

ANNOTATIES

Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar cuius regio, illius religio?

Filip Dorssemont

1 Inleiding

Op 14 maart 2017 beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie of kortweg het Hof) twee prejudiciële vragen die waren overgemaakt door respectievelijk het Franse en het Belgische Hof van Cassatie.¹ Beide arresten verdienen het predicaat ‘mijlpaalarresten’, omdat het Hof van Justitie voor de eerste keer geadieerd werd om uitspraak te doen over de reikwijdte van het discriminatieverbod op basis van ‘godsdienst of overtuiging’ in de zin van Kaderrichtlijn 2000/78. Die thematiek wordt in beide arresten geïllustreerd door de wederwaardigheden waartoe een hoofddoek aanleiding gaf. In de prejudiciële vraag in de Belgische zaak staat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie centraal. In de prejudiciële vraag in de Franse zaak vraagt het Franse Hof van Cassatie meer duidelijkheid omtrent het begrip van de ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ die directe discriminatie rechtvaardigen. Het Hof van Justitie heeft evenwel niet nagelaten om van deze gelegenheid gebruik te maken om diverse aspecten van het leerstuk van de discriminatie op basis van ‘godsdienst of overtuiging’ te verduidelijken. De verwijzende rechters werden niet met een kluitje in het riet gestuurd en kregen zelfs antwoorden op vragen die ze niet wilden of durfden stellen.

De prejudiciële procedures werden door een Grote Kamer behandeld die op identieke wijze was samengesteld. In beide zaken werd dezelfde rapporteur aangeduid. Het arrest in de Franse zaak verwijst naar het arrest in de Belgische zaak. Veel inhoudelijke verschillen *tussen* beide arresten zal men niet kunnen vinden.

Niettegenstaande voor elke zaak een andere advocaat-generaal (A-G) werd aangeduid en de vragen in beide procedures verschillend waren, beperkten mevrouw Kokott en mevrouw Sharpston zich niet tot de analyse van de aan hen voorgelegde vragen. Aangezien mevrouw Sharpston reeds kennis had van de door haar collega Kokott uitgebrachte conclusie, kon zij op impliciete wijze reageren op de door haar voorgangster ontwikkelde standpunten. Een Franse commentator gewaagde van togadraagsters die elkaar verscheurden.² De conclusie van mevrouw Sharpston leest alleszins als een opmerkelijke *disputatio*.

1 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA, hier verder genoemd Micropole) en Hof van Justitie 14 maart 2017, C-157/15 (Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV, hier verder genoemd G4S Secure Solutions).

2 N. Moizard, Les toges européennes se déchirent sur le voile; RTDE 2016, p. 569-570.

Het verdient aanbeveling om beide arresten op een geïntegreerde wijze te analyseren. Een separate analyse van beide zaken miskent immers dat in beide arresten en in beide conclusies elementen te vinden zijn die een antwoord bieden op de totaliteit van de voorgelegde vragen. Doorheen beide procedures valt ook een brok dialectiek te ontwaren. Die komt vooral tot uiting in de vergelijking van de conclusies van de advocaten-generaal.

Na een geïntegreerde en vergelijkende behandeling van beide feitencomplexen, de voorgelegde vragen, de conclusies en de arresten worden enkele minzame kritische kanttekeningen geplaatst bij de knelpunten van dit discriminatieverbod op basis van godsdienst of overtuiging. De geest van een annotatie getrouw, beperk ik mij tot die knelpunten die het Hof van Justitie meende te moeten ontwarren. Die knelpunten raken het abc van dit leerstuk. Ze worden in een logische volgorde belicht. Eerst wordt de in het geding zijnde discriminatiegrond toegelicht (godsdienst of overtuiging). De notie directe discriminatie wordt belicht, alsook de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten die directe discriminatie kunnen rechtvaardigen. Vervolgens wordt dieper ingegaan op het voeren van een neutraliteitsbeleid dat door het Hof gebillijkt wordt als een rechtvaardiging van indirecte discriminatie. Het Hof fundeert dit neutraliteitsbeleid op de vrijheid van ondernemerschap. Dit fundament wordt kritisch geanalyseerd. In het arrest in de Belgische zaak worden in verband met die neutraliteit de uitdrukkingen interne regelgeving en beleid afgewisseld. Betoogd wordt dat dit ongelukkig is. In de context van een analyse van de proportionaliteit van dit neutraliteitsbeleid breekt het Hof een lans voor een plicht tot het aanbrengen van redelijke aanpassingen. Deze interessante innovatie wordt belicht. Het discriminatieverbod op basis van godsdienst of overtuiging vertoont een mensenrechtelijke dimensie die de rechtsorde van de Europese Unie overstijgt. Vanuit een zorg voor intertekstualiteit en vanuit een noodzaak tot meer dialoog tussen Europese en internationale rechters worden beide arresten geconfronteerd met de wijze waarop in Straatsburg (Europees Hof voor de Rechten van de Mens) en Genève (het ILO Committee for the application of conventions and recommendations) naar dit soort problemen wordt gekeken. Tot slot worden beide arresten geëvalueerd.

2 Feiten

In de Franse en de Belgische zaken staan werknemers centraal die werken voor een private onderneming die diensten verzekert ten behoeve van bepaalde klanten. In beide gevallen veronderstelt dit dat zij de onderneming van die klanten bezoeken. Zo werkt mevrouw Achbita voor de Belgische onderneming G4S Secure Solutions, die bij klanten receptie- of onthaaldiensten verzekert. Mevrouw Bougnaoui werkt voor de Franse onderneming Micropole. Deze onderneming is gespecialiseerd in advies, engineering en gespecialiseerde opleidingen op het gebied van de ontwikkeling en integratie van business intelligence-oplossingen. Mevrouw Bougnaoui voert haar taken overwegend uit in de onderneming Micropole en bezoekt slechts uitzonderlijk de klanten van de onderneming. In de onderneming Micropole draagt zij een hoofddoek. Haar werkgever heeft daar geen enkel pro-

bleem mee. Volgens de werkgever bestond er wel een afspraak dat zij de hoofddoek diende af te leggen bij contacten met hun klanten. Het is voor het Hof van Justitie evenwel onduidelijk of de afspraak die de werkgever inroept, kadert in een interne regel die uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen verbodt.

Tijdens het sollicitatiegesprek zou de werkgever haar gevraagd hebben om rekening te houden met de gevoeligheden van het cliënteel en desgevraagd de hoofddoek af te leggen. Wanneer de werkgever een kleine tien maanden later klachten ontvangt van een cliënt die meldt dat zijn werknemers zich stoorden aan de hoofddoek van Bougnaoui, instrueert hij haar om blootshoofds in die firma te werken. De werkneemster wordt voor een gesprek uitgenodigd in het kader van een ontslagprocedure naar Frans recht. Het probleem wordt aangekaart, maar de posities van de beide partijen zijn onwrikbaar. Mevrouw Bougnaoui wordt ontslagen zonder opzegtermijn.

In de Belgische zaak werd nooit een hoofddoek gedragen. De problemen ontstaan wanneer mevrouw Achbita na drie jaar aankondigt dat zij graag een hoofddoek zou dragen tijdens het verrichten van haar arbeidstaken. Wanneer de werkgever dit uitdrukkelijk weigert, meldt zij zich ziek. Het is onduidelijk of in de onderneming een ongeschreven regel bestond die het dragen van een hoofddoek verbodt. De werkgever stelt dat het dragen van een hoofddoek (bij de cliënten) indruist tegen de door onderneming nagestreefde neutraliteit. De werkgever stelt aan de ondernemingsraad voor om het arbeidsreglement te wijzigen. De volgende regel wordt ingevoegd: 'de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortvloeit te manifesteren'. Niettegenstaande het nieuwe arbeidsreglement pas in werking trad op 13 juni 2006, wordt mevrouw Achbita reeds ontslagen op 12 juni 2006. De werkgever betaalt in tegenstelling tot Micropole wél een opzegvergoeding van drie maanden.

