioneren van die leerkracht in het verband van de betrokken school (...)”. “De redenen waarom wij die woordkeus hebben bevestigd, is dat het enkele feit, dus geïsoleerd beschouwd, van seksuele gerichtheid van al dan niet samenwonen of van andere punten die hierbij een rol spelen, niet de grond mag zijn waarop men zegt: u hoort hier niet, u hoort hier wel. Dit betreft het enkele feit, maar het kan zijn dat er feiten zijn die daarmee in een zeker verband staan, betrekking hebbende op de mogelijkheid om te functioneren als leerkracht in die school en op het dragen en mee uitdragen van de overtuiging, en dat die feiten wel relevant zijn (...)”. Het gaat in deze om de opstelling van een leerkracht die zorgt voor twijfel over de vraag of deze leerkracht nog wel achter de grondslag van de school staat en of deze leerkracht nog wel langer in staat is om op een geloofwaardige wijze de grondslag van de school uit te dragen. Het gaat dus om gedragingen die voor de bijkomende omstandigheden zorgen en die zich dus naast het enkele feit voordoen, om gedragingen die afbreuk doen aan het functioneren van de leerkracht op een bepaalde school met een bepaalde opvatting. Het antwoord op de vraag zou per school verschillend kunnen zijn (Handelingen II, 1993, 47-3514, 47-3516). De Commissie volgt deze lijn (CGB 29 april 1999, 1999-38 en CGB 15 juni 2007, 2007-100).

3.31 Uit de hierboven aangehaalde wetsgeschiedenis blijkt dat de Commissie een feitelijke beoordeling dient te geven van de vraag of de functie-eisen van verweerster (en in het verlengde daarvan de afwijzing van verzoekster) leiden tot strijd met het verbod op onderscheid op grond van het enkele feit van – in casu – burgerlijke staat. De Commissie dient derhalve te beoordelen of er relevante feiten zijn die in een zeker verband staan met de burgerlijke staat van verzoekster die betrekking hebben op de mogelijkheden om te functioneren als leerkracht en op het uitdragen van de identiteit van de school.

3.32 De Commissie overweegt dat de zienswijze van verzoekster op het huwelijk afwijkt van die van verweerster. Dit kan echter niet als bijkomende omstandigheid gelden, omdat dan de zogenoemde enkele-feitconstructie van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB haar beschermende werking zou verliezen. Immers, in de vergelijkbare situatie dat een homoseksuele docent (ongehuwd) samenleeft met een partner van hetzelfde geslacht, zou dit evenmin als bijkomende omstandigheid kunnen gelden. Dat de docent (kennelijk) een andere zienswijze op het huwelijk heeft, doet daaraan niet af. Voorts volgt de Commissie verweerster niet in haar verweer dat de bijkomende omstandigheden eruit bestaan dat verzoekster vanwege haar geloofsopvattingen minder strikt zou zijn in haar gedrag, namelijk door het niet-aangesloten zijn bij een kerk of gemeente. Nu de Commissie reeds heeft vastgesteld dat dit onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg heeft (3.16), kan dit niet tevens als bijkomende omstandigheid gelden. Daarmee zou immers de beschermende werking aan de enkele-feitconstructie ontvallen. Nu het de Commissie ook overigens niet is gebleken dat er sprake is van bijkomende omstandigheden, oordeelt de Commissie dat sprake is van onderscheid op grond van het enkele feit van burgerlijke staat.

3.33 De Commissie oordeelt dan ook dat verweerster verboden direct onderscheid op grond van godsdienst en burgerlijke staat heeft gemaakt bij de afwijzing van verzoekster voor de functie van docent bewegingsonderwijs.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat Stichting voor Bijzonder Primair Onderwijs in de Zaanstreek, Agora, jegens . . . verboden onderscheid op grond van godsdienst en burgerlijke staat heeft gemaakt bij de afwijzing voor de functie van docent bewegingsonderwijs.

Aldus gegeven te Utrecht op 1 juli 2011 door mr. E.J.M. Hofhuis, voorzitter, mr. D.C. Houtzager en mr. P. de Casparis, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. O.A.B. Luiken, secretaris.

mr. E.J.M. Hofhuis  
namens deze,  
mr. D.C. Houtzager  
Commissielid

mr. O.A.B. Luiken  
namens deze,  
mr. A.H. Pranger  
Secretaris'

#### NOOT

1. Het feit dat de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) in dit oordeel de zogenaamde 'enkele-feitconstructie' van artikel 5, tweede lid, AWGB toepast, maakt dit oordeel bij voorbaat interessant. De discussie die leidde tot deze constructie was een van de hete hangijzers bij de totstandkoming van de AWGB. De strekking van de enkele-feitconstructie is dat onderscheid op grond van religie en politieke overtuiging is toegestaan voor religieuze en politieke instituties, mits zij daarbij geen onderscheid maken op grond van het 'enkele feit' van een van de andere discriminatiegronden uit de AWGB.<sup>1</sup> Met de woorden 'enkele feit' heeft de wetgever willen bepalen dat een school voor bijzonder onderwijs (of enige andere instelling op religieuze, levensbeschouwelijke of politieke grondslag) bij selectie van personeel niemand mag afwijzen op een van de genoemde differentiatiegronden alleen. *A contrario* kunnen bepaalde *bijkomende omstandigheden*, die weliswaar samenhangen met een van de verdachte onderscheidingsgronden, wel een rechtvaardiging voor dergelijke instelling vormen om onderscheid te maken – uiteraard alleen in verband met de verwezenlijking van de grondslag van de instelling. Met deze wettelijke constructie heeft men een compromis tot stand willen brengen tussen het belangen van gelijke behandeling enerzijds, en anderzijds de belangen van instellingen om bijvoorbeeld personeel te selecteren op basis van hun religieuze, politieke of levensbeschouwelijke grondslag – tegen de achtergrond van de vrijheid van vereniging en de vrijheid van godsdienst. De wetsgeschiede-

