

Religie in de arbeidsverhouding

Religie in de arbeidsverhouding

Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers

Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen
Vereniging op 13 mei 2011

Prof. mr. dr. W.A. Zondag

Zutphen 2011



UITGEVERIJ *Paris*

Religie in de arbeidsverhouding

Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers

ISBN 978-94-90962-19-7

NUR 825

© 2011 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <www.reprorecht.nl>). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <www.cedar.nl/pro>).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Inleiding / 7

- 1 De rechtspositie van de religieuze werknemer / 9**
 - 1.1 Werken op dagen met een religieus karakter / 9
 - 1.1.1 Rustdagen / 9
 - 1.1.2 Feestdagen / 14
 - 1.2 Gelijke behandeling op grond van godsdienst en levensovertuiging / 18
 - 1.2.1 Van 1907 naar de AWGB / 18
 - 1.2.2 De begrippen 'godsdienst' en 'levensovertuiging'? / 18
 - 1.2.3 Hoofddoekjes en 'handen schudden': wanneer zijn gedragsregels objectief gerechtvaardigd? / 20
 - 1.2.4 Intermezzo: een vergelijking met het recht op privéleven / 26
 - 1.2.5 Een bijzonder geval van botsende grondrechten: de gewetensbezwaardede trouwambtenaar / 27

- 2 De rechtspositie van de religieuze werkgever / 31**
 - 2.1 Inleiding / 31
 - 2.2 Geen nieuws onder de zon: de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 / 32
 - 2.3 Enkele uitzonderingen in de wet- en regelgeving nader bezien / 33
 - 2.3.1 De Kaderrichtlijn en de Algemene wet gelijke behandeling / 33
 - 2.3.2 Een uitzonderingspositie ten aanzien van het ontslagrecht: het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 / 39
 - 2.4 De identiteitsgebonden werkgever als drager van grondrechten / 42
 - 2.4.1 Uitsluiten van het arbeidsrecht: de overeenkomst sui generis? / 42
 - 2.4.2 Het concept 'tendensinstelling' als vervangende waterkering / 45
 - 2.4.3 Obst en Schüth: een botsing tussen de vrijheid en godsdienst en het recht op privéleven in de recente rechtspraak van het EHRM / 48
 - 2.4.4 Bestaat de kleurloze werkgever wel? / 52
 - 2.5 Interne materieelrechtelijke regels in kerkgenootschappen: aanstelling, arbeidsvoorwaarden en ontslag / 53
 - 2.6 Interne geschillenprocedures / 55
 - 2.6.1 Bijzondere scholen / 55
 - 2.6.2 Kerkgenootschappen / 57

- 3 Conclusies (in de vorm van 22 stellingen) / 61**
 - Overzicht van de referaten/preadviezen voor de cjb / 67**

Inleiding

De vrijheid van godsdienst staat anno 2011 vaak in de publieke en politieke belangstelling. Het grondrecht is onder andere verankerd in internationale verdragen, de Grondwet en de Algemene wet gelijke behandeling en bijzondere wetgeving. Geen (christen)jurist zal ontkennen dat de godsdienstvrijheid ook betekenis toekomt in de arbeidsverhouding. Maar in welke mate? En hoe heeft de doorwerking van het grondrecht zich de afgelopen honderd jaar ontwikkeld? Is bijsturing noodzakelijk? In dit preadvies wordt op voornoemde vragen ingegaan. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen twee dimensies.

De eerste dimensie heeft betrekking op de rechtspositie van de religieuze werknemer. Aan de orde komen onder meer: het vraagstuk van het recht op vrije dagen in verband met een religieuze feestdag of rustdag en het recht op gelijke behandeling op grond van godsdienst (in verband met het dragen van bepaalde kleding, zoals een hoofddoek, een boerka of een ketting met een crucifix).

De tweede dimensie heeft betrekking op de religieuze werkgever, ofwel de vraag naar de rechtspositie van werkgevers met een religieuze grondslag. Per deelonderwerp wordt nagegaan of de wetgever van de in 1907 ingevoerde Wet op de arbeidsovereenkomst hierover reeds een visie had ontwikkeld. Vervolgens wordt een beeld geschetst van de rechtsontwikkeling in de afgelopen jaren en wordt een aantal stellingen en aanbevelingen voor de toekomst gedaan.

Hoofdstuk 1

De rechtspositie van de religieuze werknemer

1.1 Werken op dagen met een religieus karakter

Eerst wordt stilgestaan bij het recht op het bijwonen van godsdienstige samenkomsten op rustdagen en religieuze feestdagen en het – meer omvattende – recht op ‘vrijaf’ gedurende deze dagen.

1.1.1 Rustdagen

De vrijheid van godsdienst manifesteert zich in het bijzonder door het bijwonen van godsdienstige bijeenkomsten, onder meer op de zondagen. Voor dit grondrecht had de wetgever in 1907 reeds aandacht gevraagd.

Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907

Twee artikelen hadden in de wet van 1907 betrekking op het verrichten van arbeid op zondag. Art. 1638v BW had betrekking op de bij de werkgever inwonende werknemer:

‘De werkgever is gehouden inwonende arbeiders, zonder korting van hun loon, in de gelegenheid te stellen hunnen godsdienstplichten te vervullen, alsmede ontspanning van den arbeid te genieten, in beide gevallen op de wijze bij overeenkomst of, bij gebreke van dien, door het plaatselijke gebruik’.

Het andere artikel, art. 1638w BW, had betrekking op de niet-inwonende werknemer. De werkgever was verplicht geen arbeid op zondag op te dragen, tenzij anders overeengekomen of uit de aard van de arbeid voortvloeide. Ook moest de werkgever minderjarige werknemers in staat stellen plaatselijk godsdienst onderwijs te volgen:

‘De werkgever is gehouden den arbeid dusdanig te regelen, dat de arbeider geen arbeid heeft te verrichten op Zondagen en op die dagen, die volgens het plaatselijk gebruik ten aanzien van den bedongen arbeid met Zondagen worden gelijkgesteld, behalve voor zooverre het tegendeel is bedongen of uit den aard van den arbeid voortvloeit. Ten aanzien van minderjarige arbeiders is de werkgever gehouden den arbeid dusdanig te regelen, dat zij volgens het plaatselijke gebruik in de gelegenheid gesteld zijn de lessen te volgen in inrichtingen voor godsdienst-, voortgezet-, herhalings-, of vakonderwijs. Elk beding strijdig met dit voorschrift, is nietig’.

Tijdens de parlementaire behandeling werden niet veel woorden aan voornoemde artikelen vuil gemaakt. Wel bestond er verschil van inzicht ten aanzien van de

vraag of de bepaling mogelijk niet de Zondagswet van 1815 zou doorkruisen, in die zin dat zondagsarbeid gemakkelijk werd.¹

Arbeidstijdenwet 1919 en 1995

Ruim twaalf jaar later deed de Arbeidstijdenwet intrede in het sociaal recht. Er gold een verbod voor zondagsarbeid behoudens het geval dat een ontheffing van overheidswege was verleend. In 1995 trad een nieuwe Arbeidstijdenwet in werking. Net als de Arbeidstijdenwet van 1919 gold in de Arbeidstijdenwet 1995 (Atw) het uitgangspunt van de 'vrije zondag' (of een andere rustdag voor werknemers die een niet-christelijk geloof aanhangen, art. 5:1 Atw). Op het uitgangspunt werden enkele uitzonderingen gemaakt waarbij - voor het eerst - onderscheid tussen zondagsarbeid vanwege de 'aard van de arbeid' en zondagsarbeid vanwege 'bedrijfsomstandigheden' werd gemaakt. In het laatste geval werd bepaald dat instemming van het medezeggenschapsorgaan met de zondagsarbeid vereist was. De vraag of de vrijheid van godsdienst in de Arbeidstijdenwet 1995 wel voldoende was gewaarborgd, werd in de literatuur ontkennend beantwoord.² Kwam het op een procedure aan, dan viel het oordeel van de rechter veelal niet gunstig uit voor de 'bezwaarde' werknemer.³ Illustratief is de uitspraak in een zaak die was aangespannen tegen de ANWB.⁴ Een werknemer, dhr. Van de Weg, was sinds 1980 bij de ANWB in dienst als wegwacht. Als belijdend lid van de (voormalige) Nederlands Hervormde Kerk was hij gewoon om met zijn gezin op zondag tweemaal naar de kerk te gaan, van 9.30 uur tot circa 11.00 uur en van 14.30 uur tot circa 16.00 uur. Tot nog toe kon hij de kerkdiensten steeds bijwonen door te ruilen met collega's of door een soepele opstelling van zijn werkgever. Ten gevolge van de invoering van een nieuw rooster waarbij de ochtenddienst met een uur werd verlengd, was deze ruilconstructie niet meer mogelijk. De werknemer vorderde daarom een verklaring voor recht dat hij structureel voor een late dienst, vanaf 16.30 uur, zou worden ingeroosterd, dan wel later zou kunnen beginnen, of een vrije dag zou kunnen opnemen. Zowel in eerste aanleg als in appel werd de vordering afgewezen. De rechtbank achtte de keuze voor invoering van het nieuwe rooster begrijpelijk en gerechtvaardigd. Wel vond de rechtbank dat, gezien het feit dat de ANWB zich steeds had ingespannen om de werknemer tegemoet te komen en het voor haar voorzienbaar moet zijn geweest dat door het nieuwe rooster problemen voor werknemers zouden ontstaan, actief had moeten zoeken naar mogelijkheden voor de werknemer om ook onder het nieuwe rooster zoveel mogelijk de kerkdiensten bij te wonen. Door deze inspanningen te staken vanaf het moment van de invoering van het nieuwe rooster had de ANWB zich niet als een goed werkgever gedragen. De werknemer kon evenwel geen aanspraak maken op een structurele wijziging van het rooster ten behoeve van zijn 'kerkgang', onder meer omdat zo'n verplichting in strijd zou komen met de op de ANWB rustende verplichting om de diensten evenredig over de wegwachters te verdelen.

1. A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel 3, 's-Gravenhage 1907, p. 285-292.
2. A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer: Kluwer 1996, p. 50; P.S. Fluit en W.A. Zondag, *De rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid*, deel II, SMA 2000/11/12, p. 501-511.
3. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 075, nr. 3, p. 2 en 5. Zie voor jurisprudentie E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 107-108; W.A. Zondag, *Wet Bussemaker/Van Dijke*, Deventer: Kluwer 2003, p. 64-65.
4. Rb. Den Haag 19 januari 2000, JAR 2000/97.

In de praktijk werd daarom in de ‘hoek van bezwaarden’ de noodzaak van een betere bescherming gevoeld (er kwamen regelmatig vragen binnen bij christelijke vakorganisaties, zoals CNV, RMU en GMV). Uiteindelijk heeft de ‘onrust’ geleid tot een wijziging van de Arbeidstijdenwet in 2001 middels de Wet Bussemaker/Van Dijke.

Wet Bussemaker/Van Dijke

De Wet Bussemaker/Van Dijke heeft de rechtspositie van werknemers met bezwaren tegen zondagsarbeid of arbeid op een andere religieuze rustdag versterkt. Deze wet, een initiatiefwet, kan worden aangemerkt als een heel bijzonder stukje wetgeving, niet in het minst door de achtergronden van de indieners: een wonderlijke combinatie van orthodox christelijke opvattingen met socialisme, zoals Tweede Kamerlid Bakker (D66) het verwoordde. Veel aspecten hebben met elkaar gezorgd voor een levendige discussie in het parlement, die al met al een kleine 200 pagina's aan wetgevingsgeschiedenis beslaat. Opvallend is wel de felle discussie en protesten die het wetsvoorstel uitlokten (werkgeversorganisaties hadden een petitie met ‘130.000’ handtekeningen verzameld⁵). Een andere bijzonderheid was het bestaan van een ‘concurrerend’ initiatiefwetsvoorstel Bakker dat alleen werknemers met *gewetensbezwaren* tegen arbeid op zondag in bescherming wilde nemen.⁶ Persoonlijk ben ik blij dat het wetsvoorstel van Bakker de eindstreep niet heeft gehaald. De problematiek is namelijk niet van dien aard dat werknemers met bezwaren tegen zondagsarbeid voldoende bescherming krijgen als zij een beroep mogen doen op een ‘gewetensbezwaar’. Problematisch aan het beschermen van ‘gewetensbezwaren’ is dat het ‘geweten’ – in tegenstelling tot de begrippen ‘godsdienst’ en ‘levensovertuiging’ – subjectief moet worden ingevuld. Vermeulen komt in zijn dissertatie over gewetensvrijheid dan ook tot de conclusie dat ‘vanuit het huidige juridisch standpunt bezien het geweten begrepen moet worden als een louter subjectief fenomeen. Het wordt niet (meer) geacht uit een specifieke bron te ontstaan en niet (meer) geacht gekenmerkt te zijn door een aanwijsbare normatieve inhoud, onttrekt zich dus aan elke vorm van objectivering. Voor de gewetenskwaliteit van een handeling is dus alleen de daaraan ten grondslag liggende persoonlijke motivatie bepalend’. Aldus beschouwd is het geweten ‘oeverloos’ en vormt de vrijheid van geweten een ‘onmogelijk recht’.⁷ Deze onbeperktheid van het gewetensbegrip is voor de grondwetgever aanleiding geweest af te zien van erkenning van de vrijheid van geweten als algemeen vrijheidsrecht. Onbegrensde gewetensvrijheid zou namelijk neerkomen op de opheffing van de algemeenverbindendheid van het recht en de beschermende functie daarvan. Welnu, als een werknemer met bezwaren tegen zondagsarbeid (of een gelijkgestelde dag) pas beschermt wordt wanneer hij een ‘gewetensbezwaar’ heeft, is een (rechterlijke) toetsing nagenoeg niet mogelijk. De wettelijke regeling wordt dan onbruikbaar. Met zou deze ‘oeverloosheid’ weliswaar kunnen inperken door aan de gewetensbezwaren de eis te verbinden dat sprake moet zijn van een op religie gebaseerd gewetensbezwaar tegen werken op

5. Feitelijk bleek het om niet meer dan 80 handtekeningen te gaan, werkgeversvertegenwoordigers zouden hiermee al hun leden vertegenwoordigen.
6. Zie uitvoerig hierover W.A. Zondag, *Wet Bussemaker/Van Dijke*, Deventer: Kluwer 2003. Zie ook P.S. Fluit en W.A. Zondag, *Zondag, Godsdienst in arbeidsverhoudingen*, SMA 2009/11/12.
7. B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten een fundamenteel rechtsprobleem*, Gouda Quint 1989, p. 122, 142 e.v.

zondag. Maar dan loopt men het risico dat werkgever en rechter zich als theoloog moeten opstellen om de authenticiteit van godsdienstige bezwaren tegen zondagsarbeid te moeten beoordelen. Een hachelijke zaak! Het is beter om alle werknemers met 'bezwaren' tegen zondagsarbeid, ongeacht het motief, te beschermen. Daar komt nog bij dat wanneer alleen een kleine groep met gewetensbezwaren wordt beschermd het averechtse effect kan ontstaan dat deze extra bescherming zich tegen hen keert en er 'bij de poort' strenger wordt geselecteerd op werknemers met en zonder problemen tegen werken op zondag.⁸ Dat zou betekenen dat weer aanvullende wetgeving nodig is om ook de gewetensbezwaarde sollicitant te beschermen, maar hiervan geldt dat deze bescherming op papier gemakkelijker kan worden gerealiseerd dan in de praktijk.

De Wet Bussemaker/Van Dijke – thans art. 5:4 Atw – kent nog steeds de hierboven genoemde systematiek van de Arbeidstijdenwet 1995: arbeid op zondag is mogelijk, wanneer: (1) de aard van de arbeid dit noodzakelijk maakt of (2) de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken. Als wegens de aard van de arbeid op zondag moet worden gewerkt, dient dit in de arbeidsovereenkomst te zijn bedongen. Dit laatste kan in een individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer, in een toepasselijke CAO of rechtspositieregeling, of mondeling door werkgever en werknemer worden overeengekomen. Bij de aard van de arbeid gaat het om productieprocessen die niet onderbroken kunnen worden, zoals: in de petrochemie, het boerenbedrijf, het openbaar vervoer en de zorgsector; en om maatschappelijke aangelegenheden, zoals: de horeca, recreatieve voorzieningen en de politie. Vindt de werkgever het vanwege bedrijfsomstandigheden – het gaat dan bijvoorbeeld om een grote order die moet worden afgewerkt – noodzakelijk dat er op zondag wordt gewerkt, dan moet hij overeenstemming bereiken met het medezeggenschapsorgaan. Daarbovenop moet nog instemming van de betrokken werknemers worden verkregen. Ontbreekt een medezeggenschapsorgaan dan behoeft alleen instemming van de belanghebbende werknemers te worden gekregen. Bovendien moet, als de werkgever op grond van bedrijfsomstandigheden zondagsarbeid wil laten verrichten, per geval *instemming* van de individuele werknemer worden verkregen.⁹

De Wet Bussemaker/Van Dijke heeft, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet tot veel problemen en procedures geleid. Bekendheid kreeg de Bijenkorf-zaak in 2006.¹⁰ Een werkneemster verzette zich tegen inroostering op zondag. De kantonrechter overwoog – correct – dat een werknemer op grond van de Arbeidstijdenwet niet op zondag behoeft te werken, behalve voor zover het tegendeel is bedongen en het uit de aard van de arbeid voortvloeit. Van zondagsarbeid 'wegens de aard' van het werk was volgens de kantonrechter geen sprake. Evenmin kwam De Bijenkorf een beroep toe op de toepasselijke CAO-bepaling die voorschreef dat werknemers op een bepaald aantal zondagen per jaar verplicht kunnen worden te werken. Op grond van de Arbeidstijdenwet is immers individuele toestemming van een werknemer met het werken op zondag vereist. De wetgever heeft CAO-partijen niet de mogelijkheid willen geven om dit individuele instemmingvereiste opzij te zetten.

8. Vergelijk R.J. van den Bergh, *Averchts recht* (oratie EUR), 2000, p. 11-22.

9. Hierbij moet, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, wel onderscheid worden gemaakt tussen een situatie van structurele verandering en een situatie van incidentele verandering.

10. Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, JIN 2006/143.

Tot slot overwoog de kantonrechter dat de weigering van de werknemster om op zondag te werken niet kon worden beschouwd als een weigering om te voldoen aan een redelijk verzoek van de werkgever en als zodanig als een schending van het goed werknemerschap (zie het het arrest Van der Lely/Taxi Hofman en het later gewezen arrest Stoof/Mammoet¹¹), gelet op het in de Arbeidstijdenwet verankerde individuele recht om arbeid op zondag te weigeren. Dat lijkt mij juist. In normale omstandigheden kan niet op grond van het goed werknemerschap van een werknemer worden verlangd dat hij zijn bij wet toegekende recht 'prijsgeeft'. Dit zal wellicht anders zijn als sprake is van een bijzondere calamiteit – brand, overstroming etc. – waardoor inzet van alle werknemers op zondag vereist is.

In een andere zaak betrof het een Joodse werknemer die op enig moment besloot meer invulling te geven aan de Joodse religie en daarom niet langer op vrijdagavond en zaterdag ingeroosterd wenste te worden in verband met het vieren van de sabbat.¹² De werkgever had aangegeven dat dit niet mogelijk was, maar had wel voorgesteld om de werknemer zoveel mogelijk in de late dienst in te roosteren op zaterdag, zodat hij in de ochtend de synagoge kon bezoeken. Na weigering door de werknemer verzocht de werkgever de arbeidsovereenkomst te ontbinden, hetgeen ook gebeurde zonder toekenning van een vergoeding omdat de wijziging van geloofsopvatting – terecht – in de risicosfeer van de werknemer werd geplaatst.

In de nog niet zolang geleden toch ingrijpend gewijzigde Arbeidstijdenwet blijft de huidige regeling van art. 5:4 Atw – wat de systematiek betreft (het aantal 'vrije zondagen' wordt aanzienlijk beperkt) – gehandhaafd (nieuw art. 5:6 Atw).¹³ De relevante bepalingen luiden thans als volgt:

Artikel 5:1

1. Dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen vinden ten aanzien van de zondag voor werknemers, die in verband met hun godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen, de wekelijkse rustdag op een andere dag dan de zondag vieren, overeenkomstige toepassing voor die dag in plaats van ten aanzien van de zondag, indien die werknemers een daartoe strekkend schriftelijk verzoek tot de werkgever hebben gericht.

2. Elk beding waarbij wordt afgeweken van het eerste lid, is nietig.

Artikel 5:6

1. De werkgever organiseert de arbeid zodanig, dat de werknemer op zondag geen arbeid verricht, behalve voor zover dat uit de aard van de arbeid voortvloeit en het tegendeel is bedongen.

2. Indien de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken, kan van het eerste lid worden afgeweken, indien de werkgever daartoe overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan of, bij het ontbreken daarvan, met de belanghebbende werknemers. De werknemer verricht in de omstandigheden, bedoeld in de vorige zin, uitsluitend arbeid op zondag, indien hij daarmee voor dat geval instemt.

11. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman) en HR 11 juli 2008, JAR 2008/20 (Stoof/Mammoet).

12. Ktr. Haarlem 2 juli 2004, JAR 2004/176.

13. Kamerstukken II 2006/07, 29 376, nr. 1-2.

3. De werkgever organiseert de arbeid zodanig, dat de werknemer op ten minste 13 zondagen in elke periode van 52 aaneengesloten weken geen arbeid verricht.

4. Bij collectieve regeling kan van het derde lid worden afgeweken, met inachtneming van:

a. het eerste lid, of

b. het tweede lid.

Bij toepassing van de aanhef onderdeelt a van de vorige zin, verricht de werknemer uitsluitend op 40 of meer zondagen in elke periode van 52 aaneengesloten weken arbeid, indien hij daarmee voor dat geval instemt. Elk beding, waarbij op een andere wijze dan in dit lid is bepaald, wordt afgeweken van het derde lid, is nietig.

De SER kon zich hierin vinden, al vroeg de SER wel aandacht voor bedrijfsprocessen die reeds op zondagavond (vanaf 22.00 uur) opstarten. De raad achtte het wenselijk dat voor deze situatie, die zich in specifieke delen van het bedrijfsleven kan voordoen, een passende oplossing wordt geboden die recht doet aan de bijzondere positie van de zondag.¹⁴ Aan deze wens heeft de wetgever geen gehoor gegeven.

Ik ben van mening dat met de regeling in art. 5:4 Atw een toereikende uitwerking aan het grondrecht 'vrijheid van godsdienst' voor wat betreft de arbeidstijden is gegeven. Ook acht ik het een goede zaak dat niet alleen 'gewetensbezwaarde werknemers' maar alle werknemers beschermd worden tegen verplichte zondagsarbeid of arbeid op een daaraan gelijkgestelde rustdag. Wel is te vrezen dat het in 1995 gemaakte onderscheid tussen 'aard van de arbeid' en bedrijfsomstandigheden aan onderscheidende kracht zal inboeten. Wat in 1995 nog als 'bedrijfsomstandigheid' werd aangemerkt, zal mogelijk in 2015 steeds meer als 'aard van de arbeid' worden gezien.

1.1.2 Feestdagen

In de Wet op de Arbeidsovereenkomst werd in het reeds aangehaalde art. 1638w BW bepaald dat de werkgever de arbeid zodanig diende te regelen dat de werknemer geen arbeid op een – naar plaatselijk gebruik – aan de zondag gelijkgestelde dag hoefde te verrichten. Onder 'gelijkgestelde dagen' werden met name de christelijke feestdagen begrepen. Een recht op loon op deze dagen werd evenwel niet erkend.¹⁵ Bij de totstandkoming van de vakantieregeling van 1966 werd in de Memorie van Antwoord opgemerkt dat voornoemde dagen – voor zover deze dagen met behoud van loon werden gegeven – niet als vakantiedagen in de zin van de wet mochten worden aangemerkt.¹⁶ Wel is het recht op doorbetaling van het loon op de 'erkende' christelijke en nationale feestdagen¹⁷ in – voor zover ik kan nagaan – bijna alle in Nederland voorkomende CAO's geregeld. Uiteraard is het mogelijk dat er in in-

14. SER-advies, *Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet*, 2005, p. 51-52.

15. A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel 3, 's-Gravenhage 1907, p. 285-292.

16. *Kamerstukken 7168 (mva)*, p. 2.

17. Dat zijn op grond van art. 3 lid 1 Algemene Termijnenwet: Nieuwjaarsdag; Eerste en tweede Kerstdag, Tweede Paasdag, Hemelvaartsdag, Tweede Pinksterdag, 30 april Koninginnedag; 5 mei, Nationale Feestdag. Voor de toepassing van de Algemene Termijnenwet is Goede Vrijdag een met voorgaande dagen 'gelijkgestelde' dag (art. 3 lid 2).

dividuele arbeidsovereenkomsten of zogenoemde personeelshandboeken iets is geregeld.¹⁸

In 1984 werd aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of werknemers ook een recht hebben op een vrije dag in verband met de viering van een niet christelijke feestdag (HR 30 maart 1984, NJ 1984, 350). In casu wilde mevrouw Hayriye Inan een vrije dag opnemen om een islamitische feestdag (het Suikerfeest) te kunnen vieren. Haar werkgeefster – De Venhorst – weigerde. Toen Inan op de bewuste dag niet op haar werk verscheen, werd zij op staande voet ontslagen. De Hoge Raad stelde voorop dat een islamitische feestdag niet op één lijn kan worden gesteld met een algemeen erkende christelijke feestdag. Onderscheid mag ten aanzien van dit aspect van de godsdienstvrijheid wel degelijk worden gemaakt:

‘Wel is juist, dat ons recht niet toestaat onderscheid te maken tussen verschillende godsdiensten in die zin, dat de wens van een werknemer om voor de viering van een godsdienstige feestdag een snipperdag op te nemen, verschillend wordt gewaardeerd naar gelang van zijn godsdienst, maar dat brengt niet met zich mee dat een snipperdag voor het vieren van een godsdienstige feestdag alleen zou mogen worden geweigerd op grond van omstandigheden die een werkgever het recht zouden geven van zijn werknemer arbeid te verlangen op een algemeen erkende christelijke feestdag. Bij laatstgenoemde feestdagen gaat het immers om feestdagen die door de Nederlandse samenleving zijn aanvaard als dagen waarop niet gewerkt behoeft te worden ongeacht het geloof van de werknemer. Ook al hebben deze feestdagen hun oorsprong in het christelijke geloof, zij zijn tot algemeen aanvaarde vrije dagen geworden, die als zodanig gelden voor allen die aan de Nederlandse samenleving deelnemen, van welk geloof en van welke nationaliteit zij ook zijn. Om deze reden kunnen de volgens andere godsdiensten geldende feestdagen niet met de algemeen erkende christelijke feestdagen op een lijn worden gesteld voor de beantwoording van de vraag of een werkgever bevoegd is op die andere feestdagen werkzaamheden te verlangen van individuele, naar de betreffende godsdienst levende, werknemers.’