In beide zaken stappen de werkneemsters naar de rechter om de rechtmatigheid van het ontslag te betwisten. Maatgevend is de overweging dat het ontslag een discriminatoir karakter zou hebben en gestoeld was op de wil van de betrokkenen om hun religieuze overtuiging uit te drukken via het dragen van een hoofddoek. In de Franse zaak wordt bovendien de regelmatigheid van het ontslag betwist. Mevrouw Bougnaoui eist naast een vergoeding wegens onrechtmatig ontslag ook een opzegvergoeding. De Franse rechters kennen die laatste vergoeding toe. Indien beide werkneemsters in beide zaken het procederen ruim acht jaar vol houden tot aan het Hof van Cassatie, houdt dit verband met de tussenkomst van het Centrum voor Gelijkheid van kansen en racismebestrijding én met de tussenkomst van de *Association de défense des droits de l'homme*.

3 Prejudiciële vragen

Niettegenstaande dat de inzet van beide procedures identiek is, stellen beide Hoven van Cassatie andere vragen.

Het Franse Hof van Cassatie focust op de begripsinhoud van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Het legt de volgende vraag voor aan het Hof van Justitie:

‘Moet artikel 4, lid 1, van richtlijn 2000/78 aldus worden uitgelegd dat de wens van een klant van een ICT-adviesbureau om de ICT-diensten van dat bureau niet langer te laten verrichten door een werknemer – een projectingenieur – die een islamitische hoofddoek draagt, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd?’

Het Hof van Justitie heeft die vraag op mijns inziens significante wijze geherformuleerd door te overwegen:

‘Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 4, lid 1, van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat de wil van een werkgever om rekening te houden met de wensen van een klant om diensten van de werkgever niet langer te laten verrichten door een werknemer die een islamitische hoofddoek draagt, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste in de zin van deze bepaling vormt.’

De *Chambre sociale* van het Franse Hof van Cassatie heeft in zijn verzoekschrift zelf gewezen op de parallel met de zaak Feryn.³ In het feitencomplex van deze laatste zaak duikt een werkgever op die zich verschuilt achter de xenofobe gevoelens van zijn cliënten. De zaakvoerder van de Firma Feryn NV, een bedrijf dat gespecialiseerd is in de verkoop en de installatie van kantel- en sectionale poorten, had in publieke verklaringen gesteld dat hij geen werknemers met een allochtone achtergrond in dienst kon nemen, omdat zijn klanten er niet van hielden dat die poorten door dergelijke werknemers zouden worden geïnstalleerd. Het Arbeidshof van Brussel wilde toen onder meer vernemen of dergelijke verklaringen als een vorm van *directe* discriminatie konden worden beschouwd. Het Hof van Justitie beantwoordde die vraag toen volmondig bevestigend. Formeel werd door het Hof toen niet aangegeven of de wil van Feryn om met de vermeende gevoeligheden van zijn cliënten rekening te houden een rechtvaardiging kon inhouden van die directe discriminatie. De A-G Maduro gaf toen in zijn conclusie overigens wel aan dat dit argument ‘wholly irrelevant’ was. In niet mis te verstane bewoordingen stelde hij dat markten niet zelfregulerend waren: ‘*markets will not cure discrimination*’. Sharpston wees in haar conclusie in de Franse zaak eveneens op het verderfelijke karakter van dit argument (*pernicious nature*).

Door de vraag op deze wijze te formuleren plaatst het Franse Hof van Cassatie de casuspositie in tegenstelling tot het Belgische Hof van Cassatie impliciet maar zeker in de sleutel van de *directe* discriminatie. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten vormen immers de enige rechtvaardigingsgrond die directe discrimina-

3 Cour de Cassation française (Chambre sociale) 9 april 2015, 13/19.855; HvJ EU 10 juli 2008, C-54/07 (Feryn).

Filip Dorssemont

tie kan wettigen. De rechtvaardigingsgronden voor directe discriminatie vormen een gesloten systeem.

In de Belgische zaak werd een andere vraag voorgelegd. Het Arbeidshof van Antwerpen had voorafgaand aan de voorziening in cassatie gesteld dat er géén sprake kon zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel. De litigieuze interne regel maakte geen enkel onderscheid tussen werknemers dat zou zijn gebaseerd op deze of gene overtuiging. Het Arbeidshof oordeelde dat de Belgische antidiscriminatiewet niet werd geschonden. Het ontslag vormde evenmin een vorm van rechtsmisbruik. De vaststelling dat de Belgische rechtspraak blijk gaf van grote verdeeldheid volstond om te besluiten dat het ontslag niet kennelijk onredelijk kon zijn. Die benadering smeekte bijna tot het stellen van een prejudiciële vraag om aan de rechtsonzekerheid een einde te stellen. Het Hof van Cassatie gaf daar aan gehoor. Het legde de volgende vraag voor:

‘Dient artikel 2.2.a) van richtlijn [2000/78] zo te worden uitgelegd dat het verbod als moslima een hoofddoek te dragen op de werkvloer geen rechtstreekse discriminatie oplevert wanneer de bij de werkgever bestaande regel aan alle werknemers verbiedt om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen?’

Het Hof van Justitie heeft deze vraag als volgt begrepen:

‘Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het verbod om een islamitische hoofddoek te dragen, dat voortvloeit uit een interne regel van een particuliere onderneming die voorziet in een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk, door die richtlijn verboden directe discriminatie vormt.’

Het Belgische Hof van Cassatie wenste niet te vernemen of deze vorm van directe discriminatie al dan niet kon worden gerechtvaardigd. Evenmin werd een vraag gesteld over het al dan niet indirect discriminatoire karakter van deze interne regel.

4 De conclusies van de advocaten-generaal

Kokott

Mevrouw Kokott legde als eerste haar conclusies (15 mei 2016) neer in de Belgische zaak. De A-G gaf aan dat de interne regel, gelet op zijn algemene karakter, géén directe discriminatie vormde. Dit oordeel zou slechts anders uitvallen indien de formulering van die regel zou zijn gebaseerd op ‘stereotypen en vooroordelen’. Zij beperkte zich niet tot de vraag of de interne regel in G4S Secure Solutions al dan niet een vorm van directe discriminatie vormde. Ze onderzocht eveneens of er sprake kon zijn van indirecte discriminatie en onder welke voorwaarden een vorm van indirecte discriminatie kon worden gerechtvaardigd. De A-G stelde dat

het voeren van een neutraliteitspolitiek een legitieme doestelling betrof. Ze gaf ook een rits criteria aan om de abstracte proportionaliteitstoets te concretiseren. Zij suggereerde in dit verband dat de verwijzende rechter de volgende elementen in overweging diende te nemen:

- ‘de grootte van het religieuze teken en de mate waarin het opvalt;
- de aard van de activiteiten van de betrokken werkneemster;
- de context waarin zij deze activiteiten dient uit te voeren;
- de nationale identiteit van de betrokken lidstaat.’

Sharpston

Mevrouw Sharpston diende haar conclusie in op 13 juli 2016, ongeveer anderhalve maand later. Niettegenstaande het Franse Hof van Cassatie slechts een duiding vroeg van de in artikel 4 omschreven wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, maakt de A-G van meet af aan duidelijk dat zij eveneens de betekenis van de noties directe en indirecte discriminatie in haar conclusies zou verwerken. Sterker, het finaal door Sharpston gegeven antwoord lijkt eerder dienstig te zijn voor de Belgische zaak. De woorden ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ duiken er zelfs niet meer uitdrukkelijk in op:

- ‘1) Een regel in het bedrijfsreglement van een onderneming waarbij het werknemers wordt verboden religieuze tekens en kledij te dragen tijdens contact met klanten van het bedrijf, brengt directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging mee, waarop noch artikel 4, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep noch enige andere in die richtlijn vervatte afwijking van het verbod van directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging van toepassing is. Dat is a fortiori het geval wanneer de betrokken regel alleen voor de islamitische hoofddoek geldt.
- 2) Wanneer er sprake is van indirecte discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, moet artikel 2, lid 2, onder b), i), van richtlijn 2000/78 aldus worden uitgelegd dat wordt erkend dat de belangen van het bedrijf van de werkgever een legitiem doel in de zin van die bepaling vormen. Een dergelijke discriminatie is echter alleen gerechtvaardigd indien zij evenredig is aan dat doel.’