1 Naast godsdienst resp. politieke overtuiging gaat het hier om ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid, nationaliteit en burgerlijke staat (art. 5 lid 2 AWGB sub a t/m c).

nis noch de jurisprudentie hebben tot op heden echter voorbeelden van dergelijke rechtvaardigende ‘bijkomende omstandigheden’ opgeleverd. Vanuit het homobelangenorganisaties klinkt intussen al enige tijd de roep om de constructie uit de wet te halen en daarmee de – tot nu toe theoretische mogelijkheid – om ‘bijkomende omstandigheden’ aan te voeren geheel uit te sluiten.

Het debat is opnieuw actueel geworden naar aanleiding van een ingebrekestelling van de Europese Commissie op basis van Richtlijn 2000/78/EU. De Europese Commissie stelt hierin dat onder andere artikel 5, tweede lid op onjuiste implementatie van de richtlijn duidt.<sup>2</sup> Inmiddels is er ook een initiatiefwetsvoorstel aanhangig dat beoogt de constructie uit de wet te schrappen.<sup>3</sup> Zoals gezegd is tot op heden de enkele-feitconstructie nauwelijks voor de rechter of CGB ingeroepen of anderszins toegepast.<sup>4</sup> Doordat jurisprudentie ontbreekt, had de politieke en rechtsgeleerde discussie hierdoor een wellicht principiële maar toch hypothetisch karakter. Met twee zaken binnen een jaar tijd krijgt de discussie wellicht wat meer praktische legitimatie. De hoofdvraag van deze noot is daarom in hoeverre dit CGB-oordeel ons wijzer maakt over de strekking van de enkele-feitconstructie. Opvallend tegen de achtergrond van het debat is dat deze zeldzame zaak niet gaat over seksuele gerichtheid, maar over de grond burgerlijke staat. De relevantie van de enkele-feitconstructie wordt immers doorgaans gezien tegen het licht van de positie van homoseksuelen in instellingen op orthodox-religieuze grondslag. Een vraag is of het verschil tussen de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat van belang voor de toepassing van de enkele-feitconstructie. In deze noot wordt stilgestaan bij de beoordeling en classificatie van de argumenten van partijen door de CGB, de CGB-interpretatie van de religieuze grondslag van de basisschool en van de enkele feit-constructie zelf. In het verlengde hiervan zal een (kritische) beschouwing worden gewijd aan het op één lijn stellen van de differentiatiegrond ‘burgerlijke staat’ met andere verdachte gronden in de huidige AWGB .

2. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat partijen in deze zaak een verschillende weergave geven van het sollicitatiegesprek, alsmede van de argumenten die voor de uiteindelijke afwijzing zouden zijn gebruikt. De kandidaat-docente stelt dat als enige reden voor haar afwijzing is gegeven de (ongehuwd) afgelegde wereldreis met haar vriend (3.7). De basisschool stelt daarentegen dat kandidate is afgewezen omdat zij de evangelische grondslag van de basisschool niet deelt op drie punten: haar zienswijze op het huwelijk (1), haar relatie tot God (2) en het lidmaat-

2 Voor de discussie over deze implementatiekwestie zie o.a. A.C. Hendriks en A.B. Terlouw, ‘Europese richtlijn, AWGB en “enkele feit”: meer of minder ruimte voor de vrijheid van godsdienst?’, *NJCM-Bulletin* 2010, p. 493; M.J. Strijkers, ‘Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie richtlijn te ontduiken’, *NJB* 17 juli 2009, p. 1636 in: C.J. Forder (hoofdred.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaar* 2009, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2009, p. 133 e.v. In G.Th. Terpstra, ‘De veelzijdige werkelijkheid achter het enkele feit’, *NTM/NJCM Bull* 2011, p. 217/218 betoog ik overigens dat op basis van artikel 2 lid 5 van Richtlijn 2000/78 de EU niet bevoegd zal zijn om over de juistheid van de *grondrechtenbalans* achter art. 5 lid 2 AWGB te oordelen.

3 Initiatiefwetsvoorstel van Van der Ham (D66), Van Miltenburg (VVD), Klijnsma (PvdA), Jasper van Dijk (SP) en Van Gent (GroenLinks); *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 2.