Voornoemd uitgangspunt rechtvaardigde in de ogen van de Hoge Raad echter niet het aan Inan gegeven ontslag op staande voet. Afgezien van specifieke regelingen in de arbeidsvoorwaarden zal volgens de Hoge Raad in de regel aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet kunnen worden verlangd ‘van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgaaf van redenen, toestemming voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag’ vraagt. Dit zal anders kunnen zijn ‘indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag’. Of dit laatste afwijking van de eerder geformuleerde regel wettigt, zal naar de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld. Op zichzelf beschouwd, heeft de Hoge Raad in het arrest wel oog voor de uitoefening van het grondrecht ‘godsdienstvrijheid’, maar hij laat bedrijfsbelangen van de werkgever prevaleren indien afwezigheid van de werknemer leidt tot een ‘ernstig’ schaden van de bedrijfsactiviteiten. Collega Verhulp heeft kritiek op deze benadering geuit.

18. Ook is het mogelijk dat sprake is van een stilzwijgend verkregen recht op ‘betaald vrijaf’.

Zijns inziens is de Hoge Raad niet duidelijk in zijn benadering en waardering van het grondrecht, in casu de vrijheid van godsdienst:

‘Als bezwaar daarbij geldt dat niet duidelijk is op welke wijze de Hoge Raad deze regel vindt en welke rol het grondrecht daarbij speelt. Het is wenselijk – teneinde de regel voorspellende kracht en acceptatie mee te geven – dat de vindplaats van de regel en de positie van het grondrecht van vrijheid van godsdienst daarbij duidelijk wordt gemotiveerd.’¹⁹

Ik kan hem hierin geen ongelijk geven. Op het eerste gezicht lijkt de vuistregel van de Hoge Raad ten aanzien van het opnemen van een vrije dag teneinde een religieus feest te kunnen bijwonen duidelijk. In deze regel prevaleert het belang van de werknemer (er moet immers een ‘ernstig’ probleem op het werk ontstaan door de afwezigheid van de werknemer wil de werkgever bevoegd zijn de vrije dag te weigeren). De Hoge Raad stelt echter dat de geformuleerde vuistregel toepassing mist wanneer sprake is van ‘specifieke regelingen in de arbeidsvoorwaarden’. Bedoelt de Hoge Raad hiermee te zeggen dat toetsing aan het grondrecht niet meer aan de orde is, wanneer bijvoorbeeld in de eigen regeling expliciet is opgenomen dat het aanvragen van een vrije dag wordt beoordeeld ongeacht het achterliggende motief van de werknemer? Evenmin is duidelijk wat van de werkgever kan worden verlangd ten aanzien van andere met de godsdienstvrijheid samenhangende zaken, zoals uit een bepaalde godsdienst voortvloeiende kledinggeisen.²⁰ Het was beter geweest als de Hoge Raad een oordeel had geveld over de vraag of het kunnen bijwonen van een religieus feest moet worden begrepen onder het grondrecht ‘godsdienstvrijheid’; en zo ja op welke wijze dit grondrecht dan betekenis toekomt in de verhouding werkgever-werknemer met het oog op het opnemen van een vrije dag.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in 2006 overigens geoordeeld dat uit art. 9 EVRM voor een werknemer *niet* het recht voortvloeit vrij te nemen voor het bijwonen van een religieuze feestdag.²¹ In casu ging het om een in Macedonië werkzame werknemer die zonder toestemming van zijn werkgever van het werk wegbleef met het oog op het vieren van een religieus feest. Op zichzelf bestond hiertoe een wettelijk recht, maar dan diende men wel te behoren tot de groep ‘moslims’. De werknemer weigerde duidelijkheid over zijn persoonlijke verbondenheid met de islam, hetgeen de reden was waarom hem de vrije dag werd geweigerd en hem – na zijn verzuim – een disciplinaire boete werd opgelegd. Het Hof begint met de overweging dat godsdienstvrijheid met name een innerlijke overtuiging is, maar ook een manifestatie naar buiten impliceert. Art. 9 EVRM noemt diverse vormen van manifestatie, maar beschermt niet elke handeling die wordt gemotiveerd of geïnspireerd door religie of geloof. Het wegblijven van het werk om een religieuze feestdag te vieren, kan volgens het Hof niet worden beschouwd als een beschermde manifestatie van de godsdienst. Het sanctioneren van de werknemer was daarom geen inbreuk op art. 9 EVRM. Ten aanzien van de vraag of de werkgever zich een oordeel mocht vormen over de innerlijke gesteldheid van de werknemer

19. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 54.

20. zie ook o.a. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, p. 148 e.v.

21. EHRM 13 april 2006, JAR 2006/192; JIN 2006/360.

ten aanzien van de islam overweegt het Hof dat van een werknemer die zich op een specifieke uitzondering beroept, mag worden verwacht dat hij de toepasselijkheid van die uitzondering op zijn persoon aannemelijk maakt. Laat de werknemer dat na, dan kan de werkgever daaraan een negatieve conclusie verbinden. ('In the context of employment, with contracts setting out specific obligations and rights between employer and employee, the Court does not find it unreasonable that an employer may regard absence without permission or apparent justification as a disciplinary matter. Where the employee then seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion'). De werknemer bleek niet bereid om zijn vordering aannemelijk te maken ('apparent justification'), zodat de inbreuk op godsdienstvrijheid niet disproportioneel, maar gerechtvaardigd werd bevonden.²²

De vraag of de wetgever gelet op de godsdienstvrijheid – en in de lijn van de Wet Bussemaker/Van Dijke – ten aanzien van niet-christelijke feestdagen extra vrije dagen voor *alle burgers* zou moeten creëren (bijv. het Suikerfeest als landelijke feestdag), beantwoord ik ontkennend. De wetgever zal dan immers een keuze moeten maken tussen godsdiensten die niet behoren tot de 'traditie' van ons land, hetgeen wij niet tot de taak van de 'neutrale' overheid rekenen. Nu de behoefte aan vrijaf op dergelijke dagen wel door veel religieuze werknemers wordt gevoeld, zouden CAO-partijen dit onderwerp meer en beter op hun agenda moeten plaatsen.²³

-
22. Ik ben in de Nederlandse rechtspraak geen voorbeelden tegenkomen waarin wordt geoordeeld op welke wijze de innerlijke gesteldheid van degene die zich op een grondrecht beroept mag worden getoetst. Wel heeft de Commissie Gelijke Behandeling verschillende malen geoordeeld dat niet elke 'overtuiging' kan worden beschouwd als een uitoefening van het grondrecht 'godsdienst' of 'levens-overtuiging'. Volgens vaste jurisprudentie van de commissie is bij godsdienst 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 (zie CGB 4 februari 1997, oordeel 1997-15). Hierbij verstaat de commissie onder levensovertuiging een min of meer coherent stelsel van ideeën, waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan (zie onder meer oordeel 1997-15 en CGB oordeel 2002-04 en par. 1.2.2. van dit preadvies). Ook acht de commissie het noodzakelijk dat deze opvatting niet slechts individueel beleefd wordt, maar dat sprake is van een gemeenschappelijke opvatting (CGB oordeel 1997-15). Een zekere toetsing van het innerlijke aan een 'collectieve beleving' vindt derhalve wel plaats. Zo werd het beroep van een werknemer op levensovertuiging vanwege diens bijzondere visie op het materialistische denken (reden waarom hij vond dat hij zich op een onverzorgde wijze mocht kleden en desondanks in aanmerking behoorde te komen voor een bepaalde promotie: CGB oordeel 1997-15) afgewezen. Ook het beroep op het zogenoemde Nazireerschap (volgens Bijbelse overlevering 'scheren noch knippen van het haar') werd door de Commissie niet gekwalificeerd als een levensovertuiging (CGB oordeel 2005-28).
23. Het aantal CAO's waarin dit wordt geregeld, neemt toe. Zie bijvoorbeeld (art. 9 lid 1 jo bijlage 5 van) de CAO Voortgezet Onderwijs op grond waarvan een werknemer op twee 'niet erkende' feestdagen doorbetaald verlof kan krijgen. Het gaat dan om een keuze uit de volgende dagen: Hindoe: Divalifeest en Holifeest; Joodse feestdagen: Joods Nieuwjaar; Grote verzoendag; Loofhuttenfeest; Slotfeest; Paasfeest; Wekenfeest; Islamitische feestdagen: Suikerfeest en Offerfeest.

1.2 Gelijke behandeling op grond van godsdienst en levensovertuiging

1.2.1 Van 1907 naar de AWGB

In 1907 stond het onderwerp gelijke behandeling (op grond van godsdienst) niet op de politieke agenda. Het onderwerp is pas jaren later in wetgeving – art. 1 Grondwet, art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM, art. 141 EG verdrag en AWGB – verankerd. Laatstgenoemde wet verbiedt specifiek onderscheid tussen personen op grond van godsdienst en levensovertuiging, reden waarom deze wet in onze bijdrage centraal staat.

1.2.2 De begrippen ‘godsdienst’ en ‘levensovertuiging’?

Niet elke ‘overtuiging’ wordt beschouwd als een godsdienstige overtuiging of een levensovertuiging. Volgens vaste oordelenlijn van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is er sprake van een godsdienst indien het gaat om een overtuiging omtrent het leven waarbij een opperwezen centraal staat, terwijl bij een levensovertuiging een opperwezen ontbreekt. Onder levensovertuiging wordt verstaan een min of meer coherent stelsel van ideeën, waarbij sprake is van fundamentele opvattingen over het menselijke bestaan. Daarbij is het noodzakelijk dat deze opvattingen niet slechts individueel worden gehuldigd maar dat sprake is van gemeenschappelijke opvattingen.²⁴ Het niet hebben of niet belijden van een godsdienst of levensovertuiging, reden waarom men wellicht gevrijwaard wil worden van uitingen in dit kader, valt volgens de CGB ook onder het begrip godsdienst of levensovertuiging.²⁵ Zo werd de leer van Osho beschouwd als een levensovertuiging nu sprake was van een gemeenschappelijke leer waarin meditatie en streven naar verlichting centraal staan.²⁶ Daarentegen werd de door een werknemer gehuldigde opvatting dat Tweede Paasdag als een familie- of gezinsdag moet worden aangemerkt niet beschouwd als een uiting van een levensovertuiging nu van een min of meer coherent stelsel van ideeën geen sprake was.²⁷

Een aardige illustratie van hetgeen (niet) als een levensovertuiging moet worden beschouwd vormt de ‘hanenkamzaak’ van een werknemer die klaagde over het feit dat hij geen promotie (tot leidinggevende) kon maken vanwege zijn uiterlijk, bestaan uit de volgende ingrediënten: een kaalgeschoren hoofd met daarop in het midden een zogenoemde (gekleurde) hanenkam, het vaak dragen van een gescheurde spijkerbroek met teksten daarop in combinatie met een klein T-shirt zonder mouwen met aan zijn voeten legerschoenen, zogenoemde kistjes.²⁸ De werknemer, in het dagelijks leven monteur, zou alleen in aanmerking komen voor een functie van leidinggevende als hij zijn uiterlijk zou aanpassen. Daarmee werd een ‘gewone’ haardracht bedoeld, een niet bekladde spijkerbroek zonder scheuren en een sweater, trui of overhemd. Dat weigerde de werknemer, omdat zijn uiterlijk verband zou houden met zijn levensovertuiging. Het oordeel van de CGB vermeldt hierover onder meer het volgende:

24. Zie CGB oordeel 1997-15, CGB oordeel 2005-28, CGB oordeel 2005-67.

25. Zie CGB oordeel 2005-19 en CGB oordeel 2006-112.

26. CGB oordeel 2005-67.

27. CGB oordeel 2010-160.

28. CGB oordeel 1997-15.

‘De hanenkam is voor verzoeker een symbool van zijn levensovertuiging en politieke gezindheid, die hij als anti-materialistisch en autonoom omschrijft. ‘Anti-materialistisch’ betekent dat hij zich distantieert van de maatschappij, waarin mensen steeds meer willen bezitten, steeds meer macht willen hebben ten koste van anderen en willen bepalen hoe andere personen moeten leven en denken. “Autonoom” houdt in dat verzoeker een tegenstander is van het indelen van mensen in groepen en het opplakken van etiketten. Verzoeker vindt dat mensen hun eigen weg in het leven dienen te gaan zonder zich daarbij te laten beïnvloeden door dwingende factoren. Verzoeker vraagt zich daarnaast voortdurend af waarom bepaalde zaken in de maatschappij geregeld zijn zoals ze zijn. Hij voelt zich ten opzichte van zichzelf verplicht om zowel op zijn werk als in zijn privéleven alert te zijn en te blijven op allerlei terreinen. Hij draagt zijn (politieke) denkbeelden uit door zijn dagelijkse manier van leven. Zo is hij tegen het leger en corruptie en woont hij in een kraakpand. Verzoeker voert in dat laatste verband overleg met de gemeente over de huisvestingsproblematiek. Zijn denkbeelden deelt hij soms met anderen zonder daarbij te pretenderen tot een politieke groepering te behoren.’

De CGB was van oordeel dat voornoemde opvatting niet kon worden aangemerkt als een levensbeschouwing in de zin van de AWGB, nu het daarbij dient te gaan om een samenhangende beschouwing over leven, zoals dat het geval is bij het humanisme en de antroposofie. Een samenhangende beschouwing over het leven is – zo wordt in de overwegingen benadrukt – niet hetzelfde als het huldigen van maatschappelijke opvattingen:

‘De Commissie overweegt dat van een levensovertuiging gesproken kan worden als deze overtuiging een min of meer coherent stelsel van ideeën vormt waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan. De Commissie acht het noodzakelijk dat deze opvatting niet individueel beleefd wordt, maar dat er sprake is van een gemeenschappelijke opvatting. Op grond van hetgeen door verzoeker omtrent zijn anti-materialistische en autonome levensovertuiging naar voren is gebracht, komt de Commissie tot het oordeel dat niet gesproken kan worden van een min of meer coherent stelsel van ideeën over het menselijk bestaan, maar eerder van een persoonlijke levenswijze die samenhangt met verzoekers opvattingen over de maatschappij. Op grond hiervan concludeert de Commissie dat deze opvattingen van verzoeker niet kunnen worden aangemerkt als een levensovertuiging in de zin van de AWGB.’

Wel vond de CGB dat de opvattingen van de werknemer kwalificeren als een politieke overtuiging in de zin van de AWGB, onder meer omdat de visie van de werknemer ‘anti-materialistisch en autonoom is’ en deze is terug te vinden bij bewegingen die onder de benaming autonomen naar buiten treden. Onvoldoende was echter gebleken dat de relatie tussen het uiterlijk van de werknemer en zijn politieke gezindheid zodanig was dat gesproken kon worden van een uitdrukking van zijn politieke gezindheid. Uiteindelijk werd de klacht van de werknemer daarom afgewezen.

Zoals uit het voorgaande al kon worden afgeleid, bevat het verbod op onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging niet alleen recht op bescherming van de vrijheid om te geloven, maar ook om zich ernaar te gedragen. Zo wordt het

dragen van een hoofddoek door moslimvrouwen beschouwd als een uitdrukking van het geloof en valt het daarom onder de vrijheid van godsdienst. Daaraan doet niet af dat binnen de moslimgemeenschap verschillend wordt gedacht over de plicht om een hoofddoek te dragen.²⁹ Ten aanzien van de precieze toepassing van de regels (uit de Bijbel of de Koran, etc.) stellen de rechter en de CGB zich terecht terughoudend op. Het is niet aan de rechter of Commissie om uit te maken wat de juiste toepassing of interpretatie is. Deze terughoudendheid gaat echter niet zover dat in het geheel niet getoetst wordt of een gedraging uiting is van het geloof. Zo ving een jeugdige moslima die niet wilde deelnemen aan gymlessen op school bot bij de CGB, omdat zij niet aannemelijk kon maken dat 'haar absolute weigering om deel te nemen aan de gymlessen in het algemeen als geloofsuiting van leden van de geloofsgemeenschap of een bepaalde richting daarbinnen wordt beschouwd'.³⁰

1.2.3 Hoofddoekjes en 'handen schudden': wanneer zijn gedragsregels objectief gerechtvaardigd?

De Algemene wet gelijke behandeling bevat meerdere kenmerken op grond waarvan het verboden is onderscheid te maken. Het gaat om ongelijkheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat bij de aanbidding van een betrekkingen vacaturevervulling, de arbeidsbemiddeling, het aangaan en het beëindigen van de arbeidsverhouding, de arbeidsvoorwaarden,³¹ de scholing en de vorming voor of tijdens een arbeidsverhouding, de bevordering en de arbeidsomstandigheden (art. 5 lid 1 Awgb). De Awgb kent ten aanzien van direct onderscheid een gesloten stelsel van rechtvaardigingsgronden: alleen de specifiek in de wet genoemde uitzonderingen kunnen worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond. Daarentegen kent de wet ten aanzien van indirect onderscheid een open stelsel van rechtvaardigingsgronden. Dat betekent dat voor het gemaakte onderscheid een – niet in de wet nader omschreven – 'objectieve rechtvaardigingsgrond' kan worden aangevoerd. Bij een beroep op de Awgb gaat het niet zelden om een verboden onderscheid op grond van godsdienst. De werkgever wijst bijvoorbeeld een sollicitant af die om religieuze redenen een hoofddoekje of een ander kledingstuk wil dragen. Bij indirect onderscheid kan dat wel, als het te bereiken doel legitiem is, het middel om het doel te bereiken daartoe geschikt én noodzakelijk is. Bij dit laatste wordt onderscheid gemaakt tussen proportionaliteit en subsidiariteit.

Omgangsvormen

Met name de subsidiariteitstoets die de CGB aanlegt wordt behoorlijk streng toegepast, te streng wat mij betreft, daar waar het enkele zaken over het weigeren van het geven van een hand betreft. In de zaak van een leerkracht die werd geschorst

29. CGB oordeel 1995-31.

30. CGB oordeel 99-106; I.P. Asscher-Vonk, *Gelijke behandeling bij arbeid* 2002, p. 45.

31. Hieraan wordt in de oordelen van de CGB en in de meer recente civiele rechtspraak voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving een ruime interpretatie gegeven. Kledingvoorschriften – die de werkgever op zichzelf beschouwd kan invoeren en wijzigen op grond van art. 7:660 BW (het instructierecht) – vallen in dit verband wel onder het begrip arbeidsvoorwaarden, maar kwalificeren niet als arbeidsvoorwaarden in de zin van art. 7:613 BW. Bepaalde kledingvoorschriften kwalificeren overigens ook als beleid ten aanzien van 'arbeidsomstandigheden'.

omdat zij op religieuze gronden weigerde mannen een hand te geven, meende de CGB dat hiervoor geen rechtvaardigingsgrond kon worden aangevoerd.³² Weliswaar werd het nagestreefde doel – voorkomen van onderscheid op grond van geslacht en een goede uitoefening van de functie – als legitiem aangemerkt, maar volgens de commissie was niet aangetoond dat het voorschrift om een ieder de hand te schudden (het middel) geschikt zou zijn om een goede functie-uitoefening (het doel) te waarborgen. De motivering van de CGB in voornoemde zaak is voor discussie vatbaar. Het is immers bedenkelijk om eerst maar incidenten te moeten afwachten. Op z'n minst merkwaardig is dat een werkgever eerst 'beleid' moet maken ten aanzien van omgangsvormen. Dat zou betekenen dat algemeen aanvaarde sociale en ethische normen in Nederland voortaan in protocollen, codes en handboeken moeten worden vastgelegd! Hetzelfde geldt voor het bedenken van 'alternatieven'. Het is mij niet duidelijk wat redelijke alternatieven voor gebruikelijke omgangsvormen precies moeten inhouden.

Ondanks de forse kritiek die in de politiek, media en literatuur op deze oordelenlijn is gekomen, houdt de CGB voet bij stuk. De op het islamitische geloof gebaseerde weigering om een persoon van het andere geslacht bij wijze van groet de hand te schudden wordt beschouwd als een gedraging die valt onder het door de AWGB beschermde begrip godsdienst. Wel liet de CGB in een recentere uitspraak de teugels ietsjes vieren door nadrukkelijk ruimte laten voor de afwijzing van een kandidaat op grond van het gehele feitencomplex waarvan de weigering om een hand te geven onderdeel vormt. In een zaak waarin een imam door een justitiële kliniek na een arbeidsvoorwaardengesprek alsnog werd afgewezen, speelde diens weigering vrouwen een hand te geven een cruciale rol.³³ Maar, zo verweerde de werkgever zich, het was niet zozeer de weigering van de imam om vrouwen een hand te geven dat de doorslag voor de afwijzing gaf, maar zijn onduidelijke houding hieromtrent, nu hij wisselende standpunten had ingenomen. Aanvankelijk had de imam bezwaren tegen het geven van een hand, later corrigeerde hij zichzelf, maar in een vervolgesprek bleek hij niet bereid tot het geven van een hand aan het vrouwelijke lid van de selectiecommissie en negeerde hij dit lid ook in het gesprek. Ook waren er bijkomende omstandigheden die aan de zijde van de werkgever hadden geleid tot het ontbreken van het noodzakelijke vertrouwen in de imam. De CGB toonde begrip voor de werkgever en kwam tot de conclusie dat geen sprake was van een afwijzing op grond van godsdienst:

'Voor verweerder is vertrouwen belangrijk, met name omdat het bij de functie hoort dat de geestelijk verzorgers voor elkaar waarnemen. Gezien de aard van de functie en de context waarin deze vervuld moet worden mocht van verzoeker verwacht worden dat hij een helder beeld bood van zijn gedragingen en hetgeen daaraan ten grondslag ligt. (...) Op grond van het voorgaande concludeert de Commissie dat verweerder op zakelijke gronden heeft besloten verzoeker af te wijzen voor de functie imam. In dit licht bezien kunnen de aangevoerde feiten geen onderscheid op grond van godsdienst doen vermoeden.'

32. Ook in CGB oordeel 2006-221 gaat het om het weigeren van een hand op grond van het geloof.

33. CGB oordeel 2009-0141.

Het is opvallend dat de civiele rechter en de (hoogste) bestuursrechter ten aanzien van de omgangsvormenproblematiek een andere koers varen dan de CGB. Zo was de Rotterdamse rechtbank was van oordeel dat de gemeente er voor mag kiezen om ten aanzien van alle burgers de in Nederland gebruikelijke begroetings- en beleefdheidsvormen in acht te nemen en dat door de gemeente een legitiem doel wordt nagestreefd door bij de ontvangst van de Sociale Dienst geen onderscheid te willen maken tussen mannen en vrouwen.³⁴ De afwijzing van een moslim voor een representatieve functie bij de Sociale Dienst, omdat hij vrouwen geen hand wilde geven, werd dan ook als een passend en noodzakelijk middel beschouwd om een legitiem doel te verwezenlijken. In de zaak die uiteindelijk leidde tot een uitspraak van de CRvB betrof het een lerares die op zekere dag aankondigde mannen niet langer met een handdruk te zullen begroeten. De CRvB overwoog dat deze houding als confronterend en als onaangenaam kan worden ervaren waardoor de onderlinge relaties onder druk kunnen komen te staan. Bovendien vervulde de lerares een voorbeeldfunctie ten opzichte van de leerlingen op een school die duidelijkheid in een multiculturele omgeving mag stellen boven diversiteit.³⁵ De minder terughoudende benadering van de civiele rechter en de bestuursrechter ten aanzien van het aanvaarden van een objectieve rechtvaardigingsgrond, heeft – niet in het minst vanwege de vrees voor toenemende rechtsvervreemding bij de burger (afnemende herkenning in het recht)³⁶ – mijn instemming.

Bidden op het werk

Een algeheel verbod om te bidden op het werk leidt tot verboden onderscheid. Maar de werkgever mag wel voorwaarden stellen; bijvoorbeeld de eis dat iemand alleen tijdens de pauzes bidt. In de zaak dat een werkgever een islamitische werknemer weigerde om tijdens het werk te bidden vormde het organisatorisch belang de rechtvaardiging voor het indirect onderscheid. De continuïteit van het productieproces kwam in gevaar als het de man zou worden toegestaan om buiten pauzes en de tijd voor persoonlijke verzorging te bidden.³⁷ Het recht op de uitoefening van de godsdienstvrijheid gaat niet zover dat een werkgever kan worden verplicht om een bidruimte in te richten.³⁸

‘Hoofddoekjesregels’ en andere kledingvoorschriften

In procedures over kledingvoorschriften beroepen werkgevers zich nogal eens op het belang van een uniforme, professionele, uitstraling en herkenning van de bedrijfsformule. In dit verband hebben zij niet te klagen over rechtszekerheid als het gaat om de vraag of een hoofddoekenverbod gerechtvaardigd is. Het antwoord luidt ontkennend. Het is vaste rechtspraak en de CGB heeft een vaste oordelenlijn³⁹ inhoudende dat het representativiteitsargument geen objectieve rechtvaardiging vormt voor een (algeheel) hoofddoekenverbod. Er zijn immers minder bezwaarlijke

34. Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/234.

35. CRvB 7 mei 2009, JAR 2009/146.

36. Zie hierover Marc Hertogh, *Rechtsvervreemding, tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie RUG), BJu 2007.

37. CGB oordeel 1997-23.

38. CGB-advies 2004, par. 4.

39. Zie bijvoorbeeld CGB oordeel 2007-104 (hoofddoekverbod tijdens stage in apotheek); CGB oordeel 2008-14 (hoofddoekverbod tijdens stage in brillenzaak). Hetzelfde geldt ten aanzien van andere kledingsregels die een beperking van religieuze uitingen vormen: CGB oordeel 2008-91 (cursisten moeten worden aangemoedigd tot gematigd religieus kleden).

manieren om het gestelde doel te bereiken.⁴⁰ Wel mogen bepaalde eisen ten aanzien van gezichtsbedekking en functioneren worden gesteld. In oordeel 2003-40 concludeerde de Commissie dat een onderwijsinstelling voor beroepsonderwijs en volwasseneneducatie medewerkers mag verbieden een gezichtsbedekkende sluier te dragen. Het driedelige doel, te weten een goede communicatie, het kunnen vaststellen van de identiteit en het voldoen aan op de school rustende wettelijke taken, vormde een objectieve rechtvaardiging voor het verbod. Bij de formulering van het verbod moet dan wel worden gekozen voor een neutrale formulering, zoals 'verboden is het dragen van kleding die het gezicht (bijna) geheel bedekt'.