Uit een vergelijkende analyse van de conclusies blijkt dat Kokott en Sharpston het op alle wezenlijke onderdelen van het leerstuk fundamenteel oneens met elkaar zijn. Een enkele keer verwijst Sharpston uitdrukkelijk naar Kokott om te melden dat ze het eens is. Op de meeste andere vlakken is ze het oneens. Daarbij wordt zedig verzwegen dat haar collega er een *andere* mening op nahield.

Godsdienst of overtuiging

Beide A-G's geven pro forma blijk van een gelijkaardige benadering van het discriminatieverbod gebaseerd op godsdienst en overtuiging. Volgens hen betreft die discriminatiegrond zowel de religieuze overtuiging (*forum internum*) als de mani-

festatie van die overtuiging. Die consensus is evenwel oppervlakkig. Zo geeft Kokott te kennen dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de discriminatiegrond ‘religie’ en andere discriminatiegronden zoals het geslacht, de huidskleur, de leeftijd en de handicap. Daar waar deze laatste discriminatiegronden onafscheidelijk zouden zijn van de menselijke persoon, zouden werknemers volgens haar hun religieuze overtuigingen wel degelijk kunnen afleggen in de vestiaire van de onderneming.⁴

Het wekt weinig verwondering dat de religieuze expressievrijheid voor Kokott in het geheel niet zo zwaar weegt. De beperking die van de interne regel uitging, zou volgens haar de toets van de proportionaliteit vlot kunnen doorstaan, nu de werkgever hun religieuze overtuiging zelf ongemoeid laat bij de aanwerving en bij de behandeling van zijn werknemers.⁵ Mevrouw Sharpston zet zich in niet mis te verstane bewoordingen af tégen die opvatting.

Zij stelt:

‘Ik benadruk hier dat voor iemand die een belijdend aanhanger van een geloof is, de religieuze identiteit onlosmakelijk is verbonden met het wezen van die persoon. De vereisten van iemands geloof – de discipline en de regels die het oplegt over hoe iemand zijn leven dient te leiden – zijn geen aspecten die buiten het werk moeten worden toegepast (laten we zeggen ’s avonds en in de weekenden voor personen met een kantoorbaan) maar die beleefd terzijde kunnen worden geschoven tijdens de werktijd. (...) het zou volledig onjuist zijn te veronderstellen dat iemands geslacht en huidskleur door hem overal worden meedragen, maar om de een of andere reden zijn godsdienst niet.’⁶

Het sluiten van de arbeidsovereenkomst houdt voor Sharpston evenmin een impliciete afstand in van het recht die religieuze overtuiging te belijden. Zij stelt: ‘Wanneer de werkgever een arbeidsovereenkomst sluit met een werknemer, koopt hij niet diens ziel. Wel koopt hij diens tijd.’

Directe discriminatie

Uit de vergelijking van de antwoorden die beide A-G’s verschaffen, blijkt dat zij een diametraal verschillende visie hebben op de vraag of in het geval van een interne regel die neutraliteit oplegt al dan niet sprake is van directe discriminatie. Voor Sharpston is dit wel het geval, voor Kokott in beginsel niet. Niettegenstaande niets in de Kaderrichtlijn toelaat de relevantie van een concept zoals *directe* discriminatie uit te sluiten in geval van discriminatie op basis van religieuze overtuigingen, oordeelt zij dat dit concept ‘bij nadere beschouwing niet

4 Conclusie Kokott, nr. 116. Zij stelt letterlijk: ‘Een werknemer kan zijn geslacht, huidskleur, etnische afstamming, seksuele geaardheid, leeftijd of handicap niet als het ware aan de haak hangen zodra hij de lokalen van zijn werkgever betreedt, maar er kan van hem wel een zekere terughoudendheid worden verlangd ten aanzien van zijn godsdienstbeleving op het werk, of het nu gaat om religieuze praktijken, religieus geïnspireerde gedragingen of – zoals in casu – de kleding van die werknemer.’

5 Conclusie Kokott, nr. 114.

6 Conclusie Sharpston, nr. 118.

geschikt is om zich een correct denkbeeld te vormen van een verbod zoals hier in geding is'.⁷ De reden zou gelegen zijn in de omstandigheid dat hier géén sprake zou zijn van fysieke eigenschappen die onlosmakelijk verbonden zijn met de menselijke persoon.

Kokott meent dat de litigieuze regel geenszins een onderscheid maakte tussen werknemers. Zij stelt immers dat alle religies op voet van gelijkheid worden geplaatst. Wel moet Kokott erkennen dat een interne regel een onderscheid aanbrengt tussen werknemers die religieuze overtuigingen hebben en werknemers die niet de behoefte ervaren religieuze overtuigingen uit te drukken. Zij geeft evenwel aan niet in te zien waarom werknemers die dergelijke overtuigingen belijden *minder* gunstig zouden behandeld worden dan die laatste werknemers. Sharpston geeft haar lik op stuk. Zij merkt op:

‘Op die basis lijkt geen andere slotsom mogelijk dan dat Bougnaoui op grond van haar godsdienst minder gunstig werd behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie zou zijn behandeld. Een voor Micropole werkende projectingenieur die er niet voor zou hebben gekozen om zijn of haar godsdienstige overtuiging te uiten door het dragen van bijzondere kledij, zou niet zijn ontslagen.’⁸

Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

Op het vlak van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten tekenen zich ook twee opmerkelijke verschillen af. Voor Kokott dient deze rechtvaardigingsgrond niet uitdrukkelijk besloten te liggen in een door de lidstaten uitgevaardigd wettelijk kader.⁹ Zij stelt ‘Het is integendeel voldoende dat binnen een onderneming een bedrijfsreglement in die zin van kracht is.’¹⁰ Zij verwijst in dit verband naar het arrest Prigge, waarin sprake was van een collectieve arbeidsovereenkomst die een leeftijdsgrens vooropstelde voor piloten met het oog op de veiligheid van het luchtverkeer. Sharpston nuanceert dit in een voetnoot van haar conclusie door te wijzen op het feit dat die cao-bepaling gebaseerd was op § 14, lid 1, van het *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* (Wet inzake deeltijdarbeid en overeenkomsten voor bepaalde tijd). Het was derhalve een maatregel die tot de ‘nationale wettelijke bepalingen’ behoort.¹¹

Kokott bepleit in haar conclusie een zelfstandige benadering van de ‘natuur van de beroepsactiviteiten’ en de ‘context waarin deze worden uitgevoerd’.¹² Artikel 4 van de Kaderrichtlijn geeft aan dat de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten in dit licht moeten worden beschouwd.

Om die redenen zouden de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten niet enkel zien op de ‘de operationele activiteiten van een receptioniste in een onderneming of bij een overheidsinstantie, maar in het kader van de “context” waarin deze

7 Conclusie Kokott, nr. 46.

8 Conclusie Sharpston, nr. 88.

9 Conclusie Kokott, nr. 67.

10 Conclusies Kokott, nr. 67.

11 Conclusie Sharpstone, nr. 91 en voetnoot 82.

12 Zie conclusie Kokott, nr. 73 en 74.

[activiteiten] worden uitgevoerd'.¹³ Zij meent dat de ruimere omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen waarin deze prestaties worden verricht. Sharpston zet zich tegen die benadering duidelijk af. Zij overweegt integendeel 'dat zowel naar de activiteit als naar de context moet worden gekeken (en niet naar het ene of het andere aspect afzonderlijk) om te bepalen of een bijzonder kenmerk inderdaad werkelijk wezenlijk is'.¹⁴

Vrijheid van ondernemerschap

Deze opmerkelijke verschillen worden mogelijk verklaard door de zeer verschillende waarde die beide A-G's hechten aan de vrijheid van ondernemerschap. De vrijheid van het ondernemerschap vormt in zekere zin het *alfa en omega* van Kokotts conclusie.

Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van vrijheidsbeperkende of discriminatoire maatregelen houdt de A-G veel rekening met het kostenplaatje. Mogelijk minder vrijheidsbeperkende maatregelen worden om die reden *niet* eens meegewogen in de beoordeling als ze te duur uitvallen.