4 In de CGB oordelen 1996-39, 1999-38, 2007-51 en 2007-61 wordt de enkel-feitconstructie zijdelings genoemd of ingeroepen maar op voorhand niet toepasbaar verklaard. Van daadwerkelijke toetsing van ‘bijkomende omstandigheden’ is derhalve nog geen sprake geweest. Pas na dit oordeel 2011-102 heeft de rechter zich voor het eerst over een zaak uitgesproken waarin de enkele-feitconstructie een rol speelde: Rb. ‘s Gravenhage 2 november 2011, LJN: BU3104. De rechtbank concludeert dat het op voorhand uit de weg gaan van een open gesprek tussen school en homoseksuele docent over verenigbaarheid van zijn functioneren met de grondslag van de school het ‘enkele feit’ van homoseksuele gerichtheid betreft (r.o. 5.4.3). De school kon geen beroep doen op bijkomende omstandigheden zonder een dergelijk open gesprek te hebben gevoerd.

schap van een kerk of christelijke gemeente (3) (3.8). De basisschool stelt dat zij er daarom geen vertrouwen in had dat candidate in staat zou zijn om de evangelische levensvisie voldoende over te brengen op de leerlingen. Ook zou haar geloofsvisie niet passen in de wijze waarop het geloof wordt beleefd door het team, hetgeen in het werk tot uitdrukking zou komen in niet-lesgebonden activiteiten zoals gebedstijden (3.9-3.11). Het ongehuwd samen reizen is volgens de basisschool niet de reden van afwijzing geweest, maar wel de aanleiding om door te vragen op de drie genoemde en voor de basisschool essentiële punten (3.12).

Wat opvalt is dat de CGB zich nergens uitspreekt over het verschil in interpretatie tussen de basisschool en de kandidaat-docente ten aanzien van het feitencomplex. Dit is van belang omdat alleen de door de afgewezen docente gestelde gang van zaken kan duiden op afwijzing op grond van het 'enkele feit van' burgerlijke staat; de basisschool betoogt immers dat candidate is afgewezen op basis van een verschillende geloofsvisie op drie punten. Dit is een probleem voor de CGB, aangezien er *in casu* geen getuigen van de gesprekken waren.

3. De CGB kiest echter voor een wel heel opmerkelijke lijn om dit probleem te omzeilen. De CGB neemt de door de basisschool aangevoerde afwijzingsgronden als uitgangspunt voor toetsing (zie overweging 3.14-3.16). De weergave van de gesprekken door de kandidaat-docente wordt hiermee impliciet terzijde geschoven, of niet relevant geacht. Dit laatste is mogelijk doordat de basisschool in ieder geval voor de CGB heeft verklaard dat het verschil in geloofsvisie de kern van het gebrek aan vertrouwen in candidate is. Vervolgens pikt de CGB in 2.28 het 'verschil in visie op het huwelijk' uit de drie aangevoerde verschillende aangevoerde geloofspunten en leidt zij uit een verwoording van deze visie door de basisschool ('het huwelijk als de enig mogelijke samenlevingsvorm tussen man en vrouw') – op eigen gezag – af als zou dit verschil in visie *volgens de basisschool* pertinent onverenigbaar zijn met ongehuwd samen reizen. Daarom zou dit samen reizen voor de school 'op zichzelf al reden' zijn geweest om candidate af te wijzen. De basisschool zelf bevestigt deze beoordeling van zijn visie en grondslag door de CGB echter niet. Het feit dat candidate is uitgenodigd terwijl de ongehuwd ondernomen wereldreis bekend was en de school hierover het gesprek bewust aangaat duidt zelfs op het tegendeel.<sup>5</sup> Deze misvatting in interpretatie door de CGB had eenvoudig voorkomen kunnen en moeten worden door de gebruikelijke interpretatieve terughoudendheid in theologische kwesties in acht te nemen.

Overigens is het interessant op te merken dat de CGB in haar interpretatie van de religieuze huwelijksvisie van deze basisschool deze religieuze stroming reduceert tot haar doctrinaire, dogmatische dimensie. Van der Burg wijst in zijn werk op de eenzijdigheid hiervan. Religies en religieuze gemeenschappen zijn niet simpelweg te vereenzelvigen met hun theologisch-dogmatische dimensie, dat wil zeggen, met datgene wat aan doctrinaire uitgangspunten op (al dan niet heilig) schrift is gesteld. Van der Burg onderscheidt naast dogmatisch-doctrinaire dimensies een praktische- en een karakterdimensies van religie.<sup>6</sup> Een voorbeeld van de karakter-

5 Ook A.J. Overbeeke wijst hierop in: C.J. Forder, (red.), *Gelijke Behandeling, Oordelen en Commentaar*, CGB Oordelen-bundel 2011, Nijmegen: Wolf LP 2012, p. 47, onder punt 9.

6 W. van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', in: W. van der Burg, C.J.M. Spruyt en J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en Recht, Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 12 e.v. Zie ook W. van der Burg, 'Homogeniteit versus diversiteit – schuivende verhoudingen', *Religie & Samenleving* 2010, p. 107-109. Van der Burg uit hiermee mede kritiek op het werk van Cliteur, die volgens Van der Burg in zijn kritische beoordeling van religies in het algemeen (zoals 'de islam') enkel de dogmatisch-doctrinaire dimensie betreft.

dimensie van een religie kan zijn dat er consequent sprake is van principiële acceptatie en ruimte en voor afwijking van het dogmatische ideaal op individueel niveau.<sup>7</sup> In deze zaak geeft de basisschool zelf een sprekend voorbeeld van dergelijke nuancering van zijn dogmatiek waar het gaat om haar visie op kerklidmaatschap (3.11). Het is onjuist om te veronderstellen dat dergelijke religies, waarin de karakterdimensie naast de dogmatische dimensie een grote rol speelt, geen behoefte hebben aan afbakening en grenzen door bijvoorbeeld een selectief personeelsbeleid. Het conflicteert zelfs met de neutraliteit van de staat wanneer wetgeving op deze manier de facto ruimere mogelijkheden t.a.v. de selectie van personeel biedt aan hoofdzakelijk doctrinair-dogmatisch georiënteerde geloofsgemeenschappen. Afgezien van de overschrijding van de grenzen van de interpretatieve terughoudendheid zou de CGB zich naar aanleiding van deze casus kunnen bezinnen op de vraag in hoeverre de wet aan de anders dan enkel dogmatisch-doctrinair georiënteerde geloofsgemeenschappen *de facto* gelijke ruimte biedt.