Een andere rechtvaardigingsgrond kan zijn gelegen in veiligheids- of hygiëneaspecten. Zo moest een leerlinge/stagiair van haar school – die tevens bemiddelaar was bij het vinden van een stage – haar hoofddoek achter haar hoofd vastknopen, omdat op deze wijze de veiligheid beter kon worden gewaarborgd.⁴¹ Heel precies ging de CGB na deze eis ten aanzien van het op zichzelf legitieme doel aan het noodzakelijkheidsvereiste voldeed. Hiervan was sprake als het doel, het waarborgen van veiligheid, was gediend en dat deed zich voor in situaties waarin bij het opvolgen van het voorschrift de (brand)veiligheid in het gedrag kan komen, zoals bij kook- en gymnastiekonderwijs. Naar de aard van het onderwijs op het terrein van maatschappijleer zou zo'n situatie zich echter niet voordoen, althans was de kans daarop redelijkerwijze verwaarloosbaar. De Commissie wijst er nog op dat er redelijke alternatieven denkbaar zijn voor een andere, uit het oogpunt van verboden onderscheid minder bezwaarlijke wijze van veiligheidshalve dragen van een hoofddoek dan de voorgeschreven wijze. Te denken valt volgens de Commissie aan het op stellen van regels voor het dragen van hoofddoeken die alleen gelden tijdens die lessen waar een hoofddoek mogelijk gevaarlijk kan zijn, zoals kook- en gymnastieklessen. Als deze regels helder zijn en duidelijk worden gecommuniceerd aan leerlingen, docenten en stagiairs dan kan de werkgever vorm geven aan de op hem rustende verantwoordelijkheid voor de veiligheid op school en tevens ruimte laten voor religieuze overwegingen om een hoofddoek op verschillende wijzen te knopen.

Veel bekendheid kreeg de uitspraak van de Haarlemse kortgedingrechter waarin een werkgever (Golden Tulip te Schiphol) verplicht werd het dragen van een tulband, baard en kirpan (kleine dolk) door een tot 'sikh' bekeerde werknemer te gedogen, ondanks het feit dat deze werknemer de kledingvoorschriften van de werkgever bij indiensttreding expliciet had aanvaard. De vrijheid van godsdienst woog voor de president (en de CGB) zwaarder dan de vrijheid van de werkgever om werknemers bepaalde kledingvoorschriften op te leggen.⁴² Van recentere datum is de zaak die speelde in 2009 en 2010 tussen het Gemeentelijk Vervoer Bedrijf (GVB) en een aldaar in dienst zijnde tramconducteur. Laatstgenoemde, een uit Egypte afkomstige christen, wilde in verband met het uitdragen van het christelijke geloof op zichtbare wijze een goudkleurige halsketting tot halverwege de borst met een crucifix (met een lengte van vijf centimeter) eraan dragen. Op grond van de in 2008 gewijzigde kledingvoorschriften en de in verband daarmee opgestelde regels 'Gebruik van

40. Zo ook de herenmodezaak die problemen had vanwege representativiteit van een medewerkster met hoofddoek. Er was sprake van indirect onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd was. CGB oordeel 2006-248.

41. CGB oordeel 2008-73.

42. Pres. Rb. Haarlem 8 maart 1997, JAR 1997/95.

accessoires in combinatie met de nieuwe bedrijfskleding' bij GVB was het de werknemer niet langer toegestaan op deze zichtbare wijze het sieraad te dragen. De regel luidde:

'Kettingen mogen gedragen worden, echter niet zichtbaar en dus onder het overhemd of de blouse. Broches (bijvoorbeeld op de shawl) zijn niet toegestaan. GVB-speldjes (bijvoorbeeld de jubilarisspeldjes) zijn wel toegestaan.'

GVB verzocht hem de ketting met kruis onder zijn kleding te dragen. De werknemer weigerde en volhardde hierin, ook na een opgelegde schorsing en een rijverbod. Hij stelde dat GVB een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van geloof maakte. Kantonrechter en hof stelden de werknemer in het ongelijk.⁴³ Het hof overwoog dat de kledinginstructie van GVB om geen sieraden over de kleding te dragen weliswaar indirect onderscheid op grond van religie vormt (in het bijzonder voor leden van de christelijke geloofsgemeenschap en derhalve is niet louter sprake van een particuliere opvatting⁴⁴), maar dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. In dat verband aanvaardde het hof dat het bereiken van de door GVB gewenste professionele uitstraling een legitiem doel vormt en dat het gekozen middel passend en noodzakelijk is. Met betrekking tot het vermeende onderscheid tussen de werknemer en vrouwelijke moslimcollega's (die wel een hoofddoek mogen dragen) oordeelde het hof dat het dragen van de ketting met kruis over het uniform de zakelijke, uniforme en professionele uitstraling van de bedrijfskleding verstoort. Voor de hoofddoek, die in het uniform is geïncorporeerd doordat deze de uniformkleuren heeft en voorzien is van het GVB-logo, geldt het voorgaande niet.⁴⁵ Men kan van oordeel zijn dat de christelijke conducteur er wel wat bekaaid van af komt in verhouding tot moslima die een hoofddoekje willen dragen, te meer nu de rechtvaardigingsgrond voor GVB niet zozeer was gelegen in veiligheidsoverwegingen,⁴⁶ maar in het realiseren van een professionele uitstraling. In de literatuur hebben meerdere auteurs tegen de achtergrond van de 'hoofddoekjesbenadering' vraagtekens bij de uitkomst van het arrest geplaatst en de kwalificatie 'controver-

43. Ktr. Amsterdam 14 december 2009, JAR 2010/3 en Hof Amsterdam 6 juni 2010, JAR 2010/179; JIN 2010/596 m.nt. Houweling. Zie hierover uitvoerig V. Gerlach en H.J. Maks, De werkgever en voorschriften over kleding en uiterlijk in de periode 2007-2010, TAP 2010, special 2, p. 20-27; F.T. Oldenhuis, *Exclusiviteit en (in)tolerantie; schurende relaties tussen recht en religie* (oratie Groningen 2006), Deventer: Kluwer 2008; F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Van Gorcum 2007. Zie ook C. Zoethout, *Kruisbeelden op openbare scholen in Italië*, TvRRB 2010, p. 75 e.v.
44. Anders oordeelde de Engelse Court of Appeal 12 February 2010, EELC 2010/40. De Court of Appeal beschouwde het zichtbaar (willen) dragen van een ketting met kruis als uiting van het christelijke geloof een particuliere opvatting van de bij British Airways werkzame werknemer in plaats van een collectieve – door meerdere christenen gedeelde – overtuiging. Er was daarom geen sprake van indirect onderscheid. En voor zover toch sprake zou zijn geweest van indirect onderscheid, had de werkgever een objectieve rechtvaardigingsgrond aangevoerd.
45. Zie over de materie verder R. van Steenberghe, *Kledingvoorschriften en grondrechten*, SR 2006/2, p. 41 e.v.; E.A. Peters, *Hoofdzaken over hoofddoeken*, ArbeidsRecht 2005/4, nr. 24; J.J. van Dijk, *Hoofddoekjes en baarden: de werkgever en het uiterlijk of de kleding van de werknemer*, ArbeidsRecht 1996, nr. 41; E. Verhulst, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 148-149; V. Gerlach en U.B. Verboom, *Voorschriften over kleding en uiterlijk*, ArbeidsRecht 2007, nr. 37.
46. Daarop werd alleen in eerste aanleg een beroep gedaan. Het veiligheidsargument legt gezien de vergaande zorgplicht die ex art. 7:658 BW op de werkgever rust, meer gewicht in de schaal dan het uniformiteitsargument. Zie ook F.T. Oldenhuis, *Trainen in tolerantie, maar hoe? Over het dempen van religieuze opvattingen binnen het publieke domein*, lezing 2010, gepubliceerd op <www.rug.nl>.

siële uitspraak' gebruikt.⁴⁷ Wat lichter is het commentaar dat een andere uitkomst 'niet ondenkbaar' was geweest.⁴⁸

Mogelijk heeft op de achtergrond meegespeeld dat de opvatting van de werknemer om de ketting met kruis te dragen meer een 'eenmansactie' is dan dat kan worden gesproken van een breed 'gedragen' (in beide betekenissen) uitdragen van het 'christenzijn'. De opzichzelf ruimhartige interpretatie die wordt gegeven aan het begrip 'godsdienst' waardoor ook (heel) kleine visjes binnen het net van de Awgb zwemmen, leidt dan eerder tot het aanvaarden van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid. Zou, wanneer het dragen van een ketting met kruis, door een (grote) groep christenen worden beschouwd als een wijze waarop persoonlijk uiting wordt gegeven de rechter tot hetzelfde oordeel zijn gekomen?

Ook wanneer de werkgever ten aanzien van zijn standpunt dat de gestelde kledingvoorschriften de Awgb-toets doorstaan het gelijk aan zijn zijde heeft, zal hij wel als 'goed werkgever' moeten handelen. De werkgever zal het in dit verband toekomende directierecht naar redelijkheid moeten uitoefenen.⁴⁹ Dat was niet het geval in de zaak die leidde tot de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter 's Hertogenbosch.⁵⁰ Aan de orde waren kledingvoorschriften op de dialyseafdeling van een ziekenhuis op grond waarvan het personeel – in verband met hygiëne – korte mouwen diende te dragen. Een werkneemster had moeite met deze voorschriften vanwege haar islamitische geloofsovertuiging. Haar verzoek om met driekwartmouwen te mogen werken, werd afgewezen. Vervolgens werden de werkneemster de patiëntgebonden werkzaamheden ontnomen, werd zij aangemerkt als herplaatsingskandidaat en overgeplaatst. In de daaropvolgende ontbindingsprocedure stelde de werkneemster dat de werkgever haar verzoek niet serieus had bekeken. Aan de hand van foto's zou blijken dat verpleegkundigen en artsen op andere afdelingen ook lange mouwen, sieraden en/of horloges droegen die volstrekt in strijd waren met de richtlijnen van de werkgever. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst, maar met toekenning van een vergoeding (met c-factor 1). Met betrekking tot de kledingvoorschriften was de kantonrechter van oordeel dat de werkgever gerechtigd was van de werkneemster naleving van de door haar gehanteerde WIP-richtlijn te verlangen, nu het hier ging om een richtlijn die was opgesteld door gezaghebbende wetenschappers en deskundigen, verenigd in de Werkgroep Infectie Preventie, en die door de Inspectie voor de Gezondheidszorg als professionele standaard wordt gehanteerd. Ook had de werkgever naar aanleiding van het verzoek van de werkneemster in- en externe adviezen ingewonnen en alternatieven onderzocht. In dit licht bezien was de inbreuk die de werkgever door middel van het kledingvoorschrift maakt op het grondrecht van de werkneemster om zich overeenkomstig haar geloofsovertuiging te kleden, noodzakelijk, proportioneel en gerechtvaardigd. De werkgever had zich echter niet als goed werkgever gedragen

47. B.P. Vermeulen en A.J. Overbeeke, *Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezondheid*, in: C.J. Forder (red.), *Oordelenbundel: Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009*, p. 113.

48. V. Gerlach en H.J. Maks, *De werkgever en voorschriften over kleding en uiterlijk in de periode 2007-2010*, TAP 2010, special 2, p. 25.

49. Zie hierover D.J. Buijs, *Anti-drugsbeleid een vorm van werkgeversgezag?*, TRA 2010/4, p. 23-24 n.a.v. Ktr. Den Helder 29 oktober 2009, LJN BK7946, JIN 2010/47. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Instructiebevoegdheid*, in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, deel 1, Den Haag 2011.

50. Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juni 2009, JAR 2009/209.

door de werkneemster al haar functie te ontnemen en haar als herplaatsingskandidaat aan te merken toen het overleg tussen partijen over de kledingvoorschriften nog gaande was. Bovendien bleek uit de overgelegde foto's dat de werkgever mogelijk wel binnen de dialyse-afdeling, maar niet binnen de hele organisatie een strak beleid voerde op het gebied van hygiëne.

1.2.4 Intermezzo: een vergelijking met het recht op privéleven

Ten aanzien van kledingregels en andere regels ten aanzien van het uiterlijk van een werknemer kan behalve aan het grondrecht 'vrijheid van godsdienst' ook worden getoetst aan het grondrecht 'privacy' ofwel het recht op privéleven.⁵¹ De rechtspraak laat zien dat de werkgever ook dan een objectieve rechtvaardigingsgrond moet hebben om met een beroep op het instructierecht ex art. 7:660 BW de vrijheid van de werknemer zich conform eigen smaak te mogen kleden te beperken. Uiteraard heeft ook hier de rechtspraak een casuïstisch karakter. Per geval wordt onderzocht of de werkgever een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft voor de beperking van het grondrecht. Belangrijke rechtvaardigingsgronden zijn (eveneens) het willen realiseren van een professionele uitstraling en veiligheidsaspecten. De rode draad die door deze casuïstiek loopt is enerzijds dat de werkgever terughoudend moet zijn ten aanzien van het beperken van het grondrecht, maar anderzijds dat sneller dan bij indirect onderscheid op grond van godsdienst een rechtvaardigingsgrond wordt gevonden. Voorbeelden van de terughoudendheid zijn uitspraken over het gebruik van oorbellen en tongpiercings. Een oorbellenverbod voor mannen werd als onverenigbaar met voornoemd grondrecht aangemerkt onder meer omdat het 'in brede lagen van de bevolking aanvaard is dat ook mannen oorbellen dragen en werkgeefster niet aannemelijk heeft gemaakt dat het dragen van oorbellen onverenigbaar is met werknemers vervulling van zijn functie van winkelmedewerker/vakkenvuller'.⁵² Tot eenzelfde conclusie kwam de rechter in een zaak over het dragen van een tongpiercing. Overwogen werd: 'Hoewel er wel enig begrip bestaat voor het standpunt dat het dragen van een tongpiercing door de klanten van gedaagde mogelijk niet wordt gewaardeerd, levert noch het dragen ervan, noch de weigering om de piercing te verwijderen een dringende reden voor ontslag op staande voet op'.⁵³ De aard van de functie kan bij de beoordeling van doorslaggevende betekenis zijn. Wanneer een werknemer een representatieve functie in het bedrijf vervult (een baliemedewerker, een vertegenwoordiger), kunnen verdergaande eisen ten aanzien van het uiterlijk worden gesteld dan ten aanzien van een productiemedewerker die niet of nauwelijks in contact met cliënten komt. De Centrale Raad van Beroep oordeelde in een ambtenarenzaak dat de overheid als werkgever wel bevoegd is tot het verbieden van een (wenkbrauw)piercing door een politiefunctionaris tijdens diensttijd.⁵⁴ Het politiekorps vond dat het dragen van de piercing afbreuk deed aan de voor een geüniformeerde politiefunctionaris vereiste neutra-

51. Zie hierover C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, BJu 2010, hoofdstuk 8.

52. Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, JAR 1994/206. Aldus ook Ktr. Amersfoort 26 juni 2007, RAR 2007, 131.

53. Ktr. Arnhem 20 maart 2000, JAR 2000/138.

54. CRvB 7 april 2005, JIN 2005/293 m.nt. Van der Heijden. Zie ook Gerecht in eerste aanleg Nederlandse Antillen 19 januari 2010, LJN BL3752, RAR 2010, 61 (ontslag van een docente wegens hardnekkige weigering van het uitdoen van een zichtbare piercing was niet kennelijk onredelijk).

liteit, representativiteit en autoriteit en de kans op lichamelijk letsel zou vergroten. De Raad vond het verbod niet strijdig met een aantasting van het grondrecht van onaantastbaarheid van het lichaam, onder meer omdat het verbod betrekking had op een sieraad waarvan niet was gebleken dat dit uiting gaf aan, dan wel bepalend was voor de persoonlijke identiteit van de politiefunctionaris. Ook vond de Raad het van belang dat het verbod uitsluitend onder diensttijd gold en dat het verbod tot het dragen van het sieraad tijdens diensttijd noodzakelijkerwijs geen gevolgen had voor het dragen ervan in de vrije tijd. Daarentegen was de CRvB van oordeel dat eisen die werden gesteld aan de haardracht van een politiefunctionaris wel leidden tot een aantasting van de grondrechten 'recht op persoonlijke levenssfeer' en 'recht op onaantastbaarheid van het lichaam'.⁵⁵ Een belangrijk verschil tussen het dragen van een piercing en de haardracht is volgens de Raad dat een piercing tijdens de diensttijd voor de duur van de diensttijd kan worden verwijderd. Een verandering van de haardracht in opdracht van de korpsbeheerder daarentegen zal ook gevolgen hebben voor de privé-tijd. In deze zaak vond de Raad dat de 'uiterlijke verschijning van de politieambtenaar zoals blijkend uit tot de gedingstukken behorende foto's', niet zodanig in strijd met de eisen van representativiteit en professionaliteit waren dat een beperking van de grondrechten gerechtvaardigd was. Gaat het om kledingvoorschriften op het werk om uniformiteit en professionaliteit uit te stralen of vanwege hygiënevoorschriften, dan zal een beperking van het recht op privéleven – gezien de beperkte impact ervan op het privéleven van de werknemer nu de kleding na werktijd kan worden verwisseld – tamelijk snel gerechtvaardigd zijn.⁵⁶

1.2.5 Een bijzonder geval van botsende grondrechten: de gewetensbezwaarde trouwambtenaar

Ging het in de meeste CGB-zaken die tot hiertoe zijn besproken om de uitoefening van een grondrecht door één partij, bij de breed en veel besproken problematiek van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar worden van twee richtingen grondrechten in stelling gebracht. Enerzijds is er de vrijheid van godsdienst voor de ge-

55. CRvB 24 december 2009, JIN 2010/156 m.nt. Jellinghaus.

56. Aldus besliste de kantonrechter in een door de bekende winkel Gall & Gall tegen haar werknemster aangespannen procedure (Ktr. 's-Gravenhage 18 oktober 2005, JAR 2005/212). De werknemster had problemen met de bedrijfskleding die zij moest dragen. Zij vond dat het overhemd haar ongekleeft maakte, omdat deze enigszins doorschijnend was en dat de zogenoemde sloof haar niet zou 'staan' als zij een korte rok zou dragen. De kantonrechter stak zijn persoonlijke smaak niet onder zijn stoel en had duidelijk moeite met de opstelling van de werknemer: 'Ter zitting is waargenomen dat de kleding een zekere ambachtelijke uitstraling heeft, niet modieus, maar zeker niet onwolvogelijk'. Overwogen werd dat de werkgever een legitiem belang had bij het voorschrijven van de kledingvoorschriften en dat van een onaantastbare inbreuk op het recht op privéleven van de werknemster geen sprake was. Het ontbindingsverzoek werd, zonder toekenning van een vergoeding aan de werknemster, toegewezen. Ktr. Zie voor andere - deels hierboven besproken - rechtspraak inzake haardracht, versierselen en kleding onder meer: Haarlem 24 september 2010, LJN BO2066 (verbod op piercings, tatoeages en extreem kort haar bij stewardess waarbij van belang werd gevonden dat sprake is van veel klantcontact en een stewardess nu eenmaal heeft te accepteren); Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juni 2009, JAR 2009/209 (dragen van korte mouwen in ziekenhuis vanwege hygiënevoorschriften); Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, JAR 2005/232 (verbod damesbermuda bij vervoersbedrijf); Rb. Den Haag 23 mei 2001, JAR 2001/124 (verbod op korte broek bij bezorging van de post); Ktr. Rotterdam 21 juni 1991, Prg. 1991, 3555 (dragen van baard op gespannen voet met hygiënevoorschriften in fastfoodrestaurant); Ktr. Heerenveen 8 oktober 1985, Prg. 1986, 2504 (dragen van broek in plaats van voorgeschreven rok door een bankmedewerkster).

wetensbezwaarde trouwambtenaar voor wie het zeer bezwaarlijk is mee te werken aan een huwelijk of partnerregistratie tussen personen van hetzelfde geslacht. Anderzijds is er voor trouwlustige homoparen het recht op non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Welk grondrecht prevaleert dan of kunnen beide grondrechten naast elkaar worden uitgeoefend? Mag een gemeente in dit verband ten aanzien van de trouwambtenaar de functie-eis hanteren dat er bereidheid moet zijn tot het meewerken aan huwelijken en partnerregistratie van mensen met hetzelfde geslacht?

In de politiek is over voornoemde vragen veel te doen (geweest). Het mag als bekend worden verondersteld dat de ChristenUnie ten tijde van het laatste kabinet Balkenende de kwestie 'goed heeft willen regelen', hetgeen heeft geleid tot averechtse effecten. De CGB heeft zich evenmin onbetuigd gelaten in verschillende oordelen en een advies over de kwestie. In de eerste oordelen kwam de CGB tot een voor velen aanvaardbare oplossing.⁵⁷ De Commissie was de opvatting toegedaan dat het hanteren van de functie-eis tot bereidheid van het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht op zichzelf 'neutraal' is, omdat ook ambtenaren op niet-religieuze gronden bezwaren kunnen hebben tegen het sluiten van dergelijke huwelijken. Van direct onderscheid op grond van godsdienst zou daarom geen sprake zijn.⁵⁸ Wel aanvaardde de CGB dat sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst, nu vooral gelovigen met een bepaalde religieuze achtergrond dergelijke bezwaren hebben en derhalve in overwegende mate door de gestelde eis worden getroffen. Het indirecte onderscheid werd in de betreffende zaken niet objectief gerechtvaardigd, omdat het door de gemeenten nagestreefde doel (uitvoering van de Wet openstelling huwelijk en gelijke behandeling van verschillende huwelijksvormen) weliswaar legitiem was, maar niet zwaarwegend genoeg was om gewetensbezwaarde trouwambtenaren de deur van het gemeentehuis te weigeren. Volgens de CGB diende – in de lijn van de opvatting van de wetgever – gezocht te worden naar praktische oplossingen. Bovendien waren er in de betreffende gemeenten voldoende trouwambtenaren zonder voornoemde gewetensbezwaren beschikbaar zodat de huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht zonder problemen konden worden voltrokken.

In de literatuur werd deze benadering – neerkomend op het zoeken naar passende oplossingen door middel van inroostering en vervanging van trouwambtenaren – positief geduid.⁵⁹ Desalniettemin kwam de CGB zes jaar later tot een ingrijpende wijziging in de te volgen koers.⁶⁰ De CGB volgt thans niet langer de 'pragmatische

57. CGB-oordelen 2002-25 en 2002-26.

58. Kritisch hierover is J.P. Loof, CGB sluit deur voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren, NJCM-Bulletin, jrg. 33 (2008), nr. 6, p. 800: 'Hoe 'neutraal' is de functie-eis nu werkelijk in de praktijk? Die is immers pas gesteld nadat de kwestie rondom gewetensbezwaarde trouwambtenaren in Nederland actueel werd en is, zo lijkt het, vooral ingegeven om die gewetensbezwaarden te kunnen weren. Een Engels arbeidstribunaal beoordeelde in juli 2008 een dergelijke functie-eis wel degelijk als directe discriminatie op grond van godsdienst (en trouwens ook als een vorm van discriminerende intimidatie). Gegeven het systeem van de AWGB zou een oordeel dat sprake is van direct onderscheid voor de CGB echter geen mogelijkheid overlaten voor het maken van een afweging tussen de onderscheidmakende maatregel en de daarmee te dienen doelen. En dat lijkt me bij de onderhavige problematiek ook een wat onbevredigende situatie.'

59. J.P. Loof, CGB sluit deur voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren, NJCM-Bulletin, jrg. 33 (2008), nr. 6, p. 801.

60. CGB oordeel 2008-40.

lijn', maar benadert de 'botsende grondrechten' uiterst principieel, op het scherpst van de snede:

'De vrijheid van godsdienst wordt begrensd door de rechten van anderen. Daarvan is sprake wanneer door de uitoefening van godsdienstvrijheid inbreuk wordt gemaakt op de rechten van anderen. In het onderhavige geval echter zijn wel de rechten van anderen in het geding. In het licht van de proportionaliteitsafweging dient het belang dat wordt gediend met het in vrijheid uiting kunnen geven aan een godsdienstige overtuiging, op te wegen tegen het belang van bepaalde bevolkingsgroepen om niet te worden gediscrimineerd.'

Kort en goed is de CGB van oordeel dat de vrijheid van godsdienst voor trouwambtenaren ten aanzien van het niet behoeven mee te werken aan het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht te zeer indruist tegen het gelijkheidsbeginsel:

'Verzoeker vraagt immers niet om een vrijstelling van de werkzaamheden als zodanig, of de plaats of het tijdstip van uitvoering, maar om de werkzaamheden van een buitengewoon ambtenaar niet te hoeven uitvoeren ten aanzien van een specifieke groep personen. Verzoeker vraagt verweerder om hem, in de uitoefening van de door hem geambieerde functie, de gelegenheid te geven onderscheid te maken tussen twee groepen bruids- en partnerschapsparen, te weten man/vrouw-paren enerzijds en vrouw/vrouw- en man/man-paren anderzijds. Dit druist in tegen het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als verweerder een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de Commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn. (...) De Commissie concludeert op basis van het voorgaande dat, hoezeer ook te begrijpen is dat verzoeker, juist gezien zijn achtergrond, graag wil meewerken aan huwelijksluitingen, dit belang niet opweegt tegen het belang van verweerder om de wens van (toekomstige) medewerkers om te willen discrimineren naar seksuele gerichtheid, niet te faciliteren.'

De Commissie geeft voorts aan dat er geen ander middel is om aan de wettelijke verplichting te voldoen dat minder onderscheidmakend is dan de onderhavige functie-eis:

'De enige manier om onderscheid tussen hetero- en homoparen te voorkomen, is om een gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar geheel vrij te stellen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties. Dit heeft echter tot gevolg dat er geen taken meer resteren en kan derhalve niet gelden als een alternatief.'