Als zo veel vrijheid van ondernemerschap niet genoeg is om een rechtvaardiging van een indirecte discriminatie te wettigen, dan doet artikel 2 § 5 van Richtlijn 2000/78 volgens haar wel de rest. Dat artikel bepaalt dat de richtlijn 'de nationale *wettelijke* bepalingen onverlet laat die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden'. Onder die rechten en vrijheden schaaft zij onder meer de vrijheid van ondernemen. Volgens Kokott zou de omzetting van dit artikel onder bepaalde voorwaarden een derogerende werking kunnen hebben.¹⁵ Het zou lidstaten toelaten om het discriminatieverbod minder onverkort toe te passen, of sterker nog: ervan af te wijken.

Ook breekt Kokott een lans voor een naar nationaal recht gedifferentieerde interpretatie van het discriminatieverbod op basis van religie. Een referentie naar het respect voor die identiteit dat de EU de lidstaten verschuldigd zou zijn (artikel 4 § 2 Verdrag betreffende de Europese Unie), geldt als grondslag.¹⁶ In zijn conclusie bij het arrest Feryn waarschuwde A-G Maduro nochtans voor het gevaar van concurrentievervalsing als discriminatierecht volgens een '*géométrie variable*' zou worden georganiseerd.

A-G Sharpston heeft wel oog voor de noden van het bedrijfsleven, maar herinnert er fijntjes aan dat de vrijheid van ondernemerschap functioneel ondergeschikt is aan het maatschappelijk welzijn.¹⁷ Het betreft géén absoluut beginsel. In tegenstelling tot Kokott wijst ze erop dat aan het bestrijden van discriminatie een kostenplaatje *mag* hangen. Directe discriminatie kan nooit worden gerechtvaardigd

13 Zie conclusie Kokott, nr. 74.

14 Zie conclusie Sharpston, nr. 98.

15 Zie conclusie Kokott, nr. 135.

16 Zie conclusie Kokott, nr. 125.

17 Zie conclusie Sharpston, nr. 100.

door een zorg om het financieel verlies van het bedrijfsleven te verminderen.¹⁸ Het kan een rol spelen bij het legitimeren van indirecte discriminatie, op voorwaarde dat het proportionaliteitsbeginsel wordt gerespecteerd. Het is niet de vrijheid van godsdienst, maar wel de vrijheid van ondernemerschap die met zin voor maat moet worden uitgeoefend.

In tegenstelling tot Kokott meent A-G Sharpston dat de discriminatieverboden evenmin tegen de vrijheid van ondernemerschap moeten worden afgewogen. Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78 levert volgens Sharpston in tegenstelling tot Kokott géén grond op om de regels inzake discriminatie af te wegen tegen de vrijheid van ondernemerschap.¹⁹ Achterliggend is de gedachte dat er in een democratische samenleving geen enkele noodzaak bestaat voor discriminatoire beperkingen van de vrijheid van godsdienst.²⁰ Maatgevend is allicht de diepe overtuiging van Sharpston dat de vrijheid van godsdienst en de Verlichting hand in hand gaan. Zij plaatst de beleving van deze vrijheid in het teken van een respect voor de autonomie.²¹

5 De oordelen van het Hof van Justitie

Het Hof heeft in de Franse zaak geoordeeld, dat:

‘de wil van een werkgever om rekening te houden met de wensen van een klant om de diensten van die werkgever niet langer te laten verrichten door een werkneemster die een islamitische hoofddoek draagt, niet kan worden beschouwd als een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste in de zin van Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG’.

Maatgevend voor die conclusie was de overweging van het Hof dat het begrip ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ verwijst naar een *objectief* vereiste dat is ingegeven door de aard van de betrokken beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd. Subjectieve overwegingen, zoals de wil van de werkgever om rekening te houden met de bijzondere wensen van de klant, kunnen daarentegen niet onder dat begrip vallen.

In de Belgische zaak komt de werkgever er veel beter van af. Het Hof oordeelt immers dat:

‘het verbod om een islamitische hoofddoek te dragen, dat voortvloeit uit een interne regel van een particuliere onderneming die voorziet in een verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk, geen directe discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging in de zin van Artikel 2, lid 2, onder a), vormt’.

18 Zie conclusie Sharpston, nr. 100.

19 Zie conclusie Sharpston, nr. 101.

20 Zie conclusie Sharpston, nr. 104.

21 Zie conclusie Sharpston, nr. 71.

Maatgevend was de overweging dat de litigieuze regel volgens het Hof alle werknemers van de onderneming op identieke wijze behandelde en dat er evenmin aanwijzingen waren dat de litigieuze regel op een andere wijze werd toegepast op de klaagster dan op haar collega's.

Het Hof had hier kunnen stoppen, maar het gaat verder. Het geeft immers nog duidelijke richtsnoeren aan de Belgische rechter om na te gaan of al dan niet sprake is van indirecte discriminatie en na te gaan onder welke voorwaarden deze in casu zou kunnen worden gerechtvaardigd. In dit verband overweegt het Hof:

‘Een dergelijke interne regel van een particuliere onderneming kan daarentegen wel indirecte discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78 vormen, indien vaststaat dat de daarin opgenomen ogenschijnlijk neutrale verplichting in feite tot gevolg heeft dat de personen die een bepaalde godsdienst aanhangen of een bepaalde overtuiging hebben bijzonder worden benadeeld, tenzij die verplichting objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, zoals het nastreven door de werkgever, in de relaties met zijn klanten, van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit, en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.’

Het Hof heeft consequent geweigerd om na te gaan of van dergelijke indirecte discriminatie sprake was, maar geeft enkele duidelijke richtsnoeren mee die de nationale rechter in dit concrete geval moeten helpen om die proportionaliteits-toets uit te voeren. Het Hof benadrukt immers dat het neutraliteitsbeleid in beginsel legitiem moet worden geacht in het licht van het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Het Hof verduidelijkt onder welke voorwaarden een dergelijke interne regel die indirect discriminatoir zou zijn, toch passend en noodzakelijk kan zijn om die doelstelling te bereiken. Het Hof oordeelt dat een dergelijke interne regel in beginsel passend kan worden geacht voor een neutraliteitsbeleid, maar dat de verwijzende rechter erover moet waken dat ‘dit neutraliteitsbeleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd’. De noodzakelijkheidstoets wordt, gelet op de specifieke casuspositie, concreter uitgewerkt. De verwijzende rechter moet volgens het Hof onderzoeken of de toepassingsfeer wel beperkt werd tot die werknemers die in contact staan met de klanten van de onderneming. Die beperking werd door het Hof reeds vooropgesteld bij het onderzoek van de legitieme doelstelling. Het Hof geeft ook aan dat de noodzakelijkheid in het gedrang komt indien het de werkgever mogelijk zou zijn aan de werkneemster een job aan te bieden die geen visueel contact inhield met de klanten. Die ‘mogelijkheid’ wordt verder toegelicht. De rechter mag rekening houden met de ‘beperkingen die inherent zijn aan de onderneming’ en stelt dat de onderneming geen ‘extra last moet dragen’.

6 Commentaar

6.1 Godsdienst, overtuiging en expressievrijheid

In de inleiding werd gesteld dat het Hof van Justitie in beide arresten voor de eerste keer geadieerd werd om uitspraak te doen over de reikwijdte van het discriminatieverbod op basis van 'godsdienst of overtuiging' in de zin van de Kaderrichtlijn 2000/78.

De uitdrukking 'religie of overtuiging' is uiteraard ongelukkig. Ze suggereert een tegenstelling die onbestaand is. De discriminatiegrond 'religie' beschermt uiteraard evengoed overtuigingen. Bij nader inzien blijkt die terminologie ontleend aan artikel 9 § 2 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM), dat het recht waarborgt 'to manifest one's religion or beliefs' (*la liberté de manifester sa religion ou ses convictions*). De Duitse taalversie van de Kaderrichtlijn lijkt mij de meest heldere. Zij geeft duidelijker de aard aan van de in het geding zijnde overtuigingen door te gewagen van 'Religion oder der Weltanschauung'. Het betreft in essentie religieuze én metafysische overtuigingen. De Kaderrichtlijn beschermt *a contrario* géén politieke of vakbondsovertuigingen.²²

De reikwijdte van het begrip 'religie' staat niet centraal in beide zaken. Relevanter was de vraag of de discriminatiegrond enkel een interne of intieme overtuiging dekt, dan wel eveneens de uitdrukking van die overtuiging. Het Hof van Justitie kiest er op mijns inziens gelukkige wijze voor de reikwijdte van 'godsdienst of overtuiging' te enten op de libellering van artikel 9 EVRM. Dit artikel erkent op absolute wijze de vrijheid van religie en op relatieve wijze de vrijheid om (religieuze) overtuigingen te uiten.