4. Zoals gesteld heeft de basisschool naast de kwestie van de gemaakte wereldreis in het licht van de visie op het huwelijk nog twee bezwaren tegen de geschiktheid van docente aangevoerd. Haar visie op de noodzaak om lid te zijn van 'een kerkelijke gemeenschap' alsmede haar visie op haar 'relatie tot God' zouden te zeer uiteenlopen met die van de school.

Ten onrechte kiest de CGB ervoor om deze door de basisschool aangevoerde bezwaren tegen kandidate niet meer zelfstandig als rechtvaardiging te toetsen. In 3.32 overweegt de CGB over deze punten: 'Nu de Commissie reeds heeft vastgesteld dat dit onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg heeft (3.16), kan dit niet tevens als bijkomende omstandigheid gelden. Daarmee zou immers de beschermende werking aan de enkele-feitconstructie ontvallen'. De enkele-feitconstructie lijkt hier nu te fungeren als een soort toverstaf waarmee andere bezwaren tegen de geschiktheid van de kandidate worden weggegooid. Kennelijk gaat de CGB er vanuit dat deze twee verschillen van (geloofs)inzicht *samenhangen* met de visie op het huwelijk van de basisschool. De school zelf spreekt echter van *drie verschillende* bezwaren tegen kandidate, en voor enig inhoudelijk verband tussen de drie theologische bezwaren is geen aanwijzing in deze zaak. Door de twee overige bezwaren tegen kandidate niet meer afzonderlijk te toetsen laat de CGB opnieuw een juridische steek vallen.

Had zij de bezwaren tegen kandidate wel afzonderlijk getoetst, dan geeft mijns inziens alleen het eerste bezwaar (verschil in visie op het huwelijk) aanleiding om toetsing aan de enkele-feitconstructie op grond van 'burgerlijke staat' toe te passen. De andere twee bezwaren tegen de kandidate lijken zuiver religieus-inhoudelijk van aard; conform artikel 5 lid 2 AWGB mogen instellingen op godsdienstige grondslag dergelijke eisen stellen. Mocht de CGB van oordeel zijn geweest dat de twee weggepoetste bezwaren niet geloofwaardig of in oprechtheid door de school aangevoerd waren,<sup>8</sup> dan had de CGB dit expliciet aan dienen te geven. De weergave van standpunten van beide partijen biedt voor deze lezing geen enkele grond. Bovendien had de CGB de drie bezwaren reeds als valide erkend in overweging 3.12-3.14.

5. Zou op zichzelf genomen het aangevoerde 'verschil in visie op het huwelijk' als rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid kunnen gelden? In het licht van de enkele-feitconstructie

7 Van der Burg 2008 (*supra* noot 6), p. 12 ev.; Nieuwenhuis 2010 (*supra* noot 6), p. 107-109.

8 Strijkers oppert deze mogelijkheid in: C.J. Forder (red.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaar 2011*, Nijmegen: Wolf LP 2012, p. 219.

is dit een ingewikkeld vraagstuk. Vaststaat dat de gemaakte wereldreis de aanleiding was om door te vragen. Maar is het niet zo dat situaties waarin door een instelling op levensbeschouwelijke grondslag onderscheid wordt gemaakt op van seksuele gerichtheid, of zoals in onderhavig geval, de burgerlijke staat, doorgaans een verschil in geloofsvisie de achtergrond zal vormen van het gemaakte onderscheid door de basisschool? Dit roept dan de vraag op wat de hoofdreden van het gemaakte onderscheid moet worden beschouwd.

Wanneer er een verschil is in geloofsvisie, zal het hieruit voortvloeiende gedrag in strikte zin nooit *het enkele feit* kunnen betreffen; een en ander *hangt immers samen* met een andere kijk op (een gedeelte van) het geloof. Juist deze inherente spanning in de enkele-feitconstructie is de kern van de achterliggende fundamentele discussie. Via de leer van de 'bijkomende omstandigheden' heeft de wetgever getracht bepaalde ruimte te scheppen voor instellingen op religieuze/levensbeschouwelijke grondslag om de eigen identiteit te verwezenlijken. Maar de omvang van deze ruimte is volstrekt onhelder, wellicht juist omdat zuivere 'enkele feiten' in deze context nooit voorkomen en strikt genomen alles een bijkomende omstandigheid is.<sup>9</sup> Het is echter niet de bedoeling geweest dat 'alles' juridisch door kan gaan als rechtvaardigende 'bijkomende omstandigheid'. Er dient een weging plaats te vinden. Het verwarrende van de enkele-feitconstructie is dat de *terminologische betekenis* van de begrippen 'enkele feit' en 'bijkomende omstandigheden' nauwelijks van betekenis is. Het gaat om een sterk *evaluatieve betekenis*. Aan nadere inzichten in dit opzicht komt de CGB echter helaas niet toe vanwege de hierboven in paragraaf 4 genoemde zelfinterpretatie van de grondslag van de basisschool ten aanzien van het huwelijk.