Persoonlijk betreur ik de omslag in het denken van de CGB. De nieuwe benadering is beslist geen goed voorbeeld van de wijze waarop met de problematiek van bot-

sende grondrechten moet worden omgegaan. Het non-discriminatiebeginsel krijgt in deze zienswijze een hogere status dan andere grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst, en dat acht ik een ongewenste breuk met het verleden. Met deze benadering wordt een hele groep personen met een (consistente) religieuze overtuiging de toegang tot een bepaalde functie ontzegd. Het zoeken naar pragmatische oplossingen daarentegen past bij de wijze waarop in Nederland met (botsende) grondrechten wordt omgegaan en lijkt ook in overeenstemming met de praktijk in andere landen te zijn.⁶¹

61. Zie J.P. Loof, a.w., p. 802, in het bijzonder noot 10 en de (ook door hem aangehaalde) preadviezen van W. van der Burg, C.J.M. Schuyt en J.H. Nieuwenhuis in *Multiculturaliteit en Recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2008-I. Zie ook het eerder in deze reeks gepubliceerde preadvies van A.K. Koekoek, *De onderlinge verhouding van grondrechten*, 1985.

Hoofdstuk 2

De rechtspositie van de religieuze werkgever

2.1 Inleiding

In het tweede deel van het preadvies staat de rechtspositie van de identiteitsgebonden of religieuze werkgever centraal. Geïnspireerd door buitenlands recht introduceerde collega A.T.J.M. Jacobs in het *liber amicorum* voor prof. mr. L.J.M. de Leede het fenomeen 'tendensinstelling' als bijzonder 'gekleurde'⁶² werkgever in het sociaal recht.⁶³ Het gaat om werkgevers met een herkenbare religieuze of levensbeschouwelijke kleur, verankerd in onder andere statuten, grondslag en missie, interne regels en arbeidscontracten. Werkgevers die aldus kunnen worden gekwalificeerd zijn onder meer kerkgenootschappen, 'bijzondere' scholen, instellingen met een herkenbare ideële doelstellingen en zelfs sommige 'commerciële' werkgever met een herkenbare eigen identiteit. Het onderwerp en de daarbij oprijzende vragen hebben niet alleen een principiële karakter, maar zijn ook hoogst actueel te noemen, niet in het minst vanwege de 'aanvallen' die in de politiek en in juridische procedures worden gedaan op de autonomie van de tendensinstelling.⁶⁴ In 2010 wees het EHRM twee interessante arresten⁶⁵, waarin de grenzen rondom de autonomie van een tendensinstelling nader werden bepaald. Centraal staat de vraag welke ruimte er (nog) is voor autonomie van deze identiteitsgebonden werkgever ten aanzien van het aangaan en beëindigen van arbeidsovereenkomsten als de werknemer handelt in strijd met identiteitsgebonden regels of de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende loyaliteitsverplichting jegens zijn werkgever. Bij de uitwerking van deze vraag zal, na een korte terugblik op de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, de 'vraag' worden beantwoord of identiteitsgebonden instellingen met hun werknemers het civiele arbeidsrecht buiten toepassing kunnen laten. Vervolgens komen twee bijzondere wettelijke regelingen met uitzonderingsposities voor identiteitsgebonden instellingen ter sprake, waarna wordt ingegaan op de vraag welke betekenis nog toekomt aan de autonomie van identiteitsgebonden instellingen als er geen expliciete wettelijke uitzondering voorhanden is. Tot slot wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid de rechter

62. Aldus: E. Verhulp, 'De commercieel "gekleurde" werkgever en beperking van grondrechten van de werknemer', in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 433-444.

63. A.T.J.M. Jacobs, 'De autonomie van het kerkelijk sociaal recht', in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 163-176; en A.T.J.M. Jacobs, 'De rechtspositie van de geestelijken in het Nederlandse sociaal recht', in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven: Peeters 1991.

64. Eerder schreef ik in het *liber amicorum* voor prof. mr. L.H. van den Heuvel over een deelaspect van dit onderwerp, te weten de geestelijke bedienaar: W.A. Zondag, 'De rechtspositie van de geestelijk bedienaar', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het sociaal recht*, Amsterdam: VU Huisdrukkerij 2006, p. 113-146.

65. EHRM 23 september 2010, appl.nr. 425/03 (Obst vs. Duitsland); en EHRM 23 september 2010, appl.nr. 1620/03 (Schüth vs. Duitsland), gepubliceerd in EHRC 2010/138 met noot A.J. Overbeeke.

‘buiten de deur’ van de identiteitsgebonden werkgever te houden door middel van ‘eigen’ interne procedures.

2.2 Geen nieuws onder de zon: de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907

De discussie over de positionering van identiteitsgebonden instellingen, en in het bijzonder van kerkgenootschappen, binnen het sociaal recht mag met recht ‘antiek’ genoemd worden. Ruim honderd jaar geleden, in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst, werd er al uitvoerig over deze vraag gediscussieerd.⁶⁶ De ontwerper van deze wet – Drucker – wees deze gedachte om principiële redenen af. Hij vond het van groot belang dat er één uniforme regeling voor alle typen arbeid en werknemers zou komen. Ook vond hij het ondoenlijk de arbeiders te onderscheiden in verschillende groepen en voor de te onderscheiden groepen verschillende regelingen te ontwerpen.⁶⁷

‘zouden wij dan niet krijgen, wat men in andere landen heeft, waar men 5, 6, 8 regelingen naast elkander heeft, maar waar er dan toch tal van personen zijn die zeggen: waar blijven wij nu, waarom wordt er voor ons niet gezorgd?’

In de praktijk zou het buitengewoon moeilijk zijn de verschillende categorieën werknemers van elkaar te onderscheiden. Drucker:

‘Doch geheel iets anders is het, met het oog op een verschil in rechtsgevolgen, deze categorieën zo nauwkeurig te omschrijven, de grenslijnen zoo scherp te teekenen, dat praktijk en rechtspraak daarin een veilig richtsnoer vinden. Gelukt dit niet, dan ontstaan er ontelbare processen – en wel processen van de meest ondankbare soort – over de vraag, of zekere dienstbetrekking valt binnen of buiten de grenzen van het wettelijk begrip, of over de quaestie, of zekere dienstbetrekking te rangschikken is onder de eene of andere der wettelijke regelingen. En de kans dat het zal gelukken is uitermate gering. De ervaring heeft overal, in wetgeving en wetenschap, geleerd, dat, trots alle zorgvuldigheid, elk dergelijk streven faalt.’

In de Eerste Kamer stuitte de ‘uniforme regeling’ op weerstand. Verschillende Kamerleden wensten meer differentiatie tussen typen werknemers. In dit verband werd gesproken over een afzonderlijke regeling voor bedienaren van de godsdienst, dienstboden, bestuurders van naamloze vennootschappen en coöperatieve verenigingen, handelsreizigers en leerlingen. Uiteindelijk is voor slechts een enkele categorie een afzonderlijke regeling getroffen (waaronder de werknemers in dienst van een publiekrechtelijk lichaam).⁶⁸

66. Zie hierover: E. Verhulp, ‘Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!’, in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 293-29.

67. A.E. Bles, *Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 134-135.

68. A.E. Bles, *Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 168. Wel was minister Van Raalte de opvatting toegedaan dat in de regel geen sprake zou zijn van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst tussen een kerkgenootschap en een voorganger. Zo merkt hij op: ‘Is de positie van de predikanten een positie, die heden niet beheerscht wordt door de burgerrechtelijke arbeidsovereenkomst, dan zal dat ook niet het geval zijn onder de vigueur van dit wetsontwerp. De feitelijke gegevens nu zijn in deze, naar het mij voorkomt, niet zoodanig, dat het burgerlijk arbeidscontract

Later heeft de wetgever wel in verschillende wetten en regelingen een bijzondere status toegekend aan de identiteitsgebonden werkgever. Het gaat dan om uitzonderingen in de Algemene wet gelijke behandeling, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het zogenoemde Rariteiten-KB op grond van artikel 5 van diverse werknemersverzekeringen, de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit.⁶⁹ Ten aanzien van sommige wetten, zoals de Wet op de Ondernemingsraden en de Wet Cliëntenparticipatie Zorginstellingen, is er bij de parlementaire behandeling wel een discussie gevoerd over de wenselijkheid van een uitzondering voor identiteitsgebonden werkgevers, maar was er (uiteindelijk) geen draagvlak voor zo'n uitzondering.⁷⁰ Helaas is het 'denken' van de wetgever over de noodzakelijkheid van uitzonderingen niet altijd even consistent te noemen. Dat geldt evenmin van de door de wetgever gebruikte terminologie.

2.3 Enkele uitzonderingen in de wet- en regelgeving nader bezien

Twee van de belangrijkste 'uitzonderingen' voor identiteitsgebonden werkgevers wil ik nader aan de orde stellen. Het gaat om de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

2.3.1 De Kaderrichtlijn en de Algemene wet gelijke behandeling

Identiteitsgebonden werkgevers verlangen doorgaans van de mensen die bij hen in dienst treden dat persoonlijke identiteit strookt met de grondslag van de instelling. Bij sommige instellingen bestaan deze identiteitseisen hieruit, dat de persoon in kwestie een christelijke of islamitische overtuiging moet hebben. Andere instellingen gaan een stap verder en stellen de eis van lidmaatschap van een bepaald kerkenootschap en/of het kunnen onderschrijven van de belijdenisgeschriften.⁷¹

geacht kan worden van toepassing te zijn'. A.E. Bles, *Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1907, p. 183.

69. Vgl. art. 3.33 Vreemdelingenbesluit dat specifiek betrekking heeft op arbeid als geestelijke voorganger of als godsdienstleraar. Zie hierover: I. Hendrickx & T. de Lange, *Religie, levensbeschouwing en vreemdelingen in Nederland, Een onderzoek naar de toelating van vreemdelingen voor religieuze doeleinden*, WODC, Ministerie van Justitie 2004, p. 27 e.v.; W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden*, Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2005. In voornoemd rapport komen de onderzoekers tot de conclusie dat voornoemde wetgeving voor religieuze instellingen inderdaad tot problemen leidt. De 'geleefde werkelijkheid van de religieuze organisaties wringt met de huidige regelgeving'.
70. Zie hierover onder andere: G.W. van der Voet, *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*, Den Haag: BJu 2005.
71. Zie bijvoorbeeld artikel 11.2 (Functievervulling) van de CAO voor Reformatorisch primair onderwijs. '1. De werknemer betuigt instemming met de grondslag en het doel van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat, zoals deze zijn neergelegd in de statuten of daarmee in dit verband gelijk te stellen akten of schrifturen waarvan hem een exemplaar ter hand is gesteld en verklaart zijn functie in overeenstemming daarmee te vervullen. Dienovereenkomstig verplicht hij zich niets voor te staan of te leren in strijd met het onfeilbaar Woord van God en de daarop gegronde overkorte en onveranderde Drie Formulieren van Enigheid, vastgesteld in de Nationale Synode, gehouden te Dordrecht in de jaren 1618 en 1619 en verwerpt hij alle daarmee in strijd zijnde beschouwingen. Hij stelt zich derhalve op het standpunt dat de mens dood is door de misdaden en de zonden, tenzij hij door de Geest Gods wedergeboren wordt. 2. De werknemer verplicht zich zijn leven in te richten overeenkomstig de in lid 1 genoemde grondslag van de rechtspersoon, waarvan de instelling uitgaat en in zijn levenswandel een goed voorbeeld voor de leerlingen te zijn. 3. De werkgever en de werknemer houden, mede gelet op de grondslag van de rechtspersoon waarvan de instelling uitgaat, ten overstaan van de leerlingen of hun ouders elkaars gezag en dat van de overige werknemers hoog.'

Regelmatig rijst de vraag welke vrijheid deze instellingen vandaag de dag nog hebben ten aanzien van het stellen van ‘geloofseisen’.⁷² De Europese kaderrichtlijn geeft hiervoor de nodige ruimte. Artikel 4 lid 2 van de richtlijn luidt in dit verband:

‘De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.’

In de Algemene wet gelijke behandeling zijn dienovereenkomstig bijzondere regels voor deze instellingen opgenomen. Het moet dan gaan om een kerkgenootschap of een (andere) identiteitsgebonden instelling (instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, een instelling op politieke grondslag en een instelling van bijzonder onderwijs). De uitzondering voor kerkgenootschappen is neergelegd in artikel 3 Awgb waarin is bepaald, dat de wet (in het geheel !) niet van toepassing is op:

- a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag;
- b. het geestelijk ambt.⁷³

Uit deze definitie blijkt dat niet elke arbeidsverhouding van de werkings sfeer van de Algemene wet gelijke behandeling wordt uitgezonderd. Het moet gaan om een

72. Vanuit de orthodox-christelijke hoek werd deze wet beschouwd als een fundamentele bedreiging voor de autonomie van identiteitsgebonden instellingen. Voormalig Tweede Kamerlid J.T. van den Berg merkt hierover in het Reformatorisch Dagblad van datum 10 november 2009 op: ‘De debatten over de antidiscriminatie wet herinner ik me tot in detail. Er ging echt een wissel om. De Bijbelse noties over met name huwelijk en seksualiteit waren de eeuwen door de norm geweest in de wetgeving en de samenleving. Dat stond in de praktijk al op losse schroeven, maar dat spoor werd nu ook officieel verlaten. Wie op dat gebied de oude normen wilde blijven hanteren, zoals de christelijke organisaties, werd voortaan hoogstens nog als een uitzondering gedoogd. Niet iedereen onderkende hoe fundamenteel die wijziging was.’

73. E. Verhulp, ‘De commercieel ‘gekleurde’ werkgever en beperking van grondrechten van de werknemer’, in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 343) vindt deze bepaling te ruim gezien, nu de richtlijn wel een ‘noodzakelijkheidsvereiste’ stelt. Zie voor een interessante reactie vanuit de Duitse regering op de kritiek dat de Duitse wetgeving (eveneens) te ruim is: Sytse de Jong, Ruimte in AWGB kan blijven. Reactie uit Berlijn op kritiek uit Brussel voorbeeld voor Den Haag, *Reformatorisch Dagblad*, 13 september 2009.

arbeidsverhouding *binnen* het kerkgenootschap. Het hangt van de concrete omstandigheden af of de rechtsverhouding tussen een kerkgenootschap en een werknemer kan worden aangemerkt als een rechtsverhouding binnen het genootschap. In de Memorie van Antwoord wordt hierover het volgende opgemerkt: 'Niet elke rechtsverhouding met een kerkgenootschap is ook een rechtsverhouding binnen het genootschap. Per functie zal dat kunnen verschillen, waarbij de grens niet in algemene termen kan worden aangegeven. Een schoonmaker of tuinwerker die af en toe werkzaamheden voor het kerkgenootschap verricht is ten slotte een andere functionaris dan een koster of een zendingswerker'.⁷⁴ In de praktijk leidt de bepaling niet tot noemenswaardige problemen. Wel komt het mij als juist voor dat het kerkgenootschap zelf in belangrijke mate mede kan aangeven of sprake is van een arbeidsverhouding binnen het kerkgenootschap. Hier ligt dan ook een eerste opdracht voor kerkgenootschappen om duidelijk te maken welke taken en functies een intern karakter hebben en daarbij ook consistent beleid te voeren.⁷⁵

De uitzondering voor andere identiteitsgebonden instellingen is te vinden in artikel 5 lid 2 sub a Awgb waarin is vastgelegd dat het verbod om onderscheid te maken op grond van onder meer geslacht, burgerlijke staat en seksuele gerichtheid onverlet laten "de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat". Ten aanzien van een instelling op politieke grondslag en een instelling van bijzonder onderwijs geldt een vergelijkbare uitzondering. In dit geval geldt dat de instelling moet aantonen dat de gestelde functie-eis noodzakelijk is om de grondslag van de instelling of school te verwezenlijken.

Om een beroep te kunnen doen op de uitzonderingsbepaling van art. 5 Awgb dient in een concreet geval aan een drietal voorwaarden worden voldaan:

- a. het gevoerde beleid ter handhaving van de uit de grondslag volgende identiteit van de instelling dient consistent te zijn;⁷⁶
- b. de onderscheidmakende functie-eisen dienen noodzakelijk te zijn;
- 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 cumulatief aan deze voorwaarden is voldaan kan het beroep op voornoemde uitzonderingsbepaling slagen.⁷⁷

74. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 5, p. 76.

75. In deze zin schrijft A.T.J.M. Jacobs ten aanzien van de vraag wat een 'geestelijk ambt is' in zijn artikel: 'De autonomie van het kerkelijk sociaal recht', in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 167, het volgende: 'Mijns inziens is het een consequentie van de autonomie van de kerken, dat de burgerlijke rechter zich in deze terughoudend opstelt en grotendeels afgaat op de interpretatie van de functie door het kerkgenootschap of de religieuze gemeenschap, tenzij die niet consistent is'.

76. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 22; Zie eerder HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891, NJCM-Bulletin 1988, p. 214 m.nt. R. de Winter.

77. Zie bijvoorbeeld CGB oordeel 2007-61 en CGB oordeel 2007-96.

Ad a. Consistent beleid

Van de identiteitsgebonden werkgever wordt, zoals gezegd, verwacht en verlangd dat een consistent beleid gericht op verwezenlijking van de grondslag wordt gevoerd. Over de vraag of dit beleid ook tijdig is ontwikkeld en uitgedragen, ontstond dit jaar een aardig 'meningsverschil' tussen de CGB en de civiele rechter.⁷⁸ Het betrof de (niet arbeidsrechtelijke) vraag of het Don Bosco College in Volendam, een school voor voortgezet onderwijs op katholieke grondslag, enkele tot de school toegelaten moslima in 2010 mocht verbieden een hoofddoek te dragen. Dat mocht niet, aldus de CGB, die opmerkte dat de school jegens de meisjes in het bijzonder noch in het algemeen kenbaar had gemaakt dat het hoofddoekverbod verband hield met de grondslag. Het tegendeel was volgens de CGB het geval, nu de school in haar communicatie over het hoofddoekverbod de suggestie zou hebben gewekt dat het hoofddoekverbod niet in verband zou staan met de katholieke identiteit van de school voor voortgezet onderwijs. Ook het feit dat alleen hoofddoeken werden verboden (en niet tevens anders attributen die uiting geven aan een andere religie) zou er volgens de CGB op wijzen dat geen sprake is van een 'consistent beleid ter verwezenlijking van de grondslag'. De civiele rechter (in eerste aanleg) daarentegen was beduidend minder streng voor de school dan de CGB. Weliswaar erkende de rechter dat de school met het in september 2010 aangescherpte beleid op het terrein van het dragen van een hoofddoek geen uiting heeft gegeven aan een consistent beleid ter verwezenlijking van de grondslag van de school, maar de CGB zou wel hebben miskend dat tot het gedane verzoek van de leerlinge er in het geheel geen sprake was van beleid op dit punt, omdat er tot dusver ook geen 'hoofddoekdraagsters' op school te vinden waren. Naar het oordeel van de rechter staat het de school in beginsel vrij om een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding, petten, hoeden, mutsen en hoofddoekjes in het schoolreglement op te nemen 'zo goed als het andere scholen vrij staat om te besluiten het anders te doen'. En dan komt een belangrijke overweging ten aanzien van de vergaande terughoudende toetsing die de rechter aanlegt:

'Het nemen van dergelijke besluiten is aan het schoolbestuur, niet aan de rechter; die toetst slechts. Zoals [X] met juistheid heeft opgemerkt dient de toetsing van het besluit van DBC te worden ontdaan van emotionele en politieke invloeden. Kijkt de kantonrechter aldus naar het besluit van DBC, dan kan de slotsom geen andere zijn dan dat DBC ook anders had kunnen beslissen, maar dat de beslissing zoals die is genomen en nu wordt gehandhaafd een beslissing is die DBC kan nemen op basis van haar (katholieke) grondslag die met zich meebrengt dat uitingen van een ander geloof binnen de school niet worden aanvaard. Met inperking van de vrijheid van meningsuiting of met discriminatie op basis van geloof heeft dat niets van doen; met dat standpunt miskent [X] dat zij met haar eis om haar geloofsovertuiging te mogen uiten onvermijdelijk inbreuk maakt op de gevoelens van anderen, die menen het recht te hebben van dergelijke uitingen verschoond te blijven. Het vinden van evenwicht tussen dergelijke conflicterende belangen is in een geval als het onderhavige primair een taak van de school en niet van de rechter. Die grijpt slechts in als geen

78. CGB oordeel 2011-9 en Ktr. Haarlem 4 april 2011, LJN BQ0063.

redelijk oordelende school een dergelijk besluit had kunnen nemen, en zo'n situatie doet zich hier niet voor.'

Ad b. Noodzakelijke functie-eisen

Een ander aspect ten aanzien van een 'consistent beleid' ten aanzien van de grondslag dat tevens de tweede eis — de noodzakelijke functie-eisen — heeft betrekking op aan personeelsleden gestelde voorwaarden voor wat betreft het onderschrijven (of 'slechts' respecteren) van de grondslag. Bezien we in dit verband naar de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling, dan valt op dat de Commissie ten aanzien van het onderwijsgevend personeel al snel van oordeel is dat de eis dat zij de grondslag van de school onderschrijven of de eis dat zij tot een bepaald kerkgenootschap behoren, noodzakelijk is om de identiteit van de school te verwezenlijken. Het onderwijsgevend personeel dient immers (veelal) naast kennis ook waarden en normen over te dragen. Het feit dat een vereniging voor katholiek onderwijs een benoemingsbeleid vastlegt, inhoudende dat directieleden — die de identiteit van de school moeten bepalen en bewaken — een christelijke achtergrond moeten hebben, een catechesediploma hebben behaald en gedurende tenminste vijf jaar hebben bewezen de katholieke missie en visie te onderschrijven, wordt dan ook niet in strijd met de wet bevonden.⁷⁹ De vraag kan worden gesteld of het voorgaande ook onverkort geldt ten aanzien van eisen die aan een onderwijsassistent worden gesteld. Mag bijvoorbeeld een protestants-christelijke school een onderwijsassistent afwijzen, omdat zij geen lid is van een protestants-christelijke kerk? Ja, aldus de CGB, mits de functie van belang is voor verwezenlijking van de grondslag van de school, (mede) gezien de wijze waarop de functie in de praktijk werd ingevuld.⁸⁰ Daarentegen werd de functie van roostermaker niet bepalend gevonden voor de identiteit van de school.⁸¹ Ook personen zonder christelijke overtuiging moesten volgens de CGB in staat worden geacht de vereiste kennis over (onder meer) de christelijke feestdagen te vergaren. Het stellen van een dergelijke functie-eis aan een roostermaker op school achtte de commissie daarom niet noodzakelijk om de grondslag van de school te verwezenlijken. Het toelaten aan docenten met een andere godsdienstige overtuiging dan de grondslag van de school doet op zichzelf beschouwd geen inbreuk aaneen consistent beleid ter handhaving van de identiteit. Aldus oordeelde de CGB ten aanzien van een katholieke school waar ten aanzien van de benoeming van personeel nogal soepeltjes werd omgegaan met de interpretatie van het vereiste dat de grondslag van de school moet worden onderschreven.⁸² In de praktijk kwam dit vereiste neer op het respecteren van de grondslag en — in verband daarmee — het gebod dat personeelsleden geen uiting mochten geven aan een andere godsdienstige overtuiging door het dragen van

79. CGB oordeel 2007-93.

80. CGB oordeel 2007-93.

81. CGB oordeel 2005-102. Tevens bleek dat de school geen consequent beleid voerde, want een vorige roostermaker was evenmin christelijk. Zie ook: S.D. Burri, 'Rechtspraakoverzicht gelijke behandeling', SMA 2006, p. 31.

82. De Nederlandse Katholieke Schoolraad verstaat onder het 'onderschrijven' van de grondslag 'katholiek zijn', maar de betreffende school hanteerde een ruimere interpretatie in die zin dat medewerkers die niet katholiek zijn, maar die de katholieke traditie wel kennen en bereid zijn katholieke waarden uit te dragen en daaraan loyaal vorm te geven, daarmee de grondslag onderschrijven. Deze interpretatie was echter weer niet zo ruim dat die zich ook zou verdragen met het zichtbaar dragen van uitingen van andere geloofsovertuigingen, zoals een islamitische hoofddoek, of het actief uitdragen van een andere overtuiging.

zichtbare kenmerken, zoals een hoofddoek, of door deze andere overtuiging actief uit te dragen.⁸³ Het is ook een vaste 'oordelenlijn' van de CGB dat het toelaten van leerlingen die een andere godsdienst hebben, ook als zij uiting geven aan deze andere godsdienst, geen afbreuk doet aan een consistent beleid, gericht op het handhaven van de identiteit.⁸⁴ Daarin weet de CGB zich gesteund door de wetsgeschiedenis.⁸⁵

De zogenoemde 'kerkeneis' – het moeten behoren tot een bepaald kerkgenootschap – mocht volgens de CGB ook worden gesteld door een christelijke dagbladuitgeverij (het Nederlands Dagblad), die uitgaat van een bepaald kerkgenootschap, ten aanzien van een in dienst zijnde fotograaf die overging naar een niet-gereformeerde, evangelische gemeente.⁸⁶ De werkgever was voornemens de werknemer te ontslaan vanwege het feit dat de werknemer geen lid meer was van een kerkgemeenschap die de Bijbel en de Drie Formulieren van Eenheid aanvaardt als grondslag voor haar belijden. Volgens de CGB was duidelijk dat het een instelling op godsdienstige grondslag als bedoeld in art. 5, tweede lid, aanhef en onderdeel a, Awgb betrof. Het door de werknemer gevoerde verweer dat hij als fotograaf niet behoorde of hoefde te behoren tot de redactie – die invloed heeft op de identiteit van de onderneming – werd door de Commissie verworpen. Het is immers aan de werkgever om te bepalen welke journalisten deel uitmaken van de redactie. Het vereiste kerkelijk lidmaatschap was opgenomen in de arbeidsovereenkomsten van alle bij de werkgever werkzame redacteuren. Bovendien had de werkgever bij een heroriëntatie besloten vast te houden aan haar gereformeerde grondslag en was het beleid consistent toegepast. Weliswaar was in het concrete geval sprake van onderscheid op grond van godsdienst, maar dit onderscheid werd in de gegeven omstandigheden niet verboden vanwege de hiervoor geldende uitzondering in art. 5 Awgb.

Ad c. Enkele feit-constructie

De gestelde functie-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 (de zogenoemde 'enkele-feit-constructie'). Wanneer een school op religieuze grondslag een homoseksuele sollicitant of ongehuwd samenwonende niet op gesprek laat komen, omdat betrokkene homoseksueel is, is sprake van zo'n enkele-feit-constructie, tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden. De homoseksuele gerichtheid mag op zichzelf geen reden zijn om iemand af te wijzen. Het maakt daarbij geen verschil of de afwijzing bestaat uit de homoseksuele gerichtheid of uit de praxis hiervan. Niet zo helder is evenwel de vraag te beantwoorden wanneer sprake is van relevante 'bijkomende omstandigheden'. Tijdens de parlementaire behandeling werd hierover opgemerkt:

'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. (...) 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

83. CGB oordeel 2008-121.

84. CGB oordeel 2007-61 en CGB oordeel 2006-239.

85. *Kamerstukken II 1990/91*, 22 014, nr. 3, p. 22-23.