Onvermijdelijk rijst de vraag hoe die uiting zich tot een religie moet verhouden om als een uitdrukking van een religieuze overtuiging te kunnen gelden. In Eweida/VK gaf het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te kennen dat niet enkel vormen van aanbidding of verering (*worship*) of devotie (*devotion*) die deel uitmaken van een (collectieve) gangbare praxis als een dergelijke manifestatie gelden. Evenmin dient een uiting een obligaat karakter te hebben (*there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question*). Meer positief uitgedrukt, stelt het Hof dat er een 'sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief' moest bestaan.²³ Daardoor zet het Hof de deur open voor de erkenning van een meer

22 Deze uitspraak is uiteraard enigszins vermetel. Noch de Kaderrichtlijn, noch het Hof heeft de begrippen 'godsdienst' en 'overtuiging' gedefinieerd (zie L. Vickers, *Religious Freedom, religious Discrimination and the Workplace*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 138). In België oordeelde het Grondwettelijke Hof in twee opeenvolgende arresten dat de lijst met discriminatiegronden in de implementatiewetgeving moest worden aangevuld met respectievelijk politieke overtuigingen en 'syndicale' overtuigingen, teneinde een discriminatie onder slachtoffers van discriminatie te vermijden. Hieruit moet worden afgeleid dat die begrippen niet onder 'godsdienst' of 'overtuiging' kunnen worden gebracht. Zie Grondwettelijk Hof van België 6 oktober 2004, nr. 157/2004 en 2 april 2009, nr. nr. 64/2009.

23 Zie § 82 van het arrest Eweida and others/United Kingdom, 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, 15 januari 2013.

persoonlijke, zo men wil individuele, beleving van religieuze overtuigingen die los mag staan van collectieve rituelen.

De vraag of moslima's verplicht zijn een hoofddoek te dragen en of dergelijke verplichting al dan niet door de Koran wordt voorgeschreven, wordt daardoor niet relevant, alleszins niet doorslaggevend.

De door Straatsburg gehuldigde benadering is rekkelijk en leidt ertoe dat tal van uiterlijke kentekenen of handelingen als een uiting van de vrijheid van religie kunnen gelden. In het arrest in de Belgische zaak staan kentekenen centraal, maar ook handelingen kunnen als expressies gelden. In het arrest Eweida wordt zelfs een omissie (het niet uitvoeren van de arbeid) als een expressie gezien van een godsdienstige overtuiging. In de Nederlandse jurisprudentie werd ook het weigeren van het drukken van een hand als een expressie van een religieuze overtuiging erkend.²⁴ Het bereik van het discriminatieverbod wordt daardoor groter. Een zekere graad van individualisering lijkt me aangewezen in de context van een discriminatieverbod dat primair een individu én geenszins een religieuze gemeenschap beoogt te beschermen.

Bij dit alles past een kanttekening. Hoe meer handelingen onder de religieuze expressievrijheid vallen, hoe meer dergelijke handelingen mijns inziens in het vizier dreigen te komen van het beginsel van 'neutraliteit'. Voor zover bepaalde handelingen of kentekenen worden gediskwalificeerd tot louter culturele of etnische fenomenen, hoe meer zij ontsnappen aan de greep van de neutraliteitspolitiek. De toekomst zal uitwijzen of een dergelijke benadering voor de werknemer winst oplevert. Betoogd zou kunnen worden dat die werknemer zich kan beroepen op de meer generieke expressievrijheid in de zin van artikel 10 EVRM. Problematisch lijkt me dat de rechtsorde van de Europese Unie daaraan evenwel géén enkel discriminatieverbod koppelt.

6.2 Directe discriminatie

In de Belgische zaak die aanleiding gaf tot een arrest van het Hof van Justitie komt de vraag aan bod of een onderneming krachtens het arbeidsreglement paal en perk kan stellen aan de uitingen van religieuze of ideologische overtuigingen op de werkvloer. Concreter geformuleerd rijst de vraag of dergelijke praktijken directe dan wel indirecte discriminatie vormen. Het eerder gemelde standpunt van A-G Kokott (ergo: de ontkenning van de directe discriminatie) vond in een recent standaardwerk van een gezaghebbend auteur bijval.²⁵ Aangezien deze auteur nog géén kennis kon nemen van de conclusie van Sharpston en zij slechts het gezag inroept van A-G Kokott, lijkt er mij nog wel ruimte voor discussie te bestaan. Het is ook niet omdat Luxemburg zich nu heeft uitgesproken dat voor annotatoren een *Roma locuta, causa finita est* zou gelden.

24 Waarmee niet wordt beweerd dat het weigeren van een handdruk in de professionele sfeer op veel sympathie kan rekenen in de Nederlandse jurisprudentie. Zie hierover het omvattende referaat van L. Verburg, Grondrechten in het arbeidsrecht, in J. Gerards & C. Sieburgh, De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht, Deventer: Kluwer 2013, p. 96-98.

25 Vickers 2016, p. 140.

Het Hof van Justitie oordeelde in de Belgische zaak dat interne regels die alle levensbeschouwelijke tekens verbieden niet *direct* discriminatoir zouden zijn. Opdat sprake zou kunnen zijn van directe dan wel indirecte discriminatie, moet een comparator kunnen worden geïdentificeerd die door een litigieuze regel beter wordt behandeld of zou worden behandeld dan het slachtoffer van de discriminatie.²⁶ Eveneens is vereist dat dit verschil van behandeling is gebaseerd op een verboden discriminatiegrond. Wat dit laatste element betreft, kan het Hof van Justitie eigenlijk niets anders dan toegeven dat de discriminatiegrond religie in beide zaken wel degelijk in het geding is. Er wordt overigens niet zomaar een toevallig hoofddeksel of een abstract stukje textiel verboden. Het verbod viseert expliciet uiterlijke tekenen van een religieuze overtuiging. Het Hof slaagt er evenwel in om langs de hete brij van de directe discriminatie heen te wandelen door te beweren dat in wezen alle werknemers op gelijke wijze worden behandeld in het licht van de in de onderneming gehuldigde 'neutraliteit'. Er zou gewoon géén sprake zijn van een derde die beter of anders wordt behandeld dan mevrouw Achbita.

De indruk van het Hof dat iedereen gelijk wordt behandeld, lijkt me erg simplistisch. Men zou perfect kunnen stellen dat de regel een onderscheid maakt tussen mensen die religieuze, metafysische of politieke overtuigingen hebben én degenen die daarvan verstoken zijn. Men kan ook stellen dat de regel een onderscheid maakt tussen werknemers die de behoefte ervaren overtuigingen uit te drukken en degenen die deze behoefte niet ervaren. Zoals treffend door Sharpston is verwoord, worden werknemers die zich uitdrukken wel degelijk gediscrimineerd in verhouding tot diegenen die zich niet uitdrukken. Werknemers van de eerste categorie worden ontslagen, werknemers van de tweede categorie blijven op hun post. Hiermee wens ik geenszins te betogen dat werknemers die kiezen hun religieuze overtuigingen *niet* uit te drukken, geen bescherming verdienen. De vrijheid van expressie houdt ook een vrijheid in om zijn overtuigingen niet uit te drukken. Evenmin wens ik te betogen dat een agnostische of een atheïstische overtuiging geen bescherming behoeft. Het tegendeel is waar: ook die overtuigingen vallen onder de discriminatiegrond 'overtuiging' (in het Duits treffend weergegeven door *Weltanschauung*).