De vraag die ik in dit oordeel graag beantwoord had gezien, is of een gedraging ook als 'enkel feit' beschermd wordt wanneer hier een (breder) verschil in geloofsvisie achter steekt – en waar wat dit betreft de grens ligt. De casus is wat dat betreft een goede illustratie. Het gedrag bleek (volgens de basisschool) terug te voeren op een van de grondslag afwijkende en lossere visie op en seksuele moraal en de betekenis van het huwelijk.

Als bij gevallen waarin sprake is van dergelijke 'dubbeling' van gedrag en verschil in geloofsvisie rechter en CGB uitgaan van een beschermwaardig 'enkele feit' van sollicitant of werknemer, dan leidt dat vervolgens tot een dieperliggend vraagstuk: Als er verschil in geloofsvisie is waarvan de werkgever stelt dat het onoverkomelijk is, is er dan wel een gezonde basis voor een intensieve arbeidsrelatie op basis van een gemeenschappelijke missie? Want hoe goed de bedoelingen ook zijn ten aanzien van bescherming van werknemers in dergelijke zaken ook zijn: *It takes two to tango* op een werkvloer. Dit dilemma, dat alles te maken heeft met het dilemma van 'minderheden binnen culturele en religieuze minderheden', is mijns inziens fundamenteel voor de enkele-feitconstructie, maar in het Nederlandse debat over het schrappen van de constructie lijkt er niet meer bij worden stilgestaan.<sup>10</sup> Over de grens is er over dit fundamentele

9 Overbeeke stelt treffend: 'Enkele feiten zijn er meestal niet; er zijn feitencomplexen; en die zijn op hun beurt vaak complex.' In C.J. Forder (Red.), *Gelijke behandeling oordelen en commentaar 2011*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 475.

10 Bij de totstandkoming kreeg de spanningsrelatie tussen belangen van instellingen op levensbeschouwelijke/religieuze grondslag enerzijds en gelijke behandeling anderzijds veel aandacht. In de Memorie van Toelichting van het initiatiefwetsvoorstel van Van der Ham (D66) c.s. tot schrapping van de enkele-feitconstructie worden aan dit dilemma geen overwegingen gewijd; er lijkt volgens indieners in feite geen dilemma te zijn. Zie Van der Ham (D66), Van Miltenburg (VVD), Klijsma (PvdA), Jasper van Dijk (SP) en Van Gent (GroenLinks), *Kamerstukken II 2009/10*, 32 476, nr. 3.

dilemma van de liberale rechtsstaat in verhouding tot multireligieus en multicultureel samenleven mijns inziens veel te leren.<sup>11</sup>

6. Het argument van de CGB dat de godsdienstige bezwaren – anders dan de verschillende visie op het huwelijk – tegen een candidate niet als bijkomende omstandigheden betrokken mogen worden omdat hiermee de “beschermende werking aan de enkele-feitconstructie zou komen te ontvallen” verdient nog een extra kritische kanttekening. De opzet van de AWGB is dat zij *verschillende* belangen en waarden beoogt recht te doen. ‘Gelijke behandeling’ is er een van en ‘godsdienstvrijheid’ een ander. Eerder in het oordeel, in overweging 3.4, benoemt de CGB dit expliciet, met een beroep op de wetsgeschiedenis. Spreken over ‘beschermingsniveau’ van één bepaald belang (gelijke behandeling) als zelfstandig en beslissend argument, in zaken waarin verschillende materiële belangen en waarden tegen elkaar moeten worden afgewogen is dus eenzijdig en inadequaat. Bij botsende belangen betekent bescherming van het ene belang immers de inperking van het andere.<sup>12</sup> Met andere woorden: als de CGB ‘de beschermende werking’ van enig artikel in de AWGB als *doorslaggevend criterium* laat gelden, heeft zij een te beperkte, en daarmee verkeerde taakopvatting.

7. De CGB gaat er in overweging 3.32 gemakkelijk van uit dat er sprake is van onderscheid op grond van het ‘enkele feit’ burgerlijke staat. Hierbij verwijst zij naar de analogie met (homo)seksuele gerichtheid: zoals het hebben van een homoseksuele relatie voortvloeit uit de gerichtheid en dus tot het ‘enkele feit’ moet worden gerekend, zo zou het al dan niet samenwonen of samenleven tijdens een wereldreis voortvloeien uit een bepaalde burgerlijke staat. Dit is op zichzelf al niet in lijn met de wetsgeschiedenis: in de Memorie van Toelichting bij de AWGB geeft de regering aan dat de woon- of leefsituatie – anders dan bij seksuele gerichtheid – een vorm van *indirect* onderscheid kan opleveren.<sup>13</sup> Daarbij betoog ik op een dieperliggend niveau dat een analogie en gelijke toetsing als aan andere gronden in een geval als in deze geen recht doet aan de andersoortige status die de grond ‘burgerlijke staat’ ten opzichte van andere discriminatiegronden heeft. Ik zal hierbij wat uitgebreider stilstaan.