86. CGB oordeel 2003-145.

of deze leerkracht nog wel langer in staat is om op een geloofwaardige wijze de grondslag van de school 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.⁸⁷

Problematisch is dat weliswaar door de wetgever expliciet is aangegeven wanneer sprake is van ‘het enkele feit’, maar dat vervolgens op geen enkele wijze duidelijk wordt gemaakt wanneer nu sprake zou kunnen zijn van ‘bijkomende omstandigheden’. Meer in het algemeen is aangegeven dat het moet gaan om gedragingen, om de opstelling van de leraar. Daarmee is evenwel bepaald niet duidelijk welke gedragingen en welke opstelling een christelijke school nu mag vragen van een samenwonende of homoseksuele leraar.⁸⁸ Het is daarom geen gemakkelijke opgave aan de hand van dit criterium vast te stellen of een homoseksuele kandidaat mag worden geweigerd vanwege zijn opvatting over de plaats van het huwelijk en het ontvangen/adopter van kinderen. In elk geval zal de sollicitant, zo blijkt uit een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling uit 1999, tenminste de kans moeten krijgen om uit te leggen hoe hij zijn seksuele gerichtheid of wijze van samenleven kan rijmen met de doelstellingen van de onderwijsinstelling.⁸⁹ Ook als hij dat kan uitleggen en bijvoorbeeld had aangegeven dat hij niet bereid was om in zijn lessen normen over het huwelijk tussen man en vrouw uit te dragen, dan blijft onduidelijk of dat reden mag zijn om hem af te wijzen.

Wat mij betreft nemen we afscheid van de ‘enkele feit-constructie’ en wordt de uitzonderingsregel geherformuleerd naar de hierboven geciteerde tekst van de Europese richtlijn. Ik sta daarom positief tegenover het voorstel van kabinet Balkenende IV waarin de ‘enkele feit-constructie’ dienovereenkomstig zou worden aangepast. Op grond van deze ontwerp tekst is geen sprake van verboden onderscheid door de identiteitsgebonden instelling ‘indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsvereisten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.’ Het is een leesbaar en in de praktijk veel beter hanteerbaar criterium dan de ‘enkele feit-constructie’!

2.3.2 Een uitzonderingspositie ten aanzien van het ontslagrecht: het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945

Op grond van het ruim vijftig jaar oude Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) geldt in Nederland dat een arbeidsovereenkomst niet eenzijdig door de werkgever kan worden opgezegd zonder voorafgaande toestemming van (tegenwoordig) UWV WERKbedrijf. Pas nadat de toestemming is verleend, kan de werkgever – met inachtneming van de geldende opzegtermijn – de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen. Op het personenbereik is in artikel 2 BBA een

87. *Handelingen II* 1993/94, 47 3514, 47 3516.

88. Zie ook CGB oordeel 2007-100.

89. CGB oordeel 1999-33.

aantal uitzonderingen gemaakt. Het BBA is niet van toepassing op onder andere onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk - of rechtspersoon en personen die een geestelijk ambt bekleden.

Gelet op het onderwerp van deze bijdrage wordt alleen wat langer stil gestaan bij de onder b en c genoemde uitzonderingen – ‘onderwijzend en docerend personeel’ en ‘personen die een geestelijk ambt bekleden’ – ten aanzien waarvan de werkgever bij opzegging geen toestemming van UWV WERKbedrijf behoeft. Beide uitzonderingen worden in de jurisprudentie ruim uitgelegd.

Ten aanzien van de groep onderwijzend en docerend personeel geldt dat onderwijzend personeel dat niet onder een aparte rechtspositieregeling valt (met normaliter extra ontslagbescherming) toch de bescherming van het BBA moet missen. Het bestaan van ‘alternatieve’ ontslagbescherming is dus geen voorwaarde voor de uitzondering van het BBA. De ratio van deze uitzondering is gelegen in de vrijheid van onderwijs, genoemd in artikel 23 Grondwet.⁹⁰ Ten aanzien van de stelling dat de uitzondering van art. 2 lid 1 onder b BBA niet zou gelden in geval het zou gaan om een dienstbetrekking van een leerkracht bij een gesubsidieerde onderwijsinstelling die niet valt onder een aparte rechtspositieregeling overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 1979⁹¹:

‘Deze stelling kan niet worden aanvaard. De algemeen luidende tekst van genoemde bepaling, waarin de door het middel bepleite restrictie niet valt te lezen, wijst erop dat de bepaling geldt voor alle ‘onderwijzend en docerend personeel’ als daar omschreven. Bovendien houdt de bepaling in dat ‘dit besluit’- en dus het gehele BBA, niet alleen het ontslagverbod van art. 6 lid 1- niet van toepassing is op het onder b omschreven onderwijzend en docerend personeel. Daarom kan niet worden aangenomen dat de bepaling, gelijk het middel wil, enkel is ingegeven door de gedachte dat voor de daar bedoelde arbeidsverhouding geen behoefte bestaat aan de in art. 6 lid 1 gelegen ontslagbescherming. Aangenomen moet worden dat bij het opnemen van deze bepaling mede de wens heeft voorgezeten het onderwijs – in ruime zin waarin deze termijn art. 208 Gw wordt gebezigd – te ontzien, in dier voege dat de besluitgever met de in het BBA vervatte sociaal economische maatregelen niet heeft willen raken aan de sfeer van het onderwijs. Daarmee zou niet stroken de draagwijdte van de bepaling te beperken op de wijze als in het middel bedoeld.’⁹²

90. Zie voor de verschillende opvattingen over de ratio en rechtvaardiging van de uitzondering: W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991, p. 185-191.

91. HR 19 oktober 1979, NJ 1980, 57.

92. Zie ook de conclusie van A-G Berg voor het arrest: ‘In de ontwikkelingsgeschiedenis van ons onderwijs heeft de vrijheid van godsdienst een belangrijke rol gespeeld: onderwijs en godsdienst (of ruimer nog: levensbeschouwing) zijn verstrengeld. (...) Welnu, evenzo als in de arbeidsverhouding van een persoon, die een geestelijk ambt bekleedt, zijn godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen een specifiek en delicaat facet van deze arbeidsverhouding uitmaken en daarmee iedere rechtstreekse overheidsbemoeiing met die arbeidsverhouding in de weg staan, zal hetzelfde kunnen gelden voor de arbeidsverhoudingen van onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen. Ik meen dat daarin de voornaamste grond is gelegen van de in art. 2 lid 1 aanhef en sub b gemaakte uitzondering van de toepasselijkheid van het BBA op de arbeidsverhouding van het daar bedoelde onderwijzend docerend personeel. De al of niet verkregen rechtsbescherming in geval van ontslag komt daarbij in het geheel niet aan de orde.’

Ook gedeeltelijk docerend personeel (personen die bijvoorbeeld een gecombineerde onderzoeks- en onderwijstaak hebben) valt onder de uitzonderingsgroep van art. 2 BBA. De vrijheid van onderwijs brengt dus mee dat betrokken opdrachtgevers/werkverschaffers op vrij eenvoudige wijze leerkrachten moeten kunnen ontslaan om aan die vrijheid een juiste invulling te kunnen geven.

Voor wat betreft de groep personen die een geestelijk ambt bekleden, geldt eveneens dat deze uitzondering ruim moet worden uitgelegd.⁹³ In een arrest uit 1986 ging het om de vraag of een imam kan worden beschouwd als een persoon die een geestelijk ambt bekleedt. Volgens het cassatiemiddel was dit niet het geval. Een imam is namelijk een gebedsvorganger die uit de kring van gelovigen wordt aangewezen zonder een officiële benoeming, zodat het optreden als imam niet beperkt is (hetzij door opleiding, hetzij door benoeming) tot een zekere categorie van personen. Bovendien is er volgens het cassatiemiddel geen sprake van dat binnen de Islam een imam een permanente functie heeft die vergeleken zou kunnen worden met een predikant of een priester in christelijke geloofskringen of een rabbijn in joodse geloofskringen. De uitzondering van het BBA zou slechts zien op predikanten, rooms-katholieke geestelijken en rabbijnen (wier functie is de bediening van woord en sacrament), en niet op een – daarvan sterk afwijkende – taak omschrijving als die van de imam in kwestie.

A-G Franx kon zich in deze enge opvatting niet vinden. Hij meende dat sprake zou zijn van discriminatie op grond van godsdienst 'indien zonder goede grond op het onderhavige punt onderscheid zou worden gemaakt tussen ambtsdragers van het vanouds in Nederland bekende type als hier opgesomd, in dienst van een christelijke of joodse religieuze gemeenschap, enerzijds en een met hen vergelijkbare functionaris in dienst van een islamitische geloofsgemeenschap anderzijds'. Waar de grens precies zou moeten worden getrokken tussen een 'geestelijk ambt' en een functie binnen een kerkgenootschap die niet als zodanig kan worden beschouwd, moet zijns inziens worden overgelaten aan een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval. Het ging hem bepaald te ver om voor het bekleden van een geestelijk ambt de sacramentsbediening of het ontvangen van een bijzondere wijding als noodzakelijke voorwaarde te stellen. Ten aanzien van de vraag of de uitzondering op toepasselijkheid van het BBA van toepassing zou zijn, dient naar zijn mening van ban beslissende betekenis te zijn of de godsdienstvrijheid in het concrete geval meebrengt dat de arbeidsverhouding aan de werking van het BBA is onttrokken.

De Hoge Raad koos net als de A-G voor een nogal ruimhartige opvatting ten aanzien van de uitzondering in het BBA:

'Aangenomen moet worden dat, naar de Rb. terecht tot uitdrukking heeft gebracht, de grond voor het opnemen van de uitzonderingsbepaling van artikel 2 lid 1 sub c in het bijzonder daárin is gelegen dat de besluitwetgever, gelet op de in de Grondwet neergelegde vrijheid van godsdienst, overheidsbemoeienis als vervat in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhouding 1945 met de arbeidsverhouding van de in die bepaling bedoelde geestelijke ambtsdragers heeft willen vermijden.'

93. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 702.

De Hoge Raad wilde daarom ten aanzien het bereik van de uitzondering voor het 'geestelijk ambt' van een onderscheid tussen verschillende religies niet weten.

Zolang het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhouding 1945 blijft bestaan, acht ik het juist dat ook de (ruime) uitzondering voor werknemers met een geestelijk ambt blijft bestaan. De godsdienstvrijheid en de daarmee samenhangende scheiding tussen kerk en staat brengen dit mee. Moeite heb ik wel met de zeer ruime invulling van de uitzondering voor 'bijzonder onderwijs' voor zover dit onderwijs niet is gebaseerd op een bepaalde religie of levensbeschouwing. Het gaat wel erg ver om werknemers in dienst van een 'neutrale' rijschool de bescherming van het BBA te onthouden, enkel en alleen omdat de rijschool zou moeten worden aangemerkt als een bijzondere onderwijsinstelling.⁹⁴ Deze activiteiten staan naar mijn smaak in een te ver verwijderd verband van het bijzondere onderwijs dat de besluitwetgever voor ogen heeft gehad bij het formuleren van de uitzonderingen in het BBA. Wel is het van belang dat de aldus ontstane leemte in de ontslagbescherming voor deze werknemers wordt ingevuld door zelfregulering; waarover hierna meer.

2.4 De identiteitsgebonden werkgever als drager van grondrechten

Hoe kan de identiteitsgebonden werkgever de eigen kleur behouden en laten prevaleren ten opzichte van specifieke werknemersbelangen en door werknemers ingeroepen grondrechten?

2.4.1 Uitsluiten van het arbeidsrecht: de overeenkomst sui generis?

De meest eenvoudige route voor de tendensinstelling om het arbeidsrecht buiten de deur te houden, is gelegen in het niet (meer) contracteren op grond van een arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheden zijn er zeker, maar de rechtspraak heeft wel enkele bressen in de muren geslagen.⁹⁵

Ten aanzien de arbeidsverhouding met de geestelijke voorgangers (predikanten, priesters) stellen kerkgenootschappen zich al meer dan een eeuw⁹⁶ op het standpunt dat geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Zij menen dat de rechtsverhouding moet worden aangemerkt als een overeenkomst *sui generis*; reden waarom het dwingende arbeidsrecht niet op deze 'geestelijke bedienaren' van toepassing

94. Zie voor een overzicht van de gepubliceerde rechtspraak A.A.J. Kouwenhoven en J. Meijer: BBA-procedure, aant. bij art. 1 BBA, in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, deel 1, p. 1131-1136.

95. Vergelijk Jacobs: 'Geleidelijk aan zijn er echter de nodige bressen geslagen in de linie, dat kerkelijk personeel niet op arbeidsovereenkomst werkzaam zou zijn' in: A.T.J.M. Jacobs, 'De autonomie van het kerkelijk sociaal recht', in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 166.

96. Ook minister Van Raalte was ten tijde van de behandeling van de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907 – nadat hij hierover kritisch aan de tand werd gevoeld - de opvatting toegedaan dan in de regel geen sprake zou zijn van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst tussen een kerkgenootschap en een voorganger. Zo merkt hij op: 'Is de positie van de predikanten een positie, die heden niet beheerst wordt door de burgerrechtelijke arbeidsovereenkomst, dan zal dat ook niet het geval zijn onder de vigueur van dit wetsontwerp. De feitelijke gegevens nu zijn in deze, naar het mij voorkomt, niet zoodanig, dat het burgerlijk arbeidscontract geacht kan worden van toepassing te zijn'. A.E. Bles, *Wet op de arbeidsovereenkomst*, deel 1, p. 183.

is.⁹⁷ Ik benoem de twee belangrijkste argumenten. De eerste reden valt samen met het bezwaar tegen een afhankelijke positie van de voorganger. De voorganger dient in geestelijk opzicht – binnen de grenzen van de geldende leeruitspraken – onafhankelijk te zijn van het kerkgenootschap. In religieus opzicht staat hij onder goddelijk gezag en is hij – na zijn dood – verantwoord aan een opperwezen (God voor christenen) verschuldigd. Aangezien een arbeidsovereenkomst een gezagsverhouding tussen de voorganger en het kerkgenootschap inhoudt, wordt een arbeidsovereenkomst in strijd bevonden met de religieuze gezagsverhouding tussen de voorganger en God. Bij deze vrees kan wel een kanttekening worden geplaatst, in die zin dat de vrees voor doorkruising van ‘religieus gezag’ door ‘aards gezag’ niet geheel conform de werkelijkheid is. Een kerkgenootschap kan immers gezag uitoefenen ten aanzien van de manier waarop de arbeid wordt verricht zonder dat de religieuze gezagsverhouding wordt aangetast. Zo is de voorganger gehouden zich aan bepaalde organisatorische verplichtingen na te komen, zoals afspraken over het aantal te verzorgen ‘diensten’, lezingen, onderwijsverplichtingen, huisbezoeken, ziekenbezoeken, het schrijven van stukjes in een kerkelijk orgaan, etc. Bovendien wordt in de praktijk ook ten aanzien van de inhoud van het werk – bijvoorbeeld een preek, lezing of publicatie – gezag door het kerkgenootschap uitgeoefend. Een voorganger die zaken beweert welke strijdig zijn met de bijbel, de Koran of kerkelijke dogma’s zal zich hiervoor moeten verantwoorden.⁹⁸ De tweede reden houdt verband met de gedachte dat de beginselen en de rationes van arbeidsrecht en kerkrecht elkaar zouden bijten en het daarom beter zou zijn de relatie tussen voorgangers en kerk niet als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Deze veronderstelling berust – mijns inziens – eveneens op een misvatting. Van der Ploeg heeft in dit verband naar voren gebracht dat de arbeidsrechtelijke rijstroom – met hier en daar wat kleine aanpassingen – zonder problemen naast de kerkrechtelijke rijstroom kan worden bereden.⁹⁹ De kerkelijke verhouding wordt beheerst

97. Zie voor een voorbeeld Ktr. Rotterdam 2 september 2008, JAR 2008/265 met betrekking tot het ontslag van een broeder in tot de RK behorende congregatie. Volgens de kantonrechter is de rechtsverhouding tussen de broeder en de Congregatie er één van zuiver kerkrechtelijke aard, die veel meer omvat dan een arbeidsovereenkomst. De gezagsverhouding is met name van religieuze aard en raakt het wezen van de toetreding tot de Congregatie als onderdeel van de Rooms-Katholieke kerk. Wel is er naar het oordeel van de rechter sprake van een overeenkomst sui generis, aangezien niet kan worden uitgesloten dat het lidmaatschap van de Congregatie tevens een rechtsverhouding omvat die civielrechtelijk kan worden gedefinieerd. Daarvoor pleit ook dat sprake is van zeer langdurig lidmaatschap, van 1962 tot 2007, dat is geëindigd op initiatief van de Congregatie.
98. Dit brengt Van der Ploeg tot de conclusie: ‘Als voor het bestaan van een gezagsverhouding het toezicht op de voorganger en de mogelijkheid van ontslaan doorslaggevend is, hetgeen mij wel plausibel voorkomt, zal dunkt me, bijna geen enkel kerkgenootschap er aan ontkomen dat er tussen haar, respectievelijk haar zelfstandige onderdelen en de bij hen werkzame voorgangers een gezagsverhouding bestaat. Immers, er zal altijd toezicht en de mogelijkheid tot ontslag (moeten) zijn, zo niet door de eigen gemeente dan wel door een bovenplaatselijk orgaan. (...) Volgens mij kan men in deze de bovenplaatselijke organen tevens als organen van de plaatselijke gemeente beschouwen, nu hun beslissingen – krachtens het kerkelijk statuut waaraan zowel de kerk als de predikant zijn gebonden – directe rechtsgevolgen heeft voor de verhouding tussen predikant en gemeente. Alleen wanneer in de verhouding tussen de voorganger en de godsdienstige gemeenschap geen zeggenschap is over de werkzaamheden van de voorganger – afgezien van de geestelijk inhoudelijke kant – en/of er geen kerkelijk toezicht is met sanctiemiddelen ten aanzien van hem, zal men niet van een arbeidsverhouding kunnen spreken.’ T.J. van der Ploeg, *De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers*, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.
99. T.J. van der Ploeg, *De rechtspositie van de predikant: privaatrecht versus kerkelijk recht*, in: F.T. Oldenhuis (red.), *Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen 2007, p. 19-30; idem, *De rechtspositie*

door de regels van het kerkrecht, de arbeidsrechtelijke verhouding door het arbeidsrecht, waarbij het mogelijk is om de vormgeving van de rechten en plichten zoveel mogelijk af te stemmen op de aard van de functie, de hoedanigheid van de werkgever en de interne kerkrechtelijke regels (ten aanzien van bijvoorbeeld het opleggen van een tuchtmaatregel zoals schorsing. Het hoeft op zichzelf beschouwd niet (heel) bezwaarlijk te zijn de wettelijke bepalingen over loon ('traktement'), vakantie, verlof, arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, overgang van onderneming van toepassing te laten zijn op de geestelijke voorganger. In eerdere publicaties – waaronder mijn Groninger oratie – heb ik mij achter de visie van Van der Ploeg geschaard en de 'twee-wegenleer' verder uitgewerkt.¹⁰⁰ Verdere doordenking van het vraagstuk noodzaakt mij evenwel tot het aanbrengen van enkele nuanceringen waarvan de belangrijkste is dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen een voorganger en het kerkgenootschap grote betekenis moet worden toegekend van de kerkelijke opvattingen ten aanzien van de inkleuring van de partijbedoeling. De Hoge Raad laat immers aan partijen de ruimte om de arbeidsverhouding in een andere juridische vorm te gieten dan de (traditionele) arbeidsovereenkomst.¹⁰¹ Het is in dat verband van belang dat de partijbedoeling kan worden afgeleid uit de gesloten overeenkomst of uit andere bronnen, zoals: een kerkorde, kerkelijke uitspraken (van kerkelijke gezagsdragers of kerkelijke vergaderingen zoals een generale synode¹⁰²) ordonnanties of andere kerkelijke documenten. Wanneer een kerkelijke voorganger deze kerkelijke opvattingen expliciet of stilzwijgend heeft aanvaard, kan de partijbedoeling overeenkomst voornoemde opvattingen worden ingekleurd. Vanuit dit perspectief zou het verschil in de uitkomst van het Kruisarrest (een ontslagzaak ten aanzien van een predikant in de Christelijke Gereformeerde Kerk)¹⁰³ en het Imamarrest (een ontslagzaak tussen een moskeebeheer en een imam)¹⁰⁴ kunnen worden verklaard. In het Kruisarrest had

van priesters, predikanten en andere voorgangers, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159 e.v.

100. W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie RuG 2003), BJu 2003; idem, *De predikant: een bijzondere werknemer?*, in F.T. Oldenhuis (red.), *Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen 2007, p. 31-58. Deze bijdrage had – vanwege de opzet van congres en bundel – een polemisch karakter. Zie voor een kritische reactie in dezelfde bundel P.T. Pel, *De rechtspositie van de predikant: een pleidooi voor het primaat van het eigen statuut*, p. 59-91; T.M. Willemze, *De rechtsverhouding bezien vanuit de praktijk*, p. 93-107 met voorwoord van F.T. Oldenhuis en nawoord van D.A.C. Slump.
101. De Hoge Raad laat voldoende ruimte over voor het volgen van de 'partijbedoeling': HR 14 november 1997, NJ 1998, 149; JAR 1997/263 (Groen/Schoevers); HR 10 december 2004, JAR 2005/15, JIN 2005/51 m.nt. Loonstra (Dyosinth); HR 14 april 2006, JAR 2006/119, JIN 2006/226 m.nt. Houweling (beurspromovendi); HR 15 december 2006, JAR 2007/19, JIN 2007/48 m.nt. Houweling (BBO); HR 13 juli 2007, JAR 2007/231 (Thuiszorg/PGGM). Zie ook A.H. Pool, 'De rechtspositie van de predikant, die als zelfstandige afscheid neemt van zijn kerkelijke gemeente', in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 422. Zie voor een breed overzicht van de rechtspraak over de kwalificatie van de arbeidsverhouding: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidrechtelijke Themata*, BJu 2010, hoofdstuk 4.
102. De synode van de Gereformeerde Gemeenten heeft de uitspraak gedaan dat tussen de predikant en de kerkelijke gemeente geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.
103. HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 (Kruis). Zie daarover: C.J. Loonstra & C.J.H. Jansen, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', NJB 1998, p. 817; G.A.I. Schuit, 'Hoofdreducteur, imam en dominee', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 259; T.J. van der Ploeg, 'De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159; F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht, kanttekeningen bij 'de zaak Kruis'', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB*, Deventer 1994, p. 303-313.
104. HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757 (Imam).

de appelrechter volgens de Hoge Raad terecht het bestaan van een arbeidsovereenkomst ontkend, terwijl in het Imamarrest terecht het bestaan van een arbeidsovereenkomst aangenomen. De kerkrechtelijke opvattingen van de Christelijke Gereformeerde Kerk geven steun aan de opvatting dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Dergelijke opvattingen ontbreken ten aanzien van de arbeidsverhouding tussen het moskeebestuur en de imam, die zelfs expliciet gebruik hadden gemaakt van een schriftelijk gesloten contract dat als opschrift 'arbeidsovereenkomst' had.

Ontbreekt een voldoende duidelijke kerkrechtelijke opvatting en hebben partijen niet op andere wijze in de contractuele verhouding elementen opgenomen die de partijbedoeling kunnen duiden, dan wordt het 'religieuze aspect' van de arbeidsverhouding op zichzelf niet als een belemmering aangemerkt voor het erkennen van een gezagsverhouding tussen de identiteitsgebonden werkgever, waaronder een kerkgenootschap, en de geestelijke bedienaar of geestelijk werker.¹⁰⁵ Een mooi voorbeeld is de zaak die leidde tot een arrest van hof Leeuwarden.¹⁰⁶ Aan de orde was de vraag of de voorganger van een Babtistengemeente werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. Het hof overwoog dat het kerkgenootschap niet aannemelijk had gemaakt dat zijn statuten of huishoudelijk reglement het bestaan van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met een voorganger uitsluiten of anderszins als principieel onaanvaardbaar afwijzen. Evenmin volgde deze conclusie uit de statuten of het door de Unie van Baptistengemeenten, waarbij het kerkgenootschap was aangesloten, toegepaste ongeschreven kerkelijk recht. Gezien de voorliggende feiten – de gezagsstructuur die tijdens het kennismakingsgesprek ter sprake was gekomen, de gemaakte afspraken over de aard en omvang van de te verrichten werkzaamheden, de nevenfuncties en de vakantiedagen, het gegeven dat de voorganger moest zich richten naar wat het kerkgenootschap van hem verlangde en het door hem ontvangen van een beloning/salaris als tegenprestatie voor zijn werkzaamheden – moest volgens het hof worden aangenomen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.

2.4.2 Het concept 'tendensinstelling' als vervangende waterkering

Interessanter is immers de vraag welke ruimte de identiteitsgebonden werkgever nog kan claimen ten aanzien van 'werknemers'. Het was Jacobs die, teleurgesteld over de ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak waarin de civiele rechter ofwel inbreuk maakt op de autonomie van de identiteitsgebonden werkgever of deze respecteert, kwam met de introductie van het fenomeen tendensinstelling als zelfstandige drager van grondrechten. Jacobs:

105. HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (Van der Vlies); Vznr. Rb. Assen 19 mei 2004, JAR 2004/233; Ktr. Meppel 15 juli 2004, JAR 2004/233; Rb. Utrecht 15 december 1999, NJ 2000, 494; Rb. Breda 3 februari 1987, KG 1987, 103. Ktr. Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58 (De Boer/CGK), ArA 2005/3. Zie voorts C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *De acquisitrice en de predikant. De gezagsverhouding revisited*: HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (Diosynth/Groot) en C. Oberman, *Geestelijke ambtsdragers, Arbeids-Recht 1999*, p. 7 e.v.

106. Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2005/269. Aldus ook (dezelfde zaak) Vznr. Rb. Assen 19 mei 2004 en Ktr. Meppel 15 juli 2004, JAR 2004/233.