In dit licht beschouwd is er mijns inziens wel degelijk sprake van directe discriminatie. Het Nederlandse College voor de Mensenrechten verwoordde dit in oordeel 2015\145 klip en klaar: 'Het College is van oordeel dat verweerster hiermee jegens verzoekster direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing. (...) Echter, verweersters regel die voor het gehele personeel geldt leidt er juist toe dat sollicitanten die aan hun godsdienst uiting willen geven door het dragen van een bepaald kledingstuk om die reden al niet worden aangenomen. Hierdoor behandelt verweerster niet iedereen op gelijke wijze, zoals zij beoogt te doen'. Sharpston verwijst naar dit oordeel in haar conclusie, die sterk rechtsvergelijkend werd uitgewerkt.²⁷

Het (willen) zoeken en vinden van een comparator is uiteraard de lakmoesproef. In een oudere zaak diende het Hof van Justitie zich te buigen over het ontslag

26 Zie de definities van directe en indirecte discriminatie in artikel 2.2 Kaderrichtlijn 2000/78.

27 Zie voetnoot 34 van Sharpstons conclusie.

door een gemeente van een (transseksuele) administratieve kracht die een geslachtsoperatie onderging.²⁸ De persoon in kwestie riep een discriminatie in op basis van geslacht. De gemeente beweerde dat hier geenszins sprake van kon zijn, daar alle werknemers ongeacht hun geslacht (man of vrouw) in een dergelijke hypothese zouden zijn ontslagen. Het Hof volgde die redenering bewust niet. Het vergeleek niet de werknemers die een geslachtsoperatie ondergingen met elkaar, maar ging over tot een vergelijking van werknemers die een geslachtsoperatie ondergingen met diegenen die géén geslachtsoperatie ondergingen. Enkel de eersten werden ontslagen. Als het Hof van goede wil is, slaagt het er dus wel in een comparator te vinden.

Het Hof apprecieert ook het *algemene* karakter van de neutraliteitspolitiek, die zowel op filosofische als op politieke en religieuze overtuigingen betrekking kan hebben. Dit argument vind ik evenwel zeer problematisch.²⁹ Het is niet omdat een directe discriminatie op basis van een religieuze overtuiging geflankeerd wordt door een directe discriminatie op basis van politieke overtuiging en een directe discriminatie op basis van filosofische overtuiging dat alles koek en ei is.

6.3 *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

In de zaak Micropole staat de draagwijdte van de zogeheten wezenlijke beroepsvereisten centraal. Dergelijke beroepsvereisten legitimeren zowel directe als indirecte discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging. In geval van directe discriminatie betreft het de enige mogelijke rechtvaardiging. Die wezenlijke beroepsvereisten worden in artikel 4 van de Kaderrichtlijn omschreven als een kenmerk in verband met een van de verboden gronden. Een dergelijk kenmerk kan slechts wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd een dergelijke wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormen.

Deze rechtvaardiging kan slechts worden ingeroepen indien de lidstaten dit uitdrukkelijk voorzien. Bovendien vormt dit kenmerk slechts een rechtvaardiging voor discriminatie indien het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel.

Het Hof van Justitie werd slechts gevraagd of de wens van een cliënt om géén diensten te aanvaarden van een medewerker van de medecontractant die een islamitische hoofddoek droeg, als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kon worden gekwalificeerd. Het Hof werd niet gevraagd om na te gaan of de optie van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten naar Frans recht was gelicht en nog minder of een dergelijke vereiste aan een legitiem doel beantwoordde of evenredig was. Het Hof heeft die vraag geherformuleerd door de cursor te verplaatsen van de wens van de cliënt naar de wil van de werkgever. Volgens het Hof wilde de verwijzende rechter vragen of de wil van de werkgever om rekening te houden met die wens van de klant een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormde. Die parafrasering was eigenlijk een veeg teken aan de wand. Ze leidt ertoe dat van een objectieve rechtvaardiging die los zou staan van de wil van de werkgever nog

28 HvJ EU 30 april 1996, C-13/94 (P/S. en Cornwall).

29 Zie overweging 41 van het arrest G4S Secure Solutions.

nauwelijks sprake kon zijn. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn stelt die objectiviteit niet uitdrukkelijk voorop, in tegenstelling tot wat geldt voor een rechtvaardiging van een 'indirecte discriminatie'. Het Hof leidt die objectiviteit terecht af uit de omstandigheid dat de met de godsdienst en overtuiging verband houdende kenmerken slechts in het licht van de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd als wezenlijke en bepalende beroepsvereisten konden gelden. Nu hoeft het geen betoog dat de term 'context' voor een meer subjectieve interpretatie vatbaar is. Het woord context duikt evenwel niet op in alle taalversies. In de Franse taalversies wordt gewag gemaakt van de 'voorwaarden' (*conditions*) waaronder een activiteit wordt uitgeoefend. In de Duitse taalversies is sprake van *Bedingungen*. Die taalversies pleiten dan ook veel méér voor een koppeling van de context aan de aard van de activiteit.

Het Hof pleit overigens voor een restrictieve interpretatie van die wezenlijke vereisten in het licht van overweging 23 van de Kaderrichtlijn. In die overweging wordt beklemtoond dat die wezenlijke *en* bepalende beroepsvereisten slechts 'in een zeer beperkt aantal omstandigheden' een rechtvaardiging kunnen vormen voor discriminatie.

Die objectiverende benadering van het Hof verdient ongetwijfeld alle lof, maar staat in schril contrast met de uitermate subjectiverende benadering van de rechtvaardiging voor de indirecte discriminatie. Nochtans bepaalt de Kaderrichtlijn uitdrukkelijk dat een (indirect) discriminatoire bepaling, maatstaf of handelwijze *objectief* moet worden gerechtvaardigd. Zo immers de *wil* van een werkgever om rekening te houden met de gevoeligheden of de wensen van een cliënt een 'subjectief gegeven' vormt, geldt ook dat diezelfde *wil* van de werkgever een neutraliteitspolitiek te voeren mijns inziens subjectief is.

Het Hof gaat niet in op de (denkbare) vraag of de Franse overheid artikel 4 van de Kaderrichtlijn op richtlijnconforme wijze had omgezet. Het kwam bij het Hof van Cassatie niet op die vraag te stellen, en ook A-G Sharpston gaat niet in op die kwestie. De Franse omzetting van artikel 4 roept evenwel wel degelijk vragen op.

Zo bepaalt artikel 1133-1 van de *Code du travail* dat wezenlijke en bepalende beroepsvereisten inderdaad een rechtvaardiging kunnen vormen voor discriminatie. Dit begrip wordt evenwel niet gedefinieerd. Zogeheten rechtvaardigingen in functie van de aard van de activiteit duiken slechts op in artikel 1121-1 van de *Code du travail*, dat echter ziet op beperkingen van individuele en collectieve grondrechten. Er is dan ook sprake van een mijns inziens gebrekkige omzetting van artikel 4 van de Kaderrichtlijn, omdat de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten *geenszins* worden gedefinieerd. Men ziet niet goed in hoe men die lacune kan opvullen via een bepaling die zich buiten het discriminatierecht situeert.

Een richtlijnconforme interpretatie biedt mijns inziens evenmin soelaas. Er is immers geen verplichting voor lidstaten om in hun rechtsorde wezenlijke en bepalende beroepsvereisten uit te werken, zodat een richtlijnconforme interpretatie zich niet opdringt.

• Neutraliteit

Het Hof van Justitie kadert de in het Belgische arbeidsreglement opgenomen bepaling binnen het 'nastreven door de werkgever, in de relaties met zijn klanten,

van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit'.³⁰ De term 'neutraliteit' duikt niet op in de bepaling van dit arbeidsreglement, zodanig dat de vraag rijst wat het Hof daarmee precies heeft bedoeld. In de Kaderrichtlijn wordt evenmin gewag gemaakt van neutraliteit. Vast staat dat het Hof oordeelt dat de potentiële indirecte discriminatie die het gevolg is van de toepassing van dergelijke bepaling, aan een legitieme doelstelling beantwoordt.³¹

Volgens de bepaling in het arbeidsreglement was het aan 'de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortvloeit te manifesteren'.

Voor het Hof van Justitie houdt neutraliteit verband met 'de wil om in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijf te geven'. Het wilssubject wordt niet expliciet aangegeven, maar kan slechts de onderneming betreffen.

Het is immers primair de onderneming die relaties met klanten onderhoudt. Het Hof oordeelt dat die doelstelling oorbaar is. Daartoe worden twee argumenten ingeroepen. Het eerste argument betreft de vrijheid van ondernemerschap. Het Hof verduidelijkt evenwel dat dit argument veronderstelt dat de door die neutraliteitspolitiek getroffen werknemers slechts diegenen zijn die 'in contact treden met de klanten van de werkgever'.³²

Het tweede argument wordt ontleend aan het arrest Eweida/VK. In dit arrest duikt het begrip 'neutraliteit' niet op.³³ Wel heeft het Hof voor de Rechten van de Mens erkend dat 'the employer's wish to project a certain corporate image' legitiem was.