Onderscheid op grond van *burgerlijke staat* wordt in de AWGB even strikt getoetst als andere wettelijk genoemde gronden, d.w.z. vallend onder het ‘gesloten systeem’ van toetsing. *Direct* onderscheid op grond van een van de in de wet genoemde differentiatiegronden kan volgens het gesloten systeem van de wet slechts toelaatbaar zijn op grond van een van de wettelijke, limitatief genoemde rechtvaardigingsgronden. Over dit gesloten systeem bestaat op zichzelf reeds lange tijd de nodige discussie.<sup>14</sup> Maar is deze zeer strikte toetsing bij de grond *burgerlijke*

11 Vgl. bijvoorbeeld Anne Philips, die in bepaalde gevallen een ‘right to stay’ bepleit voor individuele leden in weerwil van de meerderheid/leiding in culturele of religieuze (minderheids)gemeenschappen. A. Philips, *Multiculturalism without culture*, Princeton: Princeton UP: 2007, p. 151-154. Brian Barry acht daarentegen dit soort informele onderlinge acceptatie feitelijk niet afdwingbaar. Bovendien zou een ‘afdwingen’ in strijd met de liberale (democratische) rechtsstaat. De taak van de liberale rechtsstaat is volgens Barry te verzekeren dat er voor individuen van culturele of religieuze (minderheids)gemeenschappen steeds reële uittredmogelijkheden zijn. Brian Barry, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press 2001, i.h.b.z. p. 153 e.v.

12 Vgl. Holtmaat & Terpstra, ‘Leve de pluriformiteit bij de discriminatiebestrijding’, in: *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 159.

13 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr.3, p. 13.

14 Recentelijk: J.H. Gerards, ‘Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een “semi-open” systeem van gelijkebehandelingswetgeving?’, *NTM/NJCM-Bull.*, p. 144-158.

*staat* in het bijzonder (nog) wel op zijn plaats? De EU schrijft Nederland in dezen niets voor: de grond 'burgerlijke staat' komt niet voor in de Europese richtlijnen inzake gelijke behandeling.<sup>15</sup> De rechtvaardiging van het gesloten systeem is voor een belangrijk deel gelegen in de overweging dat direct onderscheid op bepaalde, 'verdachte' gronden bovengemiddeld vaak discriminatie zal betekenen. In de literatuur is relatief veel overeenstemming over de criteria volgens welke differentiatiegronden als 'verdacht' zouden moeten worden aangemerkt, en welk gebruik derhalve strikter getoetst zou moeten worden. De mate van het belang van het persoonskenmerk voor iemands identiteit, de mate van onveranderlijkheid, de irrelevantie voor het maatschappelijk functioneren, en het stigmatiserend en stereotyperend effect (voor een groep) van het onderscheid op die grond zijn geaccepteerde criteria die tezamen aan de verdachtheid van een gebruikte differentiatiegrond bijdragen.<sup>16</sup> Bij het criterium 'onveranderlijkheid' kan worden aangetekend dat dit niet onveranderlijkheid in absolute zin hoeft te betekenen; religieuze of politieke blijken soms te kunnen veranderen<sup>17</sup> en zelfs geslachtsverandering behoort vandaag de dag tot de medische mogelijkheden. Het is daarom nauwkeuriger te stellen dat het er om gaat dat een persoon een kenmerk niet kan veranderen zonder de eigen identiteit geweld aan te doen.<sup>18</sup> Daarnaast wordt er vaak gewezen op de maatschappelijke kwetsbaarheid van de groep die met gebruik van het verdachte differentiatiecriteria kan worden onderscheiden, soms met verwijzing naar een historische context van achterstelling en vernedering.<sup>19</sup>

Men kan zich met het oog hierop afvragen of het al dan niet bezitten van een bepaalde 'burgerlijke staat' even verdacht moet worden beschouwd als bijvoorbeeld de gronden 'geslacht', 'ras' en 'seksuele gerichtheid'. Dit zijn gronden die immers een duidelijk sterker identiteitsbepalend en minder- of non-voluntaristisch karakter hebben. Zonder te willen betogen dat het huwelijk tegenwoordig in het algemeen een nietszeggend feit is geworden, stel ik vast dat de hierboven genoemde criteria voor verdachtheid van gronden slechts in zwakke mate, of geheel niet opgeld doen bij de grond burgerlijke staat. Dat de EU burgerlijke staat niet als verdachte grond voorschrijft is hiervoor mede een indicatie.

Het in het spel zijn van de grond 'burgerlijke staat' leidt er wat dit CGB oordeel betreft toe dat de school een docente moet aanstellen met meer libertaire visie op seksuele moraal en huwelijk dan past bij de zelf gekozen identiteit van de school. Anders dan bij klassieke casus van een homoseksuele docent in het bijzonder onderwijs, is er buiten dan het verschil in visie op huwelijk en seksualiteit geen ander fundamenteel persoonskenmerk in het geding: het al dan niet hebben van een bepaalde burgerlijke staat valt in deze casus vrijwel samen met de godsdienstige visie van de docente: had zij de visie van de school gedeeld, dan zou zij voor het huwelijk hebben gekozen of wellicht haar wereldreis met haar vriend hebben uitgesteld. Deze situatie verschilt mijns inziens met een vergelijkbare situatie waarin de grond seksuele

15 Vgl. Richtlijn 2000/78/EG en Richtlijn 2006/54/EG.

16 Vgl. J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. UM), Den Haag: SDU 2002, p. 86 e.v., en T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel*, Den Haag: Boom JU 2009, p. 56 e.v.