*‘Al deze vrijmoedigheden van Nederlandse rechters maken duidelijk, dat er ook in Nederland behoefte rijst om de zaken dogmatisch wat scherper te stellen. Immers, hoezeer het enerzijds ook aanvaardbaar moge zijn, dat talloze relaties op het kerkelijk erf als arbeidsovereenkomst geduid worden, daarmee is anderzijds nog niet gezegd, dat dan ook de kerkelijke autoriteit aan precies dezelfde beperkingen gebonden zou moeten zijn als andere werkgevers. (...). Kortom, nu de duiding van de medewerkrelaties bij de kerken als dam tegen de penetratie van wereldlijk sociaal recht op het kerkelijk erf zijn effectiviteit begint te verliezen, richt de belangstelling zich op een vervangende waterkering’.*¹⁰⁷

Hij vindt een alternatieve dam in het fenomeen *tendenswerkgever*:

‘Dat begrip is een expressie van de onderkenning, dat er bepaalde maatschappelijke verbanden zijn, die zich naar buiten gesloten, als een ideologische eenheid met eigen identiteit willen ontplooiën. En dat men aan dergelijke verbanden de kans moet geven hun medewerkers te rekruteren, te behandelen en weg te zenden volgens normen, die wat anders moeten kunnen zijn dan die welke gelden in het commune sociale recht.’

Jacobs vindt dat deze werkgevers ruim baan moeten krijgen in de vormgeving van de eigen identiteit en acht de (grond)rechten van werknemers hieraan – in beginsel – ondergeschikt:

‘Tendenswerkgevers mogen zich bevrijd achten van een aantal verplichtingen, waaraan niet-tendenswerkgevers gebonden zijn, en dan met name van die verplichtingen, die een botsing opleveren met het ideële gedachtegoed, waarvoor zij staan. Zelfs in die mate, dat andere grondrechten, zoals die met betrekking tot de gelijke behandeling, het recht op privacy, het recht op vrije meningsuiting, het recht op medezeggenschap, ja zelfs de godsdienstvrijheid van de individuen hierbij achtergesteld kunnen worden. Het is duidelijk, dat er en majeure rechtvaardiging moet zijn voor de voorrang voor de ideële belangen van de tendenswerkgever boven zelfs de grondrechten van de werknemers. Mij dunkt dat die te vinden is in het grote goed van een pluriforme gemeenschap met tolerantie voor eigen opvattingen van maatschappelijke verbanden, van minderheden, enzovoorts.’

Het concept heeft als belangrijk voordeel dat niet langer hoeft te worden nagegaan of de werkgever kan worden aangemerkt als een (onderdeel van een) kerkgenootschap die het rechten hebben eisen te stellen aan de arbeidsverhouding. In het vervolg van zijn betoog komt hij toch tot de (mijns inziens noodzakelijke) nuances.

Samengevat formuleert hij de volgende ‘randvoorwaarden’:

1. Tendensinstellingen mogen geen monopoliepositie innemen;
2. Werkgevers kunnen ook alleen aanspraak maken op die bijzondere behandeling, wanneer zij openlijk kenbaar maken dat zij een ‘tendenswerkgever’ willen zijn en wanneer zij daar in de praktijk ook steeds naar handelen;
3. Verder mag in redelijkheid gevergd worden, dat de betrokkenen steeds van meet af aan geweten hebben – althans hadden kunnen weten – welke bij-

107. A.T.J.M. Jacobs, a.w. 1994, p. 171.

- zondere eisen de instelling aan hen stelt, en dat een inbreuk op die vereisten ook tot beëindiging van de arbeidsrelatie zal leiden (p. 173);
4. Instellingen die gebruik maken van het privilege om bijzondere eisen te mogen stellen, doen goed aan zich af te vragen of men dezelfde eisen met hetzelfde zware gewicht moet stellen aan alle werknemers.¹⁰⁸
 5. Maar als een tendenswerkgever geen differentiatie wil maken en al zijn medewerkers in dezelfde mate aan bijzondere eisen wil houden, dan is ook die keuze te respecteren. Wel moet het beleid van de werkgever in alle opzichten consistent zijn en bij alle betrokkenen uitdrukkelijk bekend zijn.

De onder sub 4 genoemde 'randvoorwaarde' is in de ogen van Jacobs meer een aanbeveling dan een voorwaarde. Een blik op de rechtspraak leert dat deze aanbeveling eerder als een voorwaarde moet worden gelezen. Hoewel het zeer tegen de zin van Jacobs in zal gaan, wordt in wetgeving en rechtspraak ten aanzien van het bereik van de autonomie van de identiteitsgebonden werkgever wel degelijk rekening gehouden met de hoedanigheid van de werknemer, hetgeen betekent dat veelal niet ten aanzien van alle werknemers dezelfde eisen zullen kunnen worden gesteld. Hierboven is dit reeds geïllustreerd aan de hand van de uitzonderingspositie die is opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling. Voor een beroep op de uitzondering dient de functie van de werknemer relevant te zijn voor de realisering van de eigen identiteit. Wel kan de werkgever natuurlijk trachten zoveel mogelijk functies te verenigen met de identiteit, zoals het geval was bij de keukenmedewerker die wel aanwezig diende te zijn bij gezamenlijke gebedssamenkomsten, weekopeningen en weeksluitingen¹⁰⁹ of de christelijke school die van alle docenten verlangt dat tijdens de lessen aandacht wordt gevraagd voor identiteitsgebonden zaken. Daarmee trekt de werkgever een op het eerste gezicht 'identiteitsneutrale functie' toch binnen de scope van de identiteit. Alleen als hij dat op een geloofwaardige wijze gebeurt, kan het onder sub 5 gestelde worden gerekend tot het positieve recht. De werkgever die geen differentiatie wil maken en alle medewerkers in dezelfde mate aan de bijzondere identiteitseisen wil houden, zal inzichtelijk moeten maken op welke wijze alle functies onlosmakelijk met de instandhouding van de eigen identiteit zijn verbonden. Maar zelfs als dat het geval is, zal toch per geval een belangenafweging moeten worden gemaakt, waarbij niet alleen rekening moet worden gehouden met de aard van het conflict, maar ook met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

108. Jacobs: 'Men roept nu eenmaal meer maatschappelijke weerstand op, wanneer een tuinman met een veertig jarig dienstverband bij een christelijke instelling ontslagen wordt omdat hij de kerk verlaten heeft, dan dat men dit aan een persvoorlichter doet! Kortom, niet alle jobs bij een "tendenswerkgever" hoeven in gelijke mate als een "tendensjob" te gelden.'

109. Zie o.a. CGB oordeel 1996-118; CGB oordeel 2000-64. Overbeeke merkt hierover terecht op: 'Die ruimte is ook noodzakelijk, wil de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (en in het verlengde daarvan mede het gelijkheidsbeginsel) niet nodeloos geofferd worden'. A.J. Overbeeke in noot onder EHRC 2010/138.

2.4.3 **Obst en Schüth: een botsing tussen de vrijheid en godsdienst en het recht op privéleven in de recente rechtspraak van het EHRM**

Twee interessante arresten van het EHRM uit 2010 verdienen in dit verband de volle aandacht.¹¹⁰ Beide zaken betreffen het ontslag van een medewerker van een kerkgenootschap in verband met het hebben van een niet door de kerk toegestane relatie. In beide gevallen gaat het om de afweging van het belang van het kerkgenootschap bij handhaving van de eigen regels tegen het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven.

In de eerste zaak handelt het over de legitimiteit van het ontslag van Michael Heinz Obst, die niet alleen was opgegroeid in de Kerk van Jezus Christus van de Heiligen van de Laatste Dagen (de Mormoonse Kerk), maar daar tevens gedurende een heel aantal jaren zijn brood had verdiend. Obst vervulde verschillende functies binnen de kerk en werd in 1986 benoemd tot directeur public relations voor heel Europa. In 1993 liet Obst weten dat zijn huwelijk averij had opgelopen en dat hij een buitenechtelijke relatie was aangegaan. Deze ontboezeming leidde uiteindelijk tot zijn ontslag, met als reden dat hij de kerkelijke basisregels omtrent het huwelijk had overtreden ('overspel'). Obst vocht zijn ontslag bij de rechter aan. In eerste aanleg en in hoger beroep werd het beroep van Obst gegrond verklaard, maar bij het Bundesarbeitsgericht werd hij alsnog in het ongelijk gesteld. Obst diende vervolgens een klacht in bij het EHRM, waarin werd gesteld dat de weigering van de Duitse rechter om zijn ontslag ongedaan te maken een schending oplevert van het recht op respect van het privéleven (artikel 8 EVRM) zou opleveren. Het Hof onderzocht of de belangenafweging die de Duitse rechter had gemaakt tussen enerzijds het recht van Obst op respect voor zijn privéleven onder artikel 8 EVRM en anderzijds het belang van de Mormoonse Kerk bij respect voor haar rechten onder artikel 9 en 11 EVRM in casu voldoende bescherming bood. In dat verband stelde het Hof vast dat de klacht op zichzelf niet was gericht tegen een optreden van de staat, maar tegen het gebrek aan bescherming dat de staat bood tegen een inbreuk op zijn privéleven door zijn werkgever. Welnu, artikel 8 EVRM kan (inderdaad) voor de staat verplichtingen meebrengen die inhouden dat maatregelen moeten worden getroffen ter bescherming van het privéleven in horizontale verhoudingen. Het Hof stelt voorop dat onderzocht moet worden of Obsts recht op bescherming van zijn private levenssfeer voldoende meegewogen was in de afweging die de Duitse rechter had gemaakt tussen enerzijds de belangen van Obst, anderzijds het belang van de Mormoonse Kerk bij respect voor haar rechten onder het EVRM en daarmee of Duitsland klager voldoende bescherming zou hebben geboden in verband met het bepaalde in artikel 8 EVRM. Het Hof herinnert eraan dat de autonomie van religieuze gemeenschappen bescherming geniet tegen inbreuken door de staat (artikel 9 EVRM, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) in het licht van artikel 11 EVRM (vrijheid van vereniging en vergadering). Overwogen wordt dat Duitsland, door het in het leven roepen van het systeem waarbij het aan de rechter (tot en met het Bundesverfassungsgericht) toekomt om ook kerkelijke ontslagbeslissingen te beoordelen, in beginsel heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien

110. EHRM 23 september 2010, appl.nr. 425/03 (Obst vs. Duitsland) en EHRM 23 september 2010, appl.nr. 1620/03 (Schüth vs. Duitsland), EHRC 2010/138 met noot A.J. Overbeeke.

van rechtzoekenden op het gebied van het arbeidsrecht. Obst was immers in de gelegenheid om zijn ontslag voor het arbeidsgerecht te brengen en de rechter was bevoegd te oordelen of het ontslag in overeenstemming was met het nationale arbeidsrecht, mede rekening houdend met het kerkelijk arbeidsrecht. Het Hof overweegt verder dat de Duitse rechter de relevante factoren in zijn belangenafweging heeft betrokken en dat hij deze belangen op een zorgvuldige wijze heeft gewogen. Het Bundesarbeitsgericht achtte in dit verband het ontslag van Obst een noodzakelijke maatregel gericht op het bewaren van de geloofwaardigheid van de Mormoonse Kerk, in het bijzonder gelet op de aard van zijn functie, die van directeur public relations. Het arbeidsgerecht heeft uiteengezet waarom de kerk in dit geval niet gehouden was een lichtere sanctie dan het ontslag op te leggen. Daarbij is onder meer rekening gehouden met het feit dat Obst opgroeide in de kerk, reeds meerdere functies in de kerk bekleedde en zich daarom bewust had moeten zijn van het belang dat de kerk hecht aan huwelijkstrouw. Uiteindelijk komt het Hof tot de conclusie dat het oordeel van de Duitse rechter inhoudende dat Obst niet was onderworpen aan onacceptabele loyaliteitsverplichtingen, niet onredelijk was. In dat kader overweegt het Hof nog dat Obst, geboren en getogen in de Mormoonse Kerk, zich vanaf het moment dat hij zijn arbeidscontract aanging, bewust was of had moeten zijn van het belang dat de kerk hechtte aan de echtelijke trouw, en van de onverenigbaarheid van zijn buitenechtelijke relatie met de loyaliteitsverplichtingen die hij, als directeur public relations voor Europa, tegenover de kerk op zich had genomen.

De tweede zaak gaat over Bernhard Schüth, een kerkmusicus die sinds 1994 gescheiden leeft van zijn echtgenote, die in 1998 is ontslagen uit zijn functie van kerkorganist en koorleider van een rooms-katholieke parochie te Essen nadat de kerkelijke overheid medio 1997 – door het opgetogen verhaal van één van de Schüths kinderen op school – bekend was geworden met het feit dat hij een kind verwachtte bij zijn nieuwe partner. Het ontslag was gebaseerd op niet-naleving van de kerkelijke grondregels voor tewerkstelling van de Katholieke Kerk, welke waren opgenomen in een voor het bisdom geldend arbeidsreglement. Schüth werd verweten een buitenechtelijke relatie te zijn aangegaan en bovendien bigamie te hebben gepleegd. In eerste aanleg en in appel werd Schüth, die het ontslag aanvocht, in het gelijk gesteld, maar bij het Bundesarbeitsgericht keren zijn kansen. Vervolgens buigt het EHRM zich over de legitimiteit van het ontslag in het licht van artikel 8 EVRM. Na de algemene – hiervoor al genoemde – overwegingen constateert het Hof dat het Bundesarbeitsgericht geen aandacht heeft besteed aan Schüths feitelijke gezinsleven, noch aan de beschermwaardigheid ervan. Als gevolg daarvan zijn de belangen van de kerkelijke werkgever niet afgewogen tegen Schüths recht op respect voor het privé- en familieleven, maar slechts tegen zijn belang om zijn functie als kerkorganist te verliezen. Het Hof geeft aan dat een meer gedetailleerd onderzoek nodig was geweest bij het wegen van de betrokken belangen. Hierbij gaat het Hof ervan uit dat Schüth bij het tekenen van zijn arbeidsovereenkomst als kerkmusicus een loyaliteitsplicht jegens de Katholieke Kerk heeft geaccepteerd die ook zijn recht op het respect voor zijn private levenssfeer enigermate beperkt. Het aangaan van deze overeenkomst kan echter niet worden geïnterpreteerd als instemming met een leven in onthouding in het geval van een (echt)scheiding. In deze belangenafweging dient een onderzoek te worden gedaan naar de aard van de door het ontslagen personeels-

lid uitgeoefende taken en de betekenis ervan voor de verkondigingstaak van de kerk. Het Hof erkent wel dat de werkgever waarvan het ethos is gebaseerd op religie of levensovertuiging bepaalde loyaliteitsverplichtingen kan opleggen, maar een ontslag wegens het niet nakomen van deze verplichting mag door de rechter niet marginaal worden getoetst met een beroep op de autonomie van de werkgever zonder dat de aard van de functie wordt meegewogen en zonder dat überhaupt een belangenafweging plaatsvindt. Bij het afwegen van de respectieve belangen moet volgens het Hof ook rekening gehouden worden met het verschil tussen enerzijds loyaliteitsconflicten die te maken hebben met publiekelijk uitgedragen opvattingen die conflicteren met kerkelijke standpunten en anderzijds conflicten die gesitueerd zijn in de private levenssfeer. Bovendien moet rekening gehouden worden met de gevolgen van een ontslag, in het bijzonder waar het de kansen betreft van kerkelijk personeel om opnieuw een vergelijkbare baan te vinden, zeker in de voor Duitsland typische situatie dat de twee grote traditionele kerken in de sociale dienstensector een dominante positie hebben. Het Hof geeft hierbij aan dat Schüth nu weliswaar een parttime functie vervult bij een protestantse kerk, maar plaatst daarbij de kanttekening dat de kerkelijke reglementering slechts toelaat dat niet-kerkleden alleen parttime kunnen worden tewerkgesteld. Het Hof komt tot de slotsom dat het oordeel van het Bundesarbeitsgericht inhoudende dat de belangen van de parochie in casu zwaarder zouden wegen dan de belangen van Schüth onvoldoende is gemotiveerd.

Kort en goed moet derhalve bij de afweging van de belangen van de identiteitsgebonden werkgever en die van de werknemer rekening worden gehouden met a) de aard van de functie, b) de aard van het loyaliteitsconflict (conflict over de opvattingen van de kerk¹¹¹ versus conflicten die verband houden met de privésfeer) en c) de gevolgen van het ontslag. De werkgever en de rechter zullen bij ontslag dus rekening moeten houden in hoeverre het voor de betreffende werknemer mogelijk is ander werk te vinden. Ik betwijfel of dit aspect de goedkeuring van Jacobs zal kunnen wegdragen. In één van zijn publicaties heeft hij immers duidelijk aangegeven dat de gevolgen van een ontslag voor de betreffende werknemer niet relevant (meer) zouden moeten zijn indien de ontslagreden gelegen is in een loyaliteitsconflict ten aanzien van de identiteit van de werkgever en dat daarom ook geen plaats meer is voor toekenning van een ontslagvergoeding.¹¹² Tegen deze opvatting had ik al eerder stelling genomen, omdat naar mijn mening ook de gevolgen van het ontslag voor de werknemer bij de beoordeling moet worden betrokken. Hoewel het ontslag vanwege verandering in de opvatting van de werknemer primair in de risicosfeer van de werknemer ligt, kan er soms toch aanleiding zijn de werknemer enige compensatie te bieden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de identiteitsgebonden werkgever geen pogingen meer heeft gedaan om na te gaan of er 'niet identiteit gebonden passend werk' in de eigen organisatie kan worden aangeboden of – als dat niet mogelijk is – de werknemer te begeleiden naar ander werk (als werknemer of zelfstandige) buiten de organisatie van de werkgever. Het ontslag kan dan ken-

111. Zie bijvoorbeeld de beroemde zaak Rommelfanger: ECRM 6 september 1989, D 12242/86. Deze zaak betrof een arts in dienst van een Rooms Katholiek ziekenhuis die zich publiekelijk kritisch had uitgelaten over de opvatting van de kerk met betrekking tot de abortuswetgeving.

112. A.T.J.M. Jacobs, De rechtspositie van geestelijken in het Nederlandse sociaal recht, in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven 1991, p. 91-92.

nelijk onredelijk zijn, omdat niet alleen de werknemer zijn verplichtingen uit hoofde van goed werknemerschap heeft geschonden, maar ook de werkgever is tekortgeschoten in de naleving van zijn verplichtingen uit hoofde van het goed werkgeverschap. Daarbij moet wel in ogenschouw worden genomen dat het voor werknemer met een 'sterke identiteitsgebonden' taakvervulling — zoals geestelijke bedienaren of een docent godsdienst — moeilijker zal zijn ander passend werk te vinden dan voor werknemers met minder identiteitsgebonden taken. Het is ook sterk afhankelijk van de wijze waarop 'andere' functies op onlosmakelijke wijze zijn verankerd in de grondslag van de werkgever. Zo zal menig kerkgenootschap ten aanzien van (bijna) alle interne functies de eis (mogen) stellen dat de werknemers de grondslag geheel onderschrijven. Het zal waarschijnlijk voor de Mormoonse Kerk geen optie zijn geweest om werknemer Obst te herplaatsen in leidinggevende rol op het kerkelijke bureau, omdat zijn privégedrag ook daar op verzet zal stuiten. Een grammaticale lezing van de overwegingen van het EHRM leidt wel tot de vraag of werknemers met 'sterke' identiteitsgebonden taken minder snel kunnen worden ontslagen dan werknemers met 'zwakke' identiteitsgebonden taken, zoals een administratief medewerker. Hoe groter de verwevenheid met de grondslag van de werkgever, hoe moeilijker het immers voor deze werknemers zal zijn elders ander werk te vinden. Zo zal het voor een predikant, pastoraal medewerker, priester — indien werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst — bijzonder lastig zijn buiten het kerkgenootschap werk van vergelijkbare inhoud en niveau te vinden. Voor een docent 'godsdienst' zal het moeilijker zijn op een andere school weer docent 'godsdienst' te worden dan voor een docent 'wiskunde'. Maar juist bij een loyaliteitsconflict met deze werknemers, treft men de boezem van de identiteitsgebonden werkgever. Ook intern zal het moeilijk zo niet onmogelijk zijn de werknemer met wie men een identiteitsconflict heeft een andere ('minder identiteitsgebonden') functie aan te bieden. Ik meen evenwel dat de overweging van het EHRM niet zo moet worden gelezen dat het ontslag van werknemers op dergelijke posities bij de identiteit gebonden instelling extra bemoeilijkt wordt, maar dat deze overweging meer ziet op de monopolieposities die de kerken in Duitsland innemen.¹¹³ Er kan hier — en dat is toch wel weer aardig — een lijntje worden gelegd naar één van de door Jacobs gestelde randvoorwaarden, de eerste van het hierboven weergegeven lijstje: het erkennen van de rechten van een identiteitsgebonden werkgever. De tendenswerkgever mag geen monopoliepositie innemen: "Zij aan zij moeten niet-tendenswerkgevers volle ontplooiingskansen hebben. Anders vormt het privilege van de tendenswerkgever een onaanvaardbare inbreuk op burgerlijke vrijheden".¹¹⁴ In dat opzicht is er wel een groot verschil met de Nederlandse kerkgenoot-

113. In deze zin ook annotator Overbeeke: 'Eigenaardig blijft echter de wijze waarop de consequenties van een eventueel ontslag moeten worden verdisconteerd in de afweging. De overwegingen van het Hof geven voedsel aan de gedachte dat het belang van de werknemer zwaarder zal moeten wegen naarmate een herintreden in het arbeidsproces lastiger wordt (...). Het strak doortrekken van deze redenering leidt er toe dat de rechtspositie van personeelsleden die een veeleer van de kern van het kerkelijk recht verwijderde beroepsactiviteit uitoefenen (en veelal makkelijker nieuw emplooi vinden), zwakker zou worden dan die van personeelsleden die bijvoorbeeld pastorale of verkondigende taken verrichten (predikanten, priesters, met een vaak denominatiegebonden theologische opleiding). Wellicht moet dit element echter gelezen worden binnen de bijzondere context van het Duitse regime, waar vooral de twee grote kerkgenootschappen, de protestantse en de katholieke, een verhoudingsgewijs sterke werkgeverspositie hebben in de sfeer van de caritas (zie ook Schüth, par. 73)'.

114. A.T.J.M. Jacobs, a.w. 1994, p. 172.

schappen, die zich doorgaans beperken tot de kerntaken van de kerk en slechts indirecte banden hebben met verpleeg- en verzorgingshuizen en hulpverlenende instanties.¹¹⁵

2.4.4 Bestaat de kleurloze werkgever wel?

De vraag kan worden gesteld of de begrippen ‘tendensinstelling’ en ‘identiteitsgebonden werkgever’ nog wel bruikbaar zijn, nu van elke werkgever wel kan worden gezegd dat sprake is van een bepaalde ‘kleur’. Ook commerciële bedrijven kunnen immers – al niet onder de vlag van het moderne ‘corporate social responsibility’ – sociale en maatschappelijke nevendoelestellingen of waarden nastreven.¹¹⁶ De werkgever kan (in verband daarmee) een bepaalde reputatie hoog willen houden. Moeten al deze ‘gekleurde werkgevers’ dezelfde positie innemen ingeval sprake is van een belangenconflict tussen de ‘opvattingen’ van de werkgever en de opvattingen of gedragingen van een werknemer? Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Hoewel bij een afweging van belangen, zelfs waar het grondrechten van de werknemer betreft (zoals het recht op privéleven), rekening kan worden gehouden met de hoedanigheid van de werkgever en de reputatie die de werkgever wil uitstralen¹¹⁷, zijn deze werkgevers niet op één lijn te stellen met de identiteitsgebonden werkgevers. De identiteitsgebonden werkgever oefent immers een grondrecht (vrijheid van godsdienst, vrijheid van levens- of politieke overtuiging) uit. En dat is niet het geval bij een commercieel gekleurde werkgever. Weliswaar mag ook de commercieel gekleurde werkgever van de werknemer een zekere loyaliteit verwachten¹¹⁸, maar deze loyaliteit zal niet zover (mogen) gaan als die welke van een werknemer bij een identiteitsgebonden werkgever mag worden verlangd. Anders dan de commercieel gekleurde werkgever kan de identiteitsgebonden werkgever zich bij deze belangenafweging beroepen op door het EVRM (en de EU) erkende grondrechten.¹¹⁹

115. Al wordt er binnen kerkgenootschappen vanwege de inbreuken die worden gemaakt op de autonomie van dergelijke instellingen wel serieus nagedacht het dak van de kerk te verbreden naar andere identiteitsgebonden instellingen.

116. F. Dorssmont, *Corporate Social Responsibility and (European) Labour Law*, Friends or Foes, in: F. Pennings, Y. Konijn en A. Veldman, *Social Responsibility in Labour Law*, Liber Amicorum for Teun Jaspers, 2008, p. 47 e.v.

117. Zie bijvoorbeeld HR 14 september 2007, JAR 2007/250 (Hyatt: door een zeer luxe hotel in Aruba werden grenzen gesteld aan het privégebruik van drugs door werknemers; in casu mocht de inbreuk op het privéleven worden gemaakt en werd het ontslag op staande voet rechtsgeldig bevonden); Ktr. Rotterdam 15 januari 2009 (eisen die worden gesteld aan een journalist) en Ktr. Rotterdam 28 september 2004, JAR 2004/268 (werkgever ging over tot invoering van een beleggingsregeling op grond waarvan een werknemer in privé beperkt wordt in de mogelijkheden om actief te beleggen). Zie hierover onder meer Zie hierover W.L. Roozendaal, *Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid*. HR 14 september 2007, JAR 2007/250 (Hyatt/Dirksz), ArA 2008/1 en D.J. Buijs, *Anti-drugsbeleid een vorm van werkgeversgezag?*, TRA 2010/4, p. 23-24 n.a.v. Ktr. Den Helder 29 oktober 2009, LJN BK7946; JIN 2010/47.

118. Naarmate de commerciële belangen van de werkgever groter zijn, zal de werkgever meer van de werknemer ten aanzien van diens gedrag in het privéleven mogen verlangen. Aldus ook E. Verhulp, a.w. 2009, p. 441.

119. Zie de eerder besproken arresten van het EHRM waarin het hof eraan herinnert dat de autonomie van religieuze gemeenschappen bescherming geniet tegen inbreuken door de staat (artikel 9 EVRM, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) in het licht van artikel 11 EVRM (vrijheid van vereniging en vergadering). Ook de kaderrichtlijn gelijke behandeling maakt alleen een uitzondering voor instellingen op religieuze en beschouwelijke grondslag.