Hoe overtuigend zijn die argumenten?

Niet voor alle beoefenaars van het arbeidsrecht is de verwijzing naar de vrijheid van ondernemerschap een evidente aangelegenheid. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vormt een uitzondering. Deze uitzondering is niet geworteld in gemeenschappelijke grondwettelijke tradities. Wel duikt de vrijheid van ondernemerschap op in de Italiaanse grondwet als een antifascistische reactie op een bevoogding van het economische initiatief.³⁴ De vrijheid van ondernemerschap wordt evenmin genoemd in de internationale en Europese mensenrechten-instrumenten waaraan het Handvest zijn inspiratie ontleent. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt die vrijheid niet ingezet tegen de overheid als architect van economisch publiek recht, maar wel tegen het nationale, het Euro-

30 G4S Secure Solutions, § 39.

31 G4S Secure Solutions, § 38.

32 G4 S Secure Solutions § 38 (in de authentieke Nederlandse taalversie staat immers 'met name', wat op enigszins ongelukkige wijze werd vertaald als 'notamment'. 'Met name' wijst op een voorwaarde en is beperkend, terwijl 'notamment' eerder betekent 'inzonderheid' en geen exclusieve draagwijdte heeft.

33 G4S Secure Solutions, § 39.

34 Artikel 41 van de Italiaanse grondwet: 'L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.'

pese arbeidsrecht én derhalve tegen de werknemers.³⁵ Door deze intrusie van de vrijheid van ondernemerschap wordt de beoordeling van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie onvermijdelijk een zeer subjectieve aangelegenheid.

Uit de toelichting bij het Handvest blijkt dat de Conventie inspiratie putte uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het argument is behoorlijk auto-referentieel. Uit de wijze waarop artikel 16 werd geformuleerd, blijkt dat dit recht niet erg zwaar weegt. Het wordt slechts erkend voor zover het wordt uitgeoefend in overeenstemming met het recht van de Europese Unie en met de nationale wetgeving en praktijk. Daardoor vertoont dit grondrecht alle kenmerken van een beginsel in de zin van artikel 52 van het Handvest. De justitiabiliteit van beginselen is in essentie beperkt. Daarmee wordt overigens niet gesteld dat de grenzen van die justitiabiliteit in casu werden overschreden.

Het Hof geeft aan de vrijheid van ondernemerschap wel een draagwijdte die haaks staat op de formulering. Het oordeelt dat een met unanimiteit vastgestelde richtlijn *moet* worden geïnterpreteerd of toegepast in overeenstemming met de vrijheid van ondernemerschap. Het gebruikt de vrijheid van ondernemerschap om vormen van indirecte discriminatie te rechtvaardigen die zonder die referentie mijns inziens niet kunnen worden gerechtvaardigd.

Het Hof beperkt de toepassing van het neutraliteitsbegrip in de context van een arbeidsrechtelijke richtlijn tot werknemers die in contact staan met klanten. Daardoor wordt in wezen een ondernemingsbegrip gehuldigd dat verre van arbeidsrechtelijk is. Het is niet de onderneming als arbeidsgemeenschap die centraal staat. De onderneming wordt niet inwendig beschouwd, maar in haar relatie tot de buitenwereld. Die benadering spoort anderzijds wel met het fundament van die neutraliteit, *id est* de vrijheid van ondernemerschap. Evenwel blijft het onbegrijpelijk waarom neutraliteit zou moeten beperkt blijven tot louter externe relaties in de onderneming. Kunnen werknemers dan géén rechten ontleen aan het neutrale imago dat de onderneming zich *in foro externo* aanmeet? Of dient neutraliteit slechts de belangen van de werkgever? Voor zover een onderneming zich betekent tot de nieuwe religie van de neutraliteit, rijst de vraag of ook werknemers zich kunnen beroepen op die neutraliteit om zich tegen proselitisme te wapenen.

Het Hof maakt overigens op geen enkele wijze duidelijk waarom een dergelijk verbod *geschikt* zou zijn de goede toepassing van een beleid van neutraliteit te waarborgen. Die geschiktheid wordt botweg gepostuleerd.³⁶ Gaat iemand nu in alle ernst vermoeden dat mevrouw Achbita die een onthaal diende te verzorgen als receptioniste bij een cliënt enkel werknemers of klanten van die onderneming waar zij haar werkzaamheden verrichtte zou helpen die haar overtuigingen deelden? Kan er enige twijfel over bestaan dat een hoofddoek of een kruisje van een collega geenszins een daad van proselitisme is?

In het arrest Ebrahimian/France (26 november 2015) billijkte het Hof voor de Rechten van de Mens een hoofddoekenverbod in een openbaar ziekenhuis nog

35 Er kan verwezen worden naar het arrest Parkwood en naar het arrest Aget Iraklis.

36 G4S Secure Solutions, § 40.

door de overweging dat de dame in kwestie diende om te gaan met zwakke patiënten die zich snel geïntimideerd zouden voelen. Moeten we nu alle klanten van private ondernemingen met psychiatrische patiënten gelijk gaan stellen?

Het beginsel van *neutraliteit* mag mijns inziens niet worden verward met het beginsel van de *laïcité*. Het beginsel van de *laïcité* werd in de Franse grondwet verankerd. Frankrijk is een 'lekenstaat'. Artikel 1 luidt: 'La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.' Uit dit beginsel wordt een neutraliteitsplicht afgeleid voor personeel in overheidsdienst. Die plicht houdt wel degelijk in dat personeel in overheidsdienst geen uiterlijke tekenen van een godsdienstige overtuiging mag vertonen.³⁷ De *Chambre sociale* van het Franse Hof van Cassatie heeft in het arrest Baby Loup gesteld dat een private onderneming zich niet op dit beginsel van de *laïcité* kan beroepen.³⁸ Het beginsel van de *laïcité* vormt ook een fundament van een wet die de scheiding van kerk en staat organiseert.³⁹

Naar Belgisch recht bestaat er géén beginsel van *laïcité*. België staat in de grondwet slechts geboekstaafd als een federale staat en niet als een lekenstaat. In tegenstelling tot wat voor Frankrijk geldt, wordt een andere visie gehuldigd op de vrijheid van religie. De grondwettelijke vrijheid van religie gaat in tegenstelling tot Frankrijk niet gepaard met een wettelijke regeling waarin de scheiding tussen kerk en staat vooropstaat. In tegenstelling tot een vermogensrechtelijke scheiding geldt dat de Belgische staat erkende godsdiensten erkent en subsidieert.⁴⁰ Vanuit een dergelijke benadering is zelfs in de publieke sector een hoofddoekenverbod verre van evident. In een opmerkelijke beschikking van de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Brussel van 16 november 2015 werd op het onderscheid gewezen tussen een inclusieve en een exclusieve benadering van de neutraliteit in de openbare sector.

De inclusieve benadering beoogt slechts te waarborgen dat alle burgers als gebruikers van de openbare dienst op gelijke wijze worden behandeld. De exclusieve benadering beoogde de gebruiker van de openbare dienst te beschermen tegen de vrees (lees: fobie) van de burger op ongelijke wijze te worden behandeld wegens zijn godsdienstige overtuiging, ongeacht of die vrees gegrond is of niet.

De voorzitter van de Arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde dat van een dergelijke exclusieve vorm van neutraliteit (die sterk aansluit bij de Franse visie op de *laïcité*) naar Belgisch recht geen sprake was. Hij willigde het verzoek van een aan-

37 Ph. Auvergnon, L'expression des convictions religieuses au travail en France. Une distinction des espaces du permis et de l'interdit, *Revue de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale* 2016/2, p. 47-49.