17 Ter zijde zij gemeld dat het feit dat mensen kunnen veranderen van overtuiging niet wil zeggen dat het hebben of afleggen van een overtuiging een individueel beheersbaar en vrij stuurbaar proces is.

18 Gerards 2002 (*supra* noot 16), p. 86 e.v. en Loenen 2009, p. 56 e.v.

19 Omdat in de AWGB voor een symmetrische benadering is gekozen, is dit criterium voor een verdachtheid van een grond in deze wet niet direct herkenbaar: man en vrouw, blank en zwart in beginsel beiden 'beschermd' door de AWGB. Evenwel is duidelijk dat het fenomeen blanken- of mannendiscriminatie niet het motief waren om de gelijkebehandelingswetgeving in te voeren.

gerichtheid speelt: immers ongeacht de visie van een homoseksuele docent op huwelijk/seksuele moraal heeft hij of zij haar seksuele gerichtheid. De wetsgeschiedenis bevestigt de lezing dat de grond 'burgerlijke staat' niet vanwege het fundamentele belang ervan *sec* in de wet terecht gekomen. Zij is opgenomen om verkapte discriminatie op grond van *geslacht* (en later ook *seksuele gerichtheid*) effectiever te kunnen voorkomen. In de Memorie van Toelichting bij de AWGB wordt vermeld dat bij de keuze van op te nemen verdachte gronden aangesloten is bij de gronden van artikel 1 van de Grondwet, aangevuld met de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat. De opname van de grond 'burgerlijke staat' baseerde de regering op een advies van de zogenoemde Emancipatie-Kommissie van 1977, waarin de destijds nauwe verwantschap tussen seksediscriminatie en discriminatie op grond van burgerlijke staat als onderbouwing wordt gegeven.<sup>20</sup> Deze Emancipatie-Kommissie constateerde dat 'het verschillend behandelen van gehuwden en ongetrouwden – mannen en vrouwen – zozeer onderdeel is van hetzelfde maatschappelijke verschijnsel als discriminatie wegens sekse' dat zij in de in haar advies opgenomen schets van een wet tegen seksediscriminatie de 'huwelijkse staat' als zelfstandig non-discriminatiecriterium naast sekse heeft opgenomen.<sup>21</sup> Dit kan begrepen worden tegen de historische achtergrond dat in tal van wettelijke regelingen die tot begin jaren '80 van de vorige eeuw bestonden, seksediscriminatie en discriminatie naar burgerlijke staat sterk, zo niet onontwaarbaar verweven waren.<sup>22</sup>

Waar het doel van opname van de grond 'burgerlijke staat' in de AWGB dus het tegengaan van indirecte seksediscriminatie was,<sup>23</sup> zien we in de zaak van de sollicitante bij de evangelische basisschool een geheel andere constellatie van belangen en waarden. Het gaat hier om een religieus verschil van inzicht met betrekking tot huwelijk, huwelijkstrouw en seksuele moraal. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de AWGB-wetgever niet heeft voorzien dat iemands burgerlijke staat een rol kan spelen op een manier die geheel losstaat van het vrouw-zijn. Het beschermen van afwijkende religieuze visies betreffende de seksuele moraal (zoals van de docente in deze casus) door werknemers tegenover de levensbeschouwelijke identiteit van hun werkgever is niet het motief geweest om de grond 'burgerlijke staat' in de lijst van verdachte gronden van de AWGB op te nemen. Het zou daarom goed zijn als de wetgever anno 2012 opnieuw kijkt naar de noodzaak en passendheid van de grond burgerlijke staat binnen het gesloten systeem van de AWGB. De tijden dat het huwelijk een grond kon zijn voor automatisch ontslag liggen

20 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 5 en p. 13.

21 Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk, 'Voorontwerp van een wet gelijke behandeling en memorie van toelichting' van september 1981, p. 41.

22 Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk 1981 (*supra* noot 21), p.42. Zie voorts ook p. 44: 'De EK (d.i. Emancipatie-Kommissie, GThT) kwam tot een bepaling, die mede onderscheid op grond van huwelijkse staat betreft, aangezien discriminatie van de vrouw zich het duidelijkst voordoet in de discriminatie van de *gehuwde* vrouw; (...) De EK verbond daaraan de conclusie dat alleen een verbod van discriminatie op grond van geslacht onvoldoende is om het beoogde doel te bereiken.'