2.5 **Interne materieelrechtelijke regels in kerkgenootschappen: aanstelling, arbeidsvoorwaarden en ontslag**

Zoals opgemerkt, willen identiteitsgebonden werkgevers bij het vormgeven van de arbeidsverhoudingen en de daarbij rechten en plichten zoveel mogelijk rekening houden met de eigen 'kleur' en de interne structuur van de instelling. In dat verband kan onderscheid worden gemaakt tussen meer materieelrechtelijke aspecten en de meer formeelrechtelijke aspecten van de arbeidsverhouding.

Uiteraard is het niet mogelijk om de inhoud van 'eigen regelingen' binnen identiteitsgebondeninstellingen in detail te bespreken, maar om een indruk te geven wordt een kort overzicht gegeven van de wijze waarop een arbeidsverhouding met een 'geestelijke bedienaar' of een kerkelijke werker in diverse kerkgenootschappen materieelrechtelijk wordt vormgegeven. Ten aanzien van de aanstelling van een geestelijke bedienaar kan het volgende worden opgemerkt. Bij levensbeschouwelijke instellingen wordt het contract doorgaans gesloten met het bestuur van een vereniging of stichting. Dat geldt ook van kerkgenootschappen die behoren tot het zogenoemde congregationalistische stelsel. Bij andere kerkgenootschappen ligt dit gecompliceerder. Gaat het om een presbyteriaal-synodale kerkgemeenschap, dan wordt de predikant, kerkelijk werker of musicus benoemd door de kerkenraad of door een andere ambtelijke vergadering of – zoals in de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) – een college. In de PKN wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen de benoeming en de aanstelling (ord. 3-28-2). De benoemende instantie bepaalt wie de taak als kerkelijke medewerker gaat vervullen. Daarbij geldt als vuistregel dat het recht van benoeming toekomt aan de instantie waarvoor de medewerker zijn of haar werkzaamheden gaat verrichten en onder wiens verantwoordelijkheid deze valt. Enkele voorbeelden: een medewerker op het kerkelijk bureau wordt benoemd door het college van kerkrentmeesters (ord. 11-2-7), een medewerker op het bureau van de diaconie door het college van diakenen (ord. 11-3-4 sub c), de kerkmusicus en de koster door de kerkenraad (ord. 5-6-2 en ord. 5-7-2). De persoon die als kerkelijk werker in een 'dienst' wordt gesteld, wordt geroepen en benoemd door de kerkenraad. In een aantal situaties is de benoemende instantie een andere dan instantie die de aanstelling verricht. Voor de aanstelling is een (kerkelijke) rechtspersoon nodig die de arbeidsovereenkomst met de kerkelijke medewerker sluit. In de PKN bestaan vijf rechtspersonen: op het plaatselijke niveau de gemeente en de diaconie, op het bovenplaatselijke vlak de classis, de evangelisch-lutherse gemeenten tezamen en de kerk. Voorts heeft de dienstenorganisatie als kerkelijke instelling rechtspersoonlijkheid. Het werkgeverschap wordt juridisch en feitelijk uitgeoefend door de instanties die de rechtspersonen vertegenwoordigen (ord. 3-28-3). Plaatselijk zijn dat het college van kerkrentmeesters (ord. 11-2-7 sub e) en het college van diakenen (ord. 11-3-4 sub e).

Anders dan in het presbyteriaal-synodale stelsel vindt de benoeming van een geestelijke bedienaar/bekleder van een geestelijk ambt ('clerus') in een episcopaal stelsel, zoals de Rooms-Katholieke Kerk, plaats door de bisschop (die overigens ook bij uitsluiting van alle anderen bevoegd is tot schorsing, overplaatsing en ontslag). Voor andere functies, zoals de godsdienstleraren, de districtkatecheten en pastoraal werkers – die in de regel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn – geldt dat voor het rechtsgeldig kunnen verrichten van de arbeid een bisschoppe-

lijke machtiging of akkoordverklaring is vereist. De bisschop heeft zo ongeveer absolute macht in kerkelijke aangelegenheden.

In grote kerkgenootschappen, zoals de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) en de Rooms-Katholieke Kerk, worden de arbeidsvoorwaarden van kerkelijke medewerkers en voorgangers in collectieve regelingen vastgelegd (ordonnanties en generale regelingen). In de PKN betreft het de generale regeling voor predikantstraktementen (en de generale regeling voor predikantspensioen) alsmede de generale regeling voor de rechtspositie van kerkelijke medewerkers. De inhoud van deze regelingen komt overeen met de inhoud van een ('gemiddelde') CAO. In de generale regeling voor predikantstraktementen zijn onder andere geregeld: bestanddelen van het traktement, periodieke verhogingen, vakantietoeslag, eindejaarsuitkering, inhoudingen, ambtswoning, kosten ziekteverzekering, vergoeding van kosten ambtsuitoefening, verhuiskosten, kosten studieverlof, verhuiskosten, gratificaties, vakantie en vrije zondagen, zwangerschapsverlof, verlof bij verhuizing, studieverlof, uitkeringen ten laste van de centrale kas, nevenwerkzaamheden, overlijdensuitkering en wachtgeldregelingen (bij ziekte en ontzetting uit het ambt). In de generale regeling voor de rechtspositie van de (andere) kerkelijke medewerkers zijn voornoemde zaken eveneens terug te vinden met daar bovenop specifiek voor werknemers geldende arbeidsvoorwaarden, zoals overwerk en werken op andere tijden en verlofvormen.

Naast arbeidsvoorwaarden worden doorgaans ook onderwerpen als schorsing en de beëindiging van de arbeidsverhouding (ook wel 'afzettingsgronden') in de kerkorde (de kerkelijke 'grondwet') en/of generale regelingen uitgewerkt. De gronden voor schorsing en ontslag enerzijds en de financiële voorzieningen anderzijds worden daarbij veelal in verschillende regelingen uitgewerkt. Grote kerkgenootschappen hebben daartoe – in tegenstelling tot veel kleine kerkgenootschappen – gedetailleerde en in sociaalrechtelijk opzicht toereikende regelingen opgesteld. Zo bevat de PKN een uitgebreide regeling inzake de te volgen procedure bij schorsing, op non-actiefstelling en het 'ontslag' van een predikant met daaraan gekoppeld een regeling met betrekking tot een wachtgeldvoorziening tijdens en na de procedure. Bij een ernstige verstoring van de verhoudingen binnen de kerk kan de predikant worden ontheven uit zijn werkzaamheden en kan hij worden 'losgemaakt' (ord. 3-20). Hiervoor geldt de volgende procedure (die een zorgvuldige rechtsgang in de kerk moet waarborgen). Het breed moderamen van de classicale vergadering moet vaststellen of de situatie van dien aard is dat de zaak aan het generale college voor de ambtsontheffing moet worden voorgelegd. Het breed moderamen kan daartoe besluiten op verzoek van de kerkenraad of op eigen initiatief. Wel moet vooraf het oordeel van het Regionale college voor de visitatie worden gevraagd. De uiteindelijke beslissing ligt bij het Generale college voor de ambtsontheffing, een orgaan van de kerk dat speciaal voor de behandeling van deze aangelegenheden is ingesteld. Dit college hoort de predikant, de kerkenraad en het regionale college voor de visitatie. Als de predikant wordt ontheven, krijgt hij of zij eerst gedurende een periode van drie maanden tot maximaal een jaar de tijd om zelf om te zien naar een andere gemeente of werkkring (ord. 3-20-2). Als dat niet lukt of als de predikant hiertoe niet bereid is, wordt hij na afloop van de gestelde periode van de werkzaamheden ontheven en losgemaakt van de gemeente. Hij kan dan aanspraak maken op de volgende wachtgeldvoorziening. Gedurende drie jaar wordt

het traktement doorbetaald, in een aflopende schaal van 100 procent, 80 procent en 60 procent van het laatstgenoten traktement. Het Generale college voor de ambtsontheffing bepaalt welk gedeelte van de wachtgeldregeling voor rekening komt van de gemeente waaraan de predikant verbonden was. Tegen de beslissing van het Generale college voor de ambtsontheffing kan zowel door de predikant als door de kerkenraad beroep worden ingesteld bij het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen. Hiermee komen we vanzelf aan bij een ander belangrijke aspect van de interne regelingen, te weten de interne geschillen-procedure.

2.6 Interne geschillenprocedures

Werkgevers in de categorie 'sterkste' identiteitsgebonden werkgevers, te weten kerkgenootschappen en bijzondere scholen, hebben naast een sterke grondslag en daarop gebaseerde interne materieelrechtelijke regels ook eigen geschillenprocedures ontwikkeld. Op deze wijze kan de invloed van de 'wereldlijke' rechter op interne (religieuze) aangelegenheden worden beperkt en mogelijk zelfs geheel worden uitgesloten. Onder meer Jacobs is zich altijd bewust geweest van het belang van deze interne procedures, maar heeft de ogen nooit gesloten gehouden voor de eisen die de civiele rechter stelt aan de 'kwaliteit' van deze procedures.¹²⁰ Ik sta daarom nog stil bij 'waardering' van deze procedures (door de civiele rechter).

2.6.1 Bijzondere scholen

Met de gelijkstelling van het bijzonder onderwijs met het openbaar onderwijs heeft de wetgever in 1905 de zogenoemde Commissies van beroep ingesteld.¹²¹ De reden voor de instelling van deze commissies was enerzijds gelegen in een verbetering van de rechtspositie van de leerkrachten (zodat hun rechtspositie op een vergelijkbaar niveau zou komen als dat van de leerkrachten in het openbaar onderwijs) en anderzijds vanwege het belang dat geschillen die aan de identiteit van de school zouden raken, aan een met mensen uit 'eigen kring' samengestelde commissie konden worden voorgelegd. Op grond van de geldende onderwijswetgeving was aansluiting bij een Commissie van beroep voor een schoolbestuur verplicht gesteld en werd bepaald dat het schoolbestuur zich diende te onderwerpen aan een beslissing van de commissie. Het kan hierbij onder meer gaan om een door het 'bevoegd gezag' opgelegde disciplinaire maatregel, een schorsing, het direct of indirect onthouden van promotie, ontslag of het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd. De commissie van beroep zal de aangevochten beslissing moeten

120. Zie Jacobs n.a.v. Pres. Rb. Arnhem 15 mei 1981, KG 1981, 67 (ongedaanmaking van de schorsing van een kerkorganist): 'Mij dunkt, dat ook hier weer blijkt hoe kwetsbaar de kerkelijke autonomie is. De Nederlandse kort-gedingrechter meet zichzelf een zeer grote bevoegdheid aan. Hij valt echter te stoppen, wanneer men aan kan geven, dat alternatieve procedures de mogelijkheid van spoedvoorzieningen kennen. Wanneer men op kerkelijk erf zaken in eigen hand wil houden zal men er dus ook voor moeten zorgen, dat eigen kerkelijke instanties die rechtspreken volgens de normen van een behoorlijk proces, ook in staat zijn om spoedvoorzieningen te treffen'. A.T.J.M. Jacobs, a.w. 1994, p. 175.

121. Zie hierover o.a. W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991, p. 434 e.v.; B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 10 e.v.

toetsen en het resultaat vervolgens voorleggen aan de partijen. Over de status van de beslissing bestond langere tijd onduidelijkheid. Sommigen waren van mening dat de beslissing het karakter zou hebben van een bindend advies waaraan zowel het bevoegd gezag als de leerkracht zouden zijn gebonden.¹²² De Hoge Raad kwam tot een genuanceerdere opvatting.¹²³ Volgens de Hoge Raad kan de kringenrecht-spraak niet (zonder meer) worden gekwalificeerd als een 'bindend-adviesregeling'.¹²⁴ Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat een leerkracht gebonden zou zijn aan een beslissing van de commissie van beroep. Partijen kunnen deze gebondenheid overeenkomen, maar dat moet dan wel ondubbelzinnig gebeuren:

'Wel laat de wettelijke regeling ruimte voor de mogelijkheid dat tussen het bevoegd gezag en een leerkracht wordt overeengekomen dat de uitspraak van de commissie van beroep voor beide partijen zal gelden als een bindend advies. Daartoe is echter vereist dat van zulk een overeenkomst ondubbelzinnig blijkt. Het enkele feit dat de leerkracht zich vrijwillig wendt tot de commissie van beroep is hiertoe onvoldoende.'

Naast het argument van de wetsgeschiedenis wees de Hoge Raad ook op het 'juridisch tekort' in de procedure van de commissie van beroep:

'eerst vermelde opvatting vindt niet alleen geen steun in de tekst van de desbetreffende wetten en de geschiedenis van hun totstandkoming, maar kan ook hierom niet worden aanvaard omdat zij bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet geacht kan worden voldoende rechtsbescherming te bieden aan tegen hun wil ontslagen leerkrachten in het bijzonder onderwijs'.

Het voorgaande leidt er toe dat burgerlijke rechter, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal dient te beoordelen, tenzij tussen de onderwijsinstelling en de leerkracht is overeengekomen dat de uitspraak van de commissie van beroep heeft te gelden als een bindend advies. Maar, zo wees de Hoge Raad er nogmaals op, van het bestaan van zulk een overeenkomst zal dan 'ondubbelzinnig' moeten blijken. De vraag kan worden gesteld of hieraan ook is voldaan als de binding aan de geschillenregeling is opgenomen in een tussen partijen geldende CAO. In oudere rechtspraak heeft de Hoge Raad dat wel erkend ten aanzien van een bindend-adviesprocedure en meer recent ten aanzien van de gebondenheid van een werknemer aan een in de – langs de weg van incorporatie toepasselijke – CAO opgenomen arbitraal beding.¹²⁵ Volgens de Hoge Raad zijn er geen wettelijke belemmeringen die zich

122. Als dat het geval zou zijn, dan zijn beide partijen gebonden aan de beslissing, tenzij gebondenheid aan de beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In dat geval is de beslissing vernietigbaar (artikel 7:904 lid 1 BW). Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als sprake is van een flagrante schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

123. HR 31 mei 1996, NJ 1996, NJ 1996, 693 en HR 9 november 2001, NJ 2001, 692.

124. C.W. Noorlander, Status en toekomst van de kringenrechtspraak, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2002/2, p. 78.

125. Resp. HR 22 november 1985, NJ 1986, 275 en HR 17 januari 2003, JAR 2003/40 en NJ 2004, 280 m.nt. HJS. Zie hierover ook G.W. van der Voet, Incorporatie van een in een CAO opgenomen arbitragebeding in de individuele arbeidsovereenkomst rechtsgeldig?, ArA 2006/1, p. 33-45.

tegen deze wijze van binding aan een in de CAO opgenomen geschillenprocedure verzetten. Het enkele feit dat een werknemer mogelijk in het geheel geen kennis heeft genomen van het bestaan of de inhoud van de geschillenregeling, doet hieraan niet af.¹²⁶ Een uitdrukkelijk gerichte verklaring van de werknemer is geen vereiste voor het realiseren van deze gebondenheid.¹²⁷

2.6.2 Kerkgenootschappen

De wijze waarop deze interne procedures zijn vormgegeven, verschilt per instelling en per kerkgenootschap. Een belangrijke categorie instellingen – de instellingen voor bijzonder onderwijs – kent evenwel eenzelfde beroepsgang: de zogenoemde kringenrechtspraak. Ook kerkgenootschappen, waaronder de Rooms Katholieke Kerk en de Protestantse Kerk in Nederland, kennen een vergelijkbare beroepsgang. Door het hanteren van een interne beroepsmogelijkheid kunnen kerkgenootschappen voorkomen dat de civiele rechter zich met kerkelijke aangelegenheden bemoeit. Indien de kerkelijke (niet-arbitrale¹²⁸) rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, is de civiele rechter namelijk geneigd zich terughoudend op te stellen.¹²⁹ De rechter zal tot niet-ontvankelijkheid concluderen als de klagende partij de interne route links laat liggen of heeft laten liggen. Verklaart de rechter zich wel (al dan niet na afronding van de interne beroepsprocedure) ontvankelijk, dan zal een door de kerkelijke instantie genomen beslissing in de meeste gevallen slechts marginaal zal worden getoetst.¹³⁰ In deze zin oordeelde de Hoge Raad in een historische zaak waarin drie protestantse kerken met elkaar fuseerden, maar een grote groep critici afkomstig uit de Nederlandse Hervormde Kerk niet mee wilde gaan in deze fusie. Deze critici legden hun bezwaren (in verband met het behoud van de kerkelijke eigendommen) voor aan de civiele rechter, maar volgens de Hoge Raad bindt een door de intern kerkelijke geschillencommissie (de Generale Commissie van de Hervormde Kerk) genomen beslissing partijen op de wijze van artikel 7: 904 lid 1 BW (een vaststellingsovereenkomst).¹³¹ Wel zal de interne beroepsgang

126. Zie ook de conclusie van AG Huydecoper voor HR 17 januari 2003, JAR 2003/40.

127. HR (r.o. 3.2): ‘Anders dan de Rechtbank heeft aangenomen, geeft echter ook deze bepaling geen grond om aan te nemen dat, wanneer een werkgever en een niet gebonden werknemer, als bedoeld in art. 14, overeenkomen dat een collectieve arbeidsovereenkomst waarin een arbitraal beding voorkomt, op hun arbeidsverhouding van toepassing zal zijn, het arbitrale beding, in afwijking van de algemene bepalingen van boek 4 Rv., tussen hen slechts gaat gelden indien de werknemer een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring jegens de werkgever heeft afgelegd. Te minder is er grond om deze eis te stellen, nu zij ook niet wordt gesteld in art. 9’.

128. Is sprake van arbitrage dan is de rol van de civiele rechter reeds door de wetgever beperkt tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van een beperkt aantal gronden, waaronder het feit dat het vonnis of de totstandkoming ervan in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (artikel 1065 Rv).

129. D.A.C. Slump in: *Kerk, recht en samenleving*, Deventer: Kluwer 1997, p. 77.

130. Vergelijk A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding*, Den Haag: BJu 2002 en F.T. Oldenhuis, *Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten*, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 175-187.

131. Het betreft een analogische toepassing ervan. Zie hierover uitvoerig A-G Timmerman in zijn conclusie, r.o. 3.4 en 3.5. Dit is wel opmerkelijk nu in de literatuur vooral werd gedacht aan een binding als die op grond van een bindend advies, hetgeen minder ver gaat dan de binding bij een vaststellingsovereenkomst. De vraag of bij een beslissing ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten ondubbelzinnige instemming van een geestelijke bedienaar noodzakelijk is, is niet eenduidig te beantwoorden. In voornoemd arrest d.d. 19 december 2003 stelde de Hoge Raad deze eis niet. In de eerder aangehaalde jurisprudentie m.b.t. de interne beroepsinstanties op het terrein van het bijzonder onderwijs is deze eis van ondubbelzinnigheid wel gesteld.

met de nodige waarborgen omgeven moeten zijn. Voor de invulling van deze waarborgen wordt wel aansluiting gezocht bij de criteria die zijn ontwikkeld in het kader van artikel 6 EVRM en in het kader van de wraking van rechters.¹³² Dit betekent onder meer dat het beginsel van hoor en wederhoor moet worden toegepast en dat instantie moet bestaan uit onafhankelijke en onpartijdige personen.¹³³ In deze lijn ligt het oordeel van Hof Arnhem in een hierna nog te noemen kerkelijke 'ontslagzaak'¹³⁴ waarvan ik een belangrijke overweging citeer:

*(...) Naar het oordeel van het hof gaat de scheiding tussen kerk en staat, ook in rechtsverhoudingen tussen een kerkgenootschap en individuen daarbinnen, niet zover dat de gang naar de burgerlijke rechter per definitie gesloten is. Dat zou in strijd zijn met de grondrechtelijke waarborgen die ten behoeve van individuen zijn neergelegd in de artikelen 17 in samenhang met artikel 112 van de Grondwet en in artikel 6 EVRM. Het recht op godsdienstvrijheid kan aan deze waarborgen niet afdoen. Het recht op godsdienstvrijheid ziet uiteindelijk op de vrijheid van individuen om uiting te geven aan hun religieuze overtuigingen. Die vrijheid brengt echter niet mee dat daardoor voor leden van bepaalde kerkgenootschappen andere grondrechten zonder meer buiten werking gesteld worden. (...) Zwaarwegende omstandigheden kunnen echter maken dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om van de rechtzoekende te vergen om de kerkelijke rechtsgang te volgen. Dergelijke omstandigheden kunnen zijn dat het statuut voor het betreffende geschil geen voorschriften bevat, of indien de kerkelijke rechtsgang niet voldoet aan fundamentele beginselen van procesrecht.*¹³⁵

Ik teken bij het voorgaande aan dat bij de reflexwerking van fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde – naar mijn mening – niet uit het oog mag worden verloren dat het kerkrecht en de kerkelijke procedure eigen karakteristieken hebben. Als bijvoorbeeld sprake is van een kerkelijke procedure conform de principes van de Dordtse Kerkorde, waarbij interne geschillen worden beslecht in kerkelijke vergaderingen (zoals classis, particuliere synode en generale synode), moet er mee rekening worden gehouden dat de meetlat van het EVRM meer in de geest

132. Zie voor een overzicht: H. Santing-Wubs, *Kerken in geding, De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. RUG), Den Haag: BJu 2002, p. 152-157; W.A. Zondag, *Disciplinaire maatregelen*, in: E. Verhulst en W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37-71; A.F.M. Brenninkmeijer, *Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting*, Deventer: Kluwer 1997, p. 5 e.v.

133. A-G Timmerman: op grond van deze criteria komt het niet alleen aan op de persoonlijke instelling van de betrokken personen (subjectieve test), maar (vooral) ook op de vraag of er feiten en omstandigheden zijn die objectief grond geven te vrezen dat het de betrokken personen aan onafhankelijkheid en onpartijdig ontbrak.

134. Hof Arnhem 19 januari 2010, LJN BL0003 (CGK/De Boer).

135. Ten aanzien van artikel 6 EVRM overwoog het hof dat hieraan 'zogenaamde reflexwerking in rechtsverhoudingen tussen burgers en/of (niet-publieke) rechtspersonen onderling' toekomt. Hoewel van de door artikel 6 EVRM gewaarborgde rechten op zichzelf genomen afstand kan worden gedaan, mag niet snel worden aangenomen dat van een dergelijke afstand sprake is. Daarvoor is een ondubbelzinnige wilsverklaring vereist. De gebondenheid door middel van de geloofsbelijdenis en de aanvaarding van de beroeping als predikant, houdt op zichzelf in elk geval geen dergelijke afstand van recht in, terwijl die voorts ook niet is gesteld of gebleken.

dan naar de letter zal moeten worden toegepast.¹³⁶ Aldus ook het hof in voornoemde zaak:

‘Bij de toetsing of sprake is van schending van fundamentele rechtsbeginselen dient het hof, gelet op de bijzondere eigen aard van de kerkelijke rechtsverhoudingen, terughoudendheid in acht te nemen. Het moet daarom gaan om een zodanige schending dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn van [geïntimeerde] te vergen de kerkelijke rechtsgang te volgen.’

De rechter dient derhalve de toepasselijkheid van de kerkelijke regels en de kerkelijke procedure te respecteren. Alleen in een ‘onaanvaardbaarheidsgeval’ (dezelfde terughoudendheid die moet worden in acht genomen bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 7:680a BW)¹³⁷ mag de rechter ingrijpen.¹³⁸ De laatste jaren is er in dit verband veel aandacht geweest voor de zaak van De Boer (een nieuwe ‘Kruis-casus’), in het verleden predikant in de Christelijke Gereformeerde Kerk te Zeewolde. Hij kwam in conflict met zijn kerkenraad en werd, na eerst te zijn geschorst, afgezet (‘ontslagen’). De Boer en zijn raadsman hadden onvoldoende vertrouwen in de interne kerkelijke rechtsgang, onder meer omdat deze ‘traag’ zou zijn en – meer principiële – fundamentele beginselen, waaronder het beginsel van onpartijdigheid alsmede ‘hoor en wederhoor’, onvoldoende zouden worden toegepast. Aanvankelijk had De Boer succes bij de civiele rechter. De president van de rechtbank Zwolle oordeelde in 2002 dat de schorsing onrechtmatig was.¹³⁹ Bij de totstandkoming van het schorsingsbesluit waren essentiële rechtsbeginselen van een behoorlijke rechtsgang (zoals hoor en wederhoor) veronachtzaamd, zodat het besluit in wezen als willekeur moest worden bestempeld. De schorsing werd daarom opgeheven. Het door de predikant verzochte verbod om tot verdere besluitvorming ten aanzien van zijn rechtspositie te geraken, wees de president echter af. De bevoegde kerkelijke organen zijn (immers) vrij met in achtneming van een

136. Zie hierover W. Silfhout, *Gereformeerd kerkrecht in kort bestek. Toelichting op de Dordse Kerkerode*, Den Hertog Uitgeverij 2010.

137. Hieronder valt ook de situatie dat de kerkelijke procedure niet geschikt is om de vordering te beoordelen. Zie ook F.T. Oldenhuis: ‘Ik merk hierbij nog op dat niet iedere vordering geschikt is om via een interne rechtsgang te worden afgewikkeld. Is de interne rechtsgang toegesneden op de toetsing van besluiten dan blijft de burgerlijke rechter bevoegd om over een vordering tot schadevergoeding te oordelen.’ F.T. Oldenhuis, *Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekening bij ‘de zaak Kruis’*, in: *CJHB*, Deventer: Kluwer 1994, p. 312.

138. Zie Ktr. Rotterdam 2 september 2008, JAR 2008/265 (ontslag van broeder in RK congregatie) waarin wordt overwogen dat de overheidsrechter terughoudendheid in acht dient te nemen indien tussen partijen een eigen kerkelijke rechtsgang geldt, zeker indien deze rechtsgang een integraal onderdeel uitmaakt van de regels die de religieuze leefgemeenschap beheersen en zij schriftelijk en gedetailleerd zijn vastgelegd. Zie voorts Rb. Dordrecht 5 maart 1996, NJ 1996, 127; Rb. Groningen 22 november 1995, KGZA 95-236 n.g.; Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142 KG n.g.; Rb. Dordrecht 10 oktober 1991, NJ 1991, 360; Hof Leeuwarden 20 juni 1956, NJ 1956, 589; Hof Arnhem 27 november 1957, NJ 1957, 256; Rb. Assen 23 november 1954, NJ 1955, 149; Pres. Rb. Groningen 12 oktober 1944, NJ 1944/45, 744; Rb. Maastricht 30 mei 1930, NJ 1930, 1499. De kerkelijke weg behoeft van de rechter niet te worden gevolgd in de ontslagzaak van de voorganger van een Babtistengemeente, omdat geen sprake was van een verplicht gestelde interne geschillenregeling: Vznr Rb. Assen 19 mei 2004 en Ktr. Meppel 15 juli 2004, JAR 2004/233. Ktr. Heerenvveen 19 oktober 2006, JAR 2006/274 maakte het wel bijzonder complex door onderscheid te maken tussen verschillende onderdelen van een ingestelde loonvordering tegen een RK Parochiebestuur; de hoogte van het loon zou bij wijze van bindend advies door het Bisschoppelijk Scheidsgerecht moeten worden vastgesteld, maar het overige zou wel door de civiele rechter kunnen worden beoordeeld.

139. Rb. Zwolle 1 februari 2002, KG 70866/KG ZA 01-466.

behoorlijke procesgang daaromtrent te besluiten. Het primaat van de kerkelijke besluitvorming bleef op deze wijze wel gehandhaafd.¹⁴⁰ In de bodemprocedure kreeg De Boer opnieuw het gelijk aan zijn zijde. De kantonrechter kwam tot de conclusie dat – recht tegen de visie van het kerkgenootschap in – de arbeidsverhouding tussen De Boer en de kerk moest worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst en de ‘afzetting’ als een ‘opzegging’. Alle omstandigheden afwegend, kwam de kantonrechter tot het oordeel dat deze opzegging zowel onregelmatig als kennelijk onredelijk was. De kerk moest De Boer een schadevergoeding betalen van ca € 40.000.¹⁴¹ In appel ging de zaak voor De Boer op procedurele gronden ‘onderuit’.¹⁴² Het hof was van oordeel dat De Boer de kerkelijke rechtsgang had moeten ‘uitlopen’. De klacht dat sprake was van een zodanige schending van fundamentele beginselen van procesrecht dat niet Van de Boer kon worden gevergd dat hij (eerst) de kerkelijke weg zou volgen, wees het hof van de hand. Ook het argument dat de procedure binnen de kerk veel te lang zou duren, sneed geen hout. Fijntjes merkte het hof op dat de kerkelijke procedure (de Generale Synode) reeds in 2004 had kunnen zijn afgerond, terwijl de kantonrechter pas in februari 2005 tot een uitspraak was gekomen...

De terughoudende benadering in de rechtspraak waarbij het primaat aan de kerkelijke weg wordt toegekend, zal pleitbezorgers van autonomie voor tendensinstellingen ongetwijfeld tot vreugde stemmen. Dat neemt niet weg dat kerkgenootschappen met een gezond kritische blik naar de eigen regels en procedures moeten (blijven) kijken en aan periodiek onderhoud moeten (blijven) doen. Als in de rechtspraak of literatuur de vinger wordt gelegd bij onvolkomenheden (zoals het ontbreken van het verkrijgen van en spoedvoorziening bij schorsing) moet de kerk nagaan in hoeverre inderdaad een leemte in de kerkelijke procedure bestaat, en hoe deze leemte kan worden ingevuld. Alleen dan zal het primaat van de kerkelijke procedure ook in de toekomst kunnen worden gewaarborgd.¹⁴³

140. Vergelijk F.T. Oldenhuis, Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 181.

141. Ktr. Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58 (De Boer/CGK).

142. Hof Arnhem 19 januari 2010, LJN BL0003 (CGK/De Boer).

143. Ik laat thans achterwege het noodzakelijke minimum aan materieel recht in de kerkelijke regelingen. Zie hierover A.H. Pool, De rechtspositie van de predikant, die als zelfstandige afscheid neemt van zijn kerkelijke gemeente, in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 22. Een voorbeeld waarin door de rechter wordt beoordeeld of sprake is van een ‘juridisch tekort’ is Ktr. Rotterdam 2 september 2008, JAR 2008/265 met betrekking tot het ontslag van een broeder in tot de RK behorende congregatie (van 1962 tot 2007). Nu de Congregatie voor haar leden voorzieningen getroffen in geval van ziekte en ouderdom, maar deze voor de broeder ontbreekt, een besluit tot wegzending verder zo ongebruikelijk is dat van een individuele broeder niet verwacht kan worden dat hij daarvoor zelf voorzieningen treft, moet volgens de kantonrechter beoordeeld worden of de wegzending niet tot een onredelijke financiële situatie voor eiser heeft geleid, die de Congregatie zich had moeten aantrekken (op enigszins vergelijkbare wijze als bij art. 7:681 BW).

Hoofdstuk 3

Conclusies (in de vorm van 22 stellingen)

Het onderhavige deel van het preadvies is opgebouwd aan de hand van 22 stellingen die zijn ontleend aan de eerste twee delen van het preadvies.

A) Als een werknemer binnen de individuele arbeidsrelatie een beroep doet op het grondrecht 'vrijheid van godsdienst', behoeft de werkgever vanwege de zwaarte van het belang dat een werknemer heeft bij de uitoefening van de hem toekomende grondrechten – in het kader van de toetsing aan het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW – een (objectieve) rechtvaardigingsgrond.

B) Het is niet wenselijk om alleen werknemers met een gewetensbezwaar te beschermen, nu het geweten – anders dan 'godsdienst' en 'levensovertuiging' – louter subjectief moet worden ingevuld. Aldus beschouwd is het geweten 'oeverloos' en vormt de vrijheid van geweten een 'onmogelijk recht' (B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten een fundamenteel rechtsprobleem*, Gouda Quint 1989, p. 122, 142 e.v.). Als een werknemer met bezwaren tegen zondagsarbeid (of een gelijkgestelde dag) alleen beschermd wordt wanneer hij een 'gewetensbezwaar' heeft, is een (rechterlijke) toetsing nagenoeg niet mogelijk. De wettelijke regeling wordt dan onbruikbaar. Met zou deze 'oeverloosheid' weliswaar kunnen inperken door aan de gewetensbezwaren de eis te verbinden dat sprake moet zijn van een op religie gebaseerd gewetensbezwaar tegen werken op zondag. Maar dan loopt men het risico dat werkgever en rechter zich als theoloog moeten opstellen om de authenticiteit van godsdienstige bezwaren tegen zondagsarbeid te moeten beoordelen. Bovendien ontstaat het risico van het ontstaan van averechtse effecten: de bescherming die een relatief kleine groep ontvangt, keert zich (onder meer in de selectiefase) tegen deze groep.

C) Ten aanzien van zich in de praktijk vaak voorkomende aangelegenheden, zoals de problematiek van de zondagsarbeid, verdient een duidelijke wettelijke regeling de voorkeur ten opzichte van een casuïstische beoordeling op grond van het goed werkgeverschap, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van geweten. Hoewel ten aanzien van veel arbeidsrechtelijke onderwerpen 'zelfregulering' de voorkeur verdient, houden voornoemde onderwerpen verband met fundamentele rechten van de werknemer die moeten worden gerekend tot het minimumniveau van bescherming dat de overheid moet (blijven) bieden.

D) In beginsel kan een werknemer die gebruik maakt van de hem toekomende rechten ten aanzien van het werken op zondag of een daarmee gelijk gestelde dag niet tot deze arbeid worden 'gedwongen' met een beroep op de verplichtingen uit hoofde van goed werknemerschap.

E) De gevolgen van een verandering in religieuze opvatting van een werknemer ten aanzien van het werken op een wekelijkse rustdag na de datum van indienst-

trekking liggen – als geen passende oplossing voor handen ligt – in de risicosfeer van de werknemer.

F) Te vrezen is dat het in de Arbeidstijdenwet van 1995 gemaakte onderscheid tussen ‘aard van de arbeid’ en bedrijfsomstandigheden’ aan onderscheidende kracht zal inboeten. Wat in 1995 nog als ‘bedrijfsomstandigheid’ werd aangemerkt, zal mogelijk in 2015 steeds meer als ‘aard van de arbeid’ worden gezien

G) In het arrest met betrekking tot het opnemen van een vrije dag om een niet door de overheid erkende christelijke feestdag bij te wonen (HR 30 maart 1984, NJ 1984, 350) is het grondrecht van de vrijheid van godsdienst te zwak verankerd in de geformuleerde rechtsregel. Het was beter geweest als de Hoge Raad een oordeel had geveld over de vraag of het kunnen bijwonen van een religieus feest moet worden begrepen onder het grondrecht ‘godsdienstvrijheid’; en zo ja op welke wijze dit grondrecht dan betekenis toekomt in de verhouding werkgever-werknemer met het oog op het opnemen van een vrije dag.

H) De vraag of de wetgever gelet op de godsdienstvrijheid ten aanzien van niet-christelijke feestdagen extra vrije dagen voor *alle burgers* zou moeten creëren, moet ontkennend worden beantwoord. De wetgever zal dan immers een keuze moeten maken tussen godsdiensten die niet behoren tot de ‘traditie’ van ons land, hetgeen wij niet tot de taak van de ‘neutrale’ overheid rekenen. Nu de behoefte aan vrijaf op dergelijke dagen wel door veel religieuze werknemers wordt gevoeld, zouden Cao-partijen dit onderwerp vaker op hun agenda moeten plaatsen.

I) De door de CGB gehanteerde definitie aan het begrip levensovertuiging, te weten een overtuiging die een min of meer coherent stelsel van ideeën vormt waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan, zal met de intensivering van moderne communicatiemiddelen (in het bijzonder het internet) een toenemend aantal ‘persoonlijke opvattingen’ als zodanig kwalificeren.

J) Ten aanzien van de precieze toepassing van de gedragsregels (uit de Bijbel of de Koran, etc.) stellen de rechter en de CGB zich terecht terughoudend op. Deze terughoudendheid gaat echter niet zover dat in het geheel niet getoetst wordt of een gedraging uiting is van het geloof.

K) De afwijzing van een moslim voor een representatieve functie of een baan met een voorbeeldfunctie (zoals in het onderwijs) zal bij de toepassing van de AWGB in het algemeen als een passend en noodzakelijk middel moet worden beschouwd om een legitiem doel te verwezenlijken. De minder terughoudende benadering van de civiele rechter en de bestuursrechter ten aanzien van het aanvaarden van een objectieve rechtvaardigingsgrond, verdient – niet in het minst vanwege de vrees voor toenemende rechtsvervreemding bij de burger (afnemende herkenning in het recht) – navolging.

L) De jurisprudentiële lijn en de oordelenlijn van de CGB, inhoudende dat het representativiteitsargument geen objectieve rechtvaardiging vormt voor een (algeheel) hoofddoekenverbod omdat er minder bezwaarlijke manieren zijn om het gestelde

doel te bereiken, dient ondanks toegenomen kritiek te worden gecontinueerd. In het licht hiervan verdient het arrest in de zaak over de conducteur die op zichtbare wijze een crucifix wilde dragen de kwalificatie 'controversiële uitspraak'.

M) De 'nieuwe' benadering van de CGB van het dossier 'gewetensbezwaarde trouwambtenaar' is geen goed voorbeeld van de wijze waarop met de problematiek van botsende grondrechten moet worden omgegaan. Het non-discriminatiebeginsel krijgt in deze zienswijze een hogere status dan andere grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst, en dat kan worden beschouwd als een ongewenste breuk met het verleden. Op deze wijze wordt een hele groep personen met een (consistente) religieuze overtuiging de toegang tot een bepaalde functie ontzegd. Het zoeken naar pragmatische oplossingen past beter bij de wijze waarop in Nederland met (botsende) grondrechten wordt omgegaan.

N) De wetgever mag wel wat kritischer kijken naar de huidige lappendeken aan uitzonderingen voor identiteitsgebonden werkgevers. Het is lang niet altijd duidelijk waarom in een wettelijke regeling een uitzondering wordt gemaakt voor identiteitsgebonden werkgevers. Evenmin is de reikwijdte van de gemaakte uitzonderingen altijd goed te doorgronden. Het is dan ook wenselijk dat in uitzonderingsbepalingen voor identiteitsgebonden werkgevers een uniforme – en goed leesbare – definitie wordt gebruikt. De definitie van de Europese kaderrichtlijn kan model staan bij een herdefiniëring, hetgeen ook betekent dat afscheid wordt genomen van de in de praktijk ondoorgrondelijke 'enkele-feit-constructie'.

O) Ten aanzien van de uitzonderingen in het BBA voor identiteitsgebonden werkgevers dient kritisch worden nagegaan wat we vandaag de dag (nog) tot het 'bijzonder onderwijs' willen rekenen.

P) Van de identiteitsgebonden werkgever wordt – onder meer in het kader van de toepassing van de uitzonderingspositie in de AWGB – verwacht en verlangd dat een consistent beleid gericht op verwezenlijking van de grondslag wordt gevoerd. Ten aanzien van de vraag of dit beleid ook tijdig en voldoende is ontwikkeld en uitgedragen behoort de rechter en de CGB zich terughoudend op te stellen. De benadering van de civiele rechter in de Don Bosco-zaak verdient in dit verband de voorkeur ten opzichte van de benadering van de CGB.

Q) Ook een geestelijke voorganger kan op zichzelf beschouwd een arbeidsovereenkomst hebben met een kerkgenootschap. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen een geestelijke voorganger en het kerkgenootschap dient evenwel grote betekenis te worden toegekend van de kerkelijke opvattingen ten aanzien van de inkleuring van de partijbedoeling. Het is in dat verband van belang dat de partijbedoeling kan worden afgeleid uit de gesloten overeenkomst of uit andere bronnen, zoals: een kerkorde, kerkelijke uitspraken (van kerkelijke gezagsdragers of kerkelijke vergaderingen zoals een generale synode) ordonnanties of andere kerkelijke documenten. Wanneer een kerkelijke voorganger deze kerkelijke opvattingen expliciet of stilzwijgend heeft aanvaard, kan de partijbedoeling overeenkomst voornoemde opvattingen worden ingekleurd.

R) Een werknemer in dienst van een identiteitsgebonden werkgever (waaronder een kerkgenootschap) accepteert ten opzichte van deze werkgever een loyaliteitsplicht die ook zijn recht op het respect voor zijn private levenssfeer beperkt. Van een volledig uitsluiten van het recht op privéleven voor zover sprake is van strijdigheid met de opvattingen van de werkgever, kan evenwel geen sprake zijn.

S) Bij de afweging van de belangen van de identiteitsgebonden werkgever en die van de werknemer die vanwege privégedrag dat strijdig is met de opvattingen van de identiteitsgebonden werkgever moet rekening worden gehouden met a) de aard van de functie, b) de aard van het loyaliteitsconflict (conflict over de opvattingen van de kerk versus conflicten die verband houden met de privésfeer) en c) de gevolgen van het ontslag. De werkgever en de rechter zullen bij ontslag dus rekening moeten houden in hoeverre het voor de betreffende werknemer mogelijk is ander werk te vinden. Zie EHRM 23 september 2010, appl.nr. 425/03 (Obst vs. Duitsland) en EHRM 23 september 2010, appl.nr. 1620/03 (Schüth vs. Duitsland).

T) Hoewel bij ontslag vanwege verandering in religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen van een bij de identiteitsgebonden in dienst zijnde werknemer de gevolgen van het ontslag primair in risicosfeer van de werknemer liggen, kan er soms toch aanleiding zijn de werknemer enige compensatie te bieden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de identiteitsgebonden werkgever geen pogingen meer heeft gedaan om na te gaan of er 'niet identiteit gebonden passend werk' in de eigen organisatie kan worden aangeboden of – als dat niet mogelijk is – de werknemer te begeleiden naar ander werk (als werknemer of zelfstandige) buiten de organisatie van de werkgever. Wel moet daarbij in ogenschouw worden genomen dat het voor werknemer met een 'sterke identiteitsgebonden' taakvervulling – zoals geestelijke bedienaren of een docent godsdienst - moeilijker zal zijn ander passend werk te vinden dan voor werknemers met minder identiteitsgebonden taken.

U) Hoewel bij een afweging van belangen, zelfs waar het grondrechten van de werknemer betreft (zoals het recht op privéleven), rekening kan worden gehouden met de hoedanigheid van de werkgever en de reputatie die de werkgever wil uitstralen, zijn commercieel 'gekleurde' werkgevers (met een eigen, maar niet op religie of levensbeschouwing gegrond identiteit) niet op één lijn te stellen met identiteitsgebonden werkgevers. De identiteitsgebonden werkgever oefent immers een grondrecht (vrijheid van godsdienst, vrijheid van levens- of politieke overtuiging) uit. En dat is niet het geval bij een commercieel gekleurde werkgever.

V) Van gebondenheid aan een bindend advies in het bijzonder onderwijs zal op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad 'ondubbelzinnig' moeten blijken. Hieraan is ook voldaan als de bindend-adviesregeling in een toepasselijke (in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde) CAO is opgenomen.

W) Door het hanteren van een interne beroepsmogelijkheid kunnen kerkgenootschappen voorkomen dat de civiele rechter zich met kerkelijke aangelegenheden bemoeit. Indien de kerkelijke (niet-arbitrale) rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, is de civiele rechter terecht geneigd zich terughoudend op te stellen.

X) De interne beroepsgang van kerkgenootschappen zal wel met de nodige waarborgen omgeven moeten zijn. Voor de invulling van deze waarborgen kan aansluiting worden gezocht bij de criteria die zijn ontwikkeld in het kader van artikel 6 EVRM en in het kader van de wraking van rechters. Dit betekent onder meer dat het beginsel van hoor en wederhoor moet worden toegepast en dat instantie moet bestaan uit onafhankelijke en onpartijdige personen.

Y) Bij de reflexwerking van fundamentele beginselen van een behoorlijke procedure in kerkelijke procedures mag niet uit het oog worden verloren dat het kerkrecht en de kerkelijke procedure eigen karakteristieken hebben. Als bijvoorbeeld sprake is van een kerkelijke procedure conform de principes van de Dordtse Kerkorde, waarbij interne geschillen worden beslecht in kerkelijke vergaderingen (zoals classis, particuliere synode en generale synode), moet er mee rekening worden gehouden dat de meetlat van het EVRM meer in de geest dan naar de letter zal moeten worden toegepast.

Z) Identiteitsgebonden werkgevers zullen, als ze niet wakker geschud willen worden door de civiele rechter, zichzelf voortdurend een spiegel moeten voorhouden.

Overzicht van de referaten/preadviezen voor de cjv

- 1922¹⁴⁴ H.H. Steneker - Vragen der Collectieve Arbeidsovereenkomst
1923¹⁴⁵ Th. G. Donner - De autonomie der Gemeenten
1924 P.S. Gerbrandy - Lijkverbranding
1925 H. Dooyeweerd - Calvinisme en Natuurrecht
1926 A. Anema - Antirevolutionaire beginselen en internationale verhoudingen
1927 A.C.G. van Proosdij - Huwelijksrecht
1928 V.H. Rutgers - Beginselen van Huwelijkswetgeving
1929 J.J. de Waal Malefijt - De Overheid en de particuliere eigendom
1930 J.W. Noteboom - Overheid en Godslastering
1931 L.W.G. Scholten - Overheid en consciëntiebezwaren
1932 H. Colijn - Hoofdlijnen onzer koloniale politiek
1933 J.A. de Wilde - Annexatie van gemeenten
1934 J. Donner - Rechtsbescherming tegen de Overheid
1935 J.A.H.J.S. Bruins Slot - Staat en Partijwezen
1936 H. van Haeringen - De ontwikkeling van het privaatrecht in onze eeuw
1937 L.W.G. Scholten - Het beginsel der vrijheidsrechten
1938 E.J. Beumer - Strafrechtsvragen
1939 A. Hoekema - Maatschappijorganen met verordenende bevoegdheid
1940 J. Verdam - Het echtscheidingsvraagstuk
1941 V.H. Rutgers - Toetsingsrecht?
1941 G.H.A. Grosheide - De opleiding van den jurist
1942 T. de Jong Tzn. Misbruik van Recht
1943¹⁴⁶ V.H. Rutgers - Nulla poena sine lege
1944¹⁴⁷ Joh.H. Scheurer - Geleide economie
1945 *In dit jaar is niet vergaderd*
1946 A.M. Donner - Enkele opmerkingen over den Christelijke Staat
1947 G.J. Lammers - De Rijkconstitutie
1948 J. van Aartsen - Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie
1949 A.W. Kamminga - Tucht recht
1950 J.A.H.J.S. Bruins Slot - Een Europese Federatie
1951 P. Borst - Medezeggenschap der arbeiders in de onderneming m.b.t. economische aangelegenheden
1952 D. Schut - Calvinistische beginselen en burgerlijk procesrecht
1953 S. Gerbrandy - Recht, Rede en Openbaring
1954 J. Verdam - Enkele opmerkingen nieuwe B.W.

144. Referaat gehouden tijdens de vergadering waarin in principe tot de oprichting van de Calvinistische Juristen vereniging werd besloten.

145. Referaat ontbreekt. Het archiefexemplaar is verdwenen tijdens de bezetting (1940-1945).

146. Zie noot 2.

147. Zie noot 2.

-
- 1955 A.M. Donner - Het achtste hoofdstuk der Grondwet
1956 W.P. Berghuis - Rechtstaat en Welvaartstaat
1957 J.J. de Jong - Partij en Staat
1958 Gerh. Verburg - Enige aspecten van het vraagstuk 'schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad'
1959 H.J. Zweers - Opmerkingen over verantwoordelijkheid naar christelijk beginsel in vermogensrechtelijke verhoudingen, speciaal in het huwelijk
1960 H. Bianchi - De strafrechter en de bescherming der samenleving
1961 A.M. Donner - De plaats der Staten-Generaal in het hedendaagse staatsrecht
1962 J. Donner - Plaats en taak van de Hoge Raad der Nederlanden
1963 Chr. Kooij - E.E.G.-Kartelrecht in ontwikkeling
1964 G.C. van Dam - Werknemer, ondernemer en rechtsvorm
1964 W.J.E. van den Bos - Medezeggenschap van de werknemers in de onderneming
1965 G.H.A. Schut - Productenaansprakelijkheid
1966 P. Achterhof - Recht en Belang in de Ruimtelijke Ordening
1967 H.J. Hommes - De betekenis van de Algemene Rechtsbeginselen voor de Rechtspraak
1968 P.H. Kooijmans - Op het grensgebied van internationaal en nationaal recht. De verjaring van internationale misdrijven
1969 G. Kuypers - De verhouding van regering, Staten-Generaal en kiezer
1970 J. de Ruiters - Oude en nieuwe taken van de burgerlijke rechter
1971 T.P. van der Kooy - Economische macht en verantwoordelijkheid
1972 G.E. de Jongste - Ruimtelijke ordening en het landelijk gebied
1973 P. Borst, A. Schenkeveld - Vijftig jaren Calvinistische Juristen Vereniging
1973 J.P. Verheul - Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht
1974 J.F. Rang - Gezondheidsrecht in ontwikkeling
1975 J.H. Grosheide - Wat draagt de gezagsdrager?
1975 N.W. de Smit - Het dilemma van de 'witte macht'
1975 A.J. Hoekema - Openbaar bestuur en burger, voor zover zij elkaar uitsluitende tegendelen zijn geworden
1976 L. Oranje - De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid
1977 J.E. Doek, G.E. Mulder - Kinderstrafrecht. Enige beschouwingen over de grondslagen en de toekomst van een strafrecht van bijzondere aard
1978 H. Nijenhuis - Erfrecht in het gezin
1979 J. van Baars - Kan ons recht ons milieu aan?
1980 *In dit jaar is niet vergaderd*
1981 P.L. Dijk - Identiteit en rechtspersoon
1982 F.W. Grosheide - Eigendom in de overgang?
1983 W.J. van Bennekom - Vreemdelingenbeleid en het concept van de rechtstaat
1984 J.W. Fokkens, G.E. Mulder - Tussen crime control en due process of law. Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte
1985 A.K. Koekkoek - De onderlinge verhouding van grondrechten

- 1985¹⁴⁸ J. de Graaf, W.C.M. Klijn, C. van der Meer, Ch.J. Enschedé, T.M. Schalken - Euthanasie: recht, ethiek en medische praktijk
- 1986 E.C.M. Jurgens, N. van Lingen - Omroepsrecht en auteursrecht. Nieuwe ontwikkelingen in informatie- en communicatierecht
- 1987 H.J. de Ru - Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publieksrecht
- 1988 J.A. Winter - Doordringend recht. De invloed van het Gemeenschapsrecht op de nationale rechtsorde
- 1989¹⁴⁹ J.S. Reinders, W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, J.E. Doek - Kunstmatige voortplanting
- 1989 J. Remmelink - Luther en het strafrecht
- 1990 J.J. Oostenbrink - Verschuivende grenzen en omstreden grenscorrecties
- 1991¹⁵⁰ B.P. Vermeulen, T.E. Rosier, A. Mathijssen - De Algemene Wet Gelijke Behandeling
- 1991 T.J. van der Ploeg - Recht in het maatschappelijk middenveld
- 1992¹⁵¹ P.W.C. Akkermans, A. Postma - 'Stellingen debat over de vrijheid van onderwijs'
- 1993 H.W.K. Kaspersen - De computer als rechter(s)hand
- 1994 J.W. Fokkens - Tussen due process of law en crime control
- 1995 J.P. Balkenende - Verantwoordelijkheid en recht
- 1996 J.W. Sap - Protestantisme en democratie in Massachusetts, 1630-1780
- 1997¹⁵² J.P.H. Donner - Grenzeloos recht. De veranderende plaats en functie van het recht
- 1998 P. de Haan - Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-privatrecht
- 1999 E.M.H. Hirsch Ballin - Netwerken van rechtsontwikkeling Utrecht:
- 2000 A. Soeteman - De droom van recht. Zijn rechten nog van deze eeuw?
- 2001 A.K. Koekkoek - Rechter en bestuur in constitutioneel perspectief
- 2002 B.P. Vermeulen, H. Battjes, T.P. Spijkerboer - Naar een Europees asielrecht
- 2003 H.J. Kluiver - Corporate Governance en bestuur van privaatrechtelijke organisaties: principes en praktijk
- 2004 A.H.M. Dölle, J.W. Sap - Directe democratie
- 2005 D.W.J.M. Pessers - Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht
- 2006 N.J. Schrijver - Na ons de zondvloed?
- 2007 B.C. Labuschagne - Recht en religie
- 2008 R.P.J.L. Tjittes - Islamitisch financieren in Nederland
- 2009 N. Rozemond - Begrensd vertrouwen. Mensenrechtenbescherming bij uitlevering en overlevering
- 2010 A. Soeteman - Weten we wel wat recht is?
- 2011 W.A. Zondag - Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers

148. In samenwerking met de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap.

149. Zie noot 5.

150. Zie noot 5.

151. Dit debat is niet gepubliceerd.

152. Referaat gehouden tijdens de vergadering waarin de naam van de vereniging werd gewijzigd in Christen Juristen Vereniging.