23 Men zou zich hierbij af kunnen vragen of de AWGB-wetgever zich ook reeds destijds niet heeft vergist door door in feite een grond met betekenis voor de bestrijding van *indirecte discriminatie* (geslacht en gerichtheid *via* burgerlijke staat) onder het gesloten systeem te brengen. Dit druist immers in tegen de systematiek van de AWGB waarbij indirecte discriminatie buiten het gesloten systeem op basis van een objectieve rechtvaardiging gerechtvaardigd kan worden. In *Kamerstukken II* 1978/79, 15 400, nr.2 werd m.b.t. een bepaling in het burgerlijk wetboek een nauwkeurig voorstel gedaan. Artikel 1 luidde: 'De werkgever mag geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen, hetzij onmiddellijk, hetzij middellijk bijvoorbeeld door verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinsomstandigheden'.

inmiddels ver achter ons, en sinds de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor paren van gelijk geslacht is de relatie tussen burgerlijke staat en seksuele gerichtheid ook niet langer aan de orde. Seksediscriminatie blijkt op sommige terreinen van onze samenleving helaas een hardnekkig verschijnsel. Maar anders dan in de jaren '70 staat dit tegenwoordig geheel los van iemands 'burgerlijke staat'. Burgerlijke staat en sekse zijn anno 2012 ontvlochten. De huidige sterk beschermde positie van de grond 'burgerlijke staat' binnen het gesloten systeem van de AWGB is daarom achterhaald. Voor de duidelijkheid: dit maakt niet dat iedere vorm van onderscheid op grond van burgerlijke staat opeens wenselijk en toelaatbaar zou maken. Met een open toetsing op basis van objectieve rechtvaardigingsgronden wordt de onze 'burgerlijke staat' voldoende recht gedaan.<sup>24</sup>

8. De vraag die in deze zaak nog gesteld kan worden is of het (mensenrechtelijke) recht op privacy/bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet wordt geschonden wanneer een basisschool dergelijke eisen aan het doen en nalaten van haar personeel buiten arbeidstijden stelt. In de zaken *Obst* en *Schüth*<sup>25</sup> heeft het EHRM het recht op privacy/bescherming van de persoonlijke levenssfeer betrokken in twee ontslagzaken betreffende personeelsleden van kerkgenootschappen. Zowel dhr. Obst als dhr. Schüth kregen van hun werkgever ontslag aangezegd wegens een aan het licht gekomen buitenechtelijke affaire. In geval van kerkorganist Schüth achtte het EHRM de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te groot om het ontslag te rechtvaardigen. Bij Obst oordeelde het Straatsburgse Hof anders: de Mormoonse Kerk mocht van zijn directeur *Public Relations* voor Europa loyaliteit ten aanzien van de kerkelijke seksuele moraal verwachten. Hoewel beide casus qua omstandigheden verschillen, lijkt het verschil in beoordeling door het EHRM in beslissende mate te zitten in het identiteitsdragende karakter en voorbeeldfunctie van de betreffende functie. De basisschool geeft in bovenstaande casus aan dat hij van elke docent verwacht dat hij of zij in staat is om de grondslag uit te dragen naar de leerlingen. Hij of zij moet klaar staan om vragen van leerlingen over de grondslag te kunnen beantwoorden (3.25). Het lijkt in de voorliggende zaak evenals bij *Obst* te gaan om een identiteitsbepalende functie, waarbij loyaliteit aan de grondslag van belang is voor het functioneren. Het lijkt dus in lijn met de EHRM-rechtspraak dat het identiteitsbepalende karakter van de functie van docente maakt dat een beroep op (afscherming van de) persoonlijke levenssfeer van docente niet doorslaggevend kan zijn.<sup>26</sup> Daarbij komt dat in deze zaak vooral het actief uitdragen van de schoolidentiteit door kandidate *tijdens werkuren* een zorg te zijn geweest van het schoolbestuur.

9. Al met al stemt het oordeel van de CGB in meerdere opzichten tot ontevredenheid. Er is ten onrechte nagelaten om de verschillende aangevoerde bezwaren van de basisschool tegen de sollicitante afzonderlijk te toetsen: de enkele-feitconstructie kan niet gebruikt worden om andere bezwaren tegen geschiktheid van kandidate, die los staan van haar burgerlijke staat, te negeren. Daarbij is de CGB ten aanzien van de uitleg van de grondslag van de basisschool

24 Even als de AWGB volstaat met een open toetsing op basis van een objectieve rechtvaardiging voor *indirect* sekse-onderscheid.

25 EHRM 23 september 2010, appl.no. 425/03 (*Obst* t. Duitsland) en EHRM 23 september 2010, appl.no. 1620/03 (*Schüth* t. Duitsland), *EHRC* 2010, 138 (m.nt. Overbeeke).

26 Eventuele aanvullende eisen van EU-richtlijnen zijn in dezen niet aan de orde, omdat de grond 'burgelijke staat' zoals gezegd niet door EU-richtlijnen wordt beschermd.

overgegaan tot duiding van de huwelijkse moraal op een manier die geen recht doet aan het beginsel van theologische zelfinterpretatie door een school voor bijzonder onderwijs. Het feit dat de basisschool de vrouw bewust heeft uitgenodigd voor een gesprek – wetende van de wereldreis met haar vriend – geeft aan dat de CGB er naast zat en dat van afwijzing op grond van het ‘enkele feit’ van burgerlijke staat geen sprake kan zijn geweest. De genoemde juridische gebreken maken dat dit CGB-oordeel ons over de juridische duiding van de enkele-feitconstructie weinig leert. De casus en het oordeel bieden wel stof tot inspiratie en bezinning over de AWGB en de enkele-feitconstructie in het bijzonder. In deze zaak staat de burgerlijke staat los van fundamentele persoonskenmerken als geslacht en seksuele gerichtheid. Naar aanleiding van deze zaak zou – mede gelet de wetsgeschiedenis – de zwaar beschermde status van de grond ‘burgerlijke staat’ binnen het gesloten systeem van de AWGB kunnen worden heroverwogen.