38 Cour de Cassation française (Chambre sociale) 13 maart 2013, 11. 28. 845.

39 Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

40 Artikel 181 Belgische grondwet: § 1. De wedden en pensioenen van de bedienaren der erediensten komen ten laste van de Staat; de daartoe vereiste bedragen worden jaarlijks op de begroting uitgetrokken. § 2. De wedden en pensioenen van de afgevaardigden van de door de wet erkende organisaties die morele diensten verlenen op basis van een niet-confessionele levensbeschouwing, komen ten laste van de Staat; de daartoe vereiste bedragen worden jaarlijks op de begroting uitgetrokken.

tal werkneemsters in om de nietigheid te doen vaststellen van een bepaling in het arbeidsreglement die uiterlijke tekenen van een religieuze, politieke of filosofische voorkeur in hun kledij of in hun gedragingen verbood. De werkneemsters in kwestie hielden zich *pendente lite* keurig aan de regels, maar vorderen de nietigverklaring van deze bepaling wegens haar discriminatoire karakter. De voorzitter van de Arbeidsrechtbank willigde die eis in. Die beslissing lag in de lijn van zijn definitie van neutraliteit. Zoals de voorzitter fijntjes opmerkte, kon een gefedereerde entiteit zoals het Brusselse Gewest die als wetgever uitdrukkelijk het woord diversiteit in de mond neemt, als werkgever niet tegelijkertijd diezelfde diversiteit versluieren via dergelijke reglementen.

De referentie naar het arrest Eweida/VK heeft me verbaasd. Uit dit arrest blijkt integendeel dat aan het *corporate image* van een onderneming niet erg veel gewicht kan worden toegekend in een afweging met de vrijheid van godsdienst. Men ziet dan ook niet in waarom een zorg voor de neutraliteit als onderdeel van een *corporate image* een afdoende rechtvaardiging zou kunnen vormen voor een discriminatie op basis van godsdienst.⁴¹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eiste bovendien dat de werkgever kan bewijzen dat het dragen van religieuze symbolen een negatieve impact heeft op het imago van de onderneming.⁴² Men zou in de kritiek op de inconsistente toepassing van dit verbod door British Airways, dat geen problemen leek te hebben met ‘turbans’ en ‘hijabs’, wel een prefiguratie kunnen zien van de door het Hof van Justitie gestelde eis van coherentie en systematiciteit.

6.4 Interne regelgeving of beleid

In de prejudiciële vraag die door het Belgische Hof van Cassatie werd gesteld, wordt uitgegaan van het bestaan van een *interne* regel in een private onderneming die ‘voorziet in een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk’. Aan de orde was de vraag of die regel een vorm van directe discriminatie betrof.

Die vraag werd ontkennend beantwoord. Het Hof van Justitie sprak zich niet uit over de vraag of een dergelijke interne regel überhaupt bestond. In casu rijst evenwel de vraag of een dergelijke interne regel wel bestond. Op het ogenblik dat mevrouw Achbita werd ontslagen, was het arbeidsreglement aangepast. Problematisch lijkt me evenwel de vaststelling dat dit reglement nog niet in werking was getreden op het ogenblik van het ontslag. Naar Belgisch recht is het vaststellen van een arbeidsreglement géén prerogatief van het ondernemingshoofd. In die ondernemingen waar een ondernemingsraad werd ingesteld, is het vaststellen van een arbeidsreglement een prerogatief van de ondernemingsraad.⁴³ De ondernemingsraad wordt in België voorgezeten door het ondernemingshoofd. Het is een gemengd orgaan.

41 Zie Eweida/VK, nr. 94.

42 Zie Eweida/VK, nr. 94.

43 Artikel 11. Ingeval er een ondernemingsraad bestaat, stelt deze het reglement op en brengt de wijzigingen in een bestaand reglement aan.

Onvermijdelijk rijst de vraag of het Hof van Cassatie in weerwil van het antwoord van het Hof van Justitie niet zou kunnen vaststellen dat er om die reden geen interne regel bestond. Nu kan men uiteraard beweren dat in de onderneming een 'ongeschreven' interne regel bestond die slechts *post factum* door de ondernemingsraad werd geformaliseerd. Men kan, niet gespeend van enig cynisme, zelfs betogen dat uit de houding van mevrouw Achbita, die uitdrukkelijk verzocht om een hoofddoek te dragen, blijkt dat zij van het bestaan van die ongeschreven regel op de hoogte was. De Arbeidsreglementenwet geeft aan welke vermeldingen verplicht moeten worden opgenomen in dit instrument. Vestimentaire voorschriften worden niet genoemd in die catalogoog. Er wordt bepaald dat disciplinaire tekortkomingen die door geldboetes worden gesanctioneerd, in het reglement moeten zijn voorzien. De Arbeidsreglementenwet bevat evenwel geen verplichting om alle disciplinaire tekortkomingen op exhaustieve wijze op te nemen. Enkel de disciplinaire sancties moeten op exhaustieve wijze worden vermeld. Het gedrag van mevrouw Achbita maakte overigens niet het voorwerp uit van een disciplinaire procedure, maar van een ontslagprocedure. Uit het arrest van het Arbeidshof van Antwerpen blijkt evenmin dat het ontslag door de werkgever formeel werd gemotiveerd. Op het ogenblik van de feiten bestond er geen formele motiveringsplicht voor een werkgever die een arbeidsovereenkomst beëindigt.

Het Hof van Justitie boog zich in het kader van het onderzoek van de indirecte discriminatie wel over de vereiste dat een indirect discriminatoire bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het Hof van Justitie leidt uit die vereiste van geschiktheid enkele formele vereisten af. Zo stelt het Hof voorop dat 'het *beleid* daadwerkelijk *coherent* en *systematisch* wordt nagestreefd'.⁴⁴

Het Hof lijkt om die reden ruimte te bieden voor indirecte discriminaties die zowel gebaseerd zijn op 'interne regels' als op 'beleid'. Maatgevend is slechts dat sprake is van coherentie en systematiciteit. Ontbreekt die coherentie en die systematiciteit, dan rijzen gereede twijfels over de 'geschiktheid' van de indirecte discriminatie. Men zou eraan kunnen toevoegen dat een gebrek aan systematiciteit en coherentie vragen doet rijzen over de geloofwaardigheid van de ingeroepen doelstelling. De term 'geloofwaardigheid' duikt evenwel in dit arrest niet op. Het Straatsburgse Hof hecht wel waarde aan geloofwaardigheid voor werkgevers die de vrijheid van religie inroepen om perken te stellen aan de in het EVRM gewaarborgde grondrechten. In de Belgische casuspositie is het evenwel de werknemer en niet de werkgever die de vrijheid van religie inroept.

Het Hof lijkt geenszins de noodzaak van een *geschreven* regel voorop te stellen. Positief is dat een geschreven regel niet volstaat. Het Hof lijkt ook te kijken naar de daadwerkelijke toepassing en handhaving van die regel. Een geschreven regel – sterker: een regel – lijkt evenmin vereist, nu een beleid zou volstaan. Die terminologie spoort goed met de terminologie die de definitie van indirecte discriminatie kenmerkt. Die biedt ruimte voor indirecte discriminaties die niet per se een reglementair karakter hebben, zoals maatstaven of handelwijzen. Het hoeft ook geen

44 G4S Secure Solutions, nr. 40.

betoog dat zowel reglementen als beleid aan het discriminatieverbod moeten worden getoetst.

De vraag rijst evenwel of het aanvaardbaar kan worden geacht dat werkgevers werknemers op basis van *ongeschreven* regels mogen discrimineren. Inzake directe discriminatie stelt de Kaderrichtlijn uitdrukkelijk voorop dat enkel lidstaten kunnen bepalen dat wezenlijke en bepalende beroepsvereisten discriminatie kunnen rechtvaardigen. Men zou daaruit *a contrario* kunnen afleiden dat werkgevers gemachtigd zijn om indirecte discriminatie op andere manieren te rechtvaardigen.

Mijns inziens pleit een aantal argumenten evenwel ten faveure van de stelling dat indirecte discriminaties slechts op basis van *geschreven* regels kunnen worden gerechtvaardigd. De discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging onderscheidt zich van sommige andere discriminaties door de onmiskenbare en onlosmakelijke band die zij vertoont met sommige vrijheden of grondrechten. Het lijkt me vrij plausibel dat een discriminatie die gebaseerd is op religie of overtuiging vaak een beperking vormt van de vrijheid van godsdienst. Daarmee wordt geenszins beweerd dat die beperkingen van de vrijheid van godsdienst nooit kunnen worden gelegitimeerd. De voorwaarden waaraan beperkingen van grondrechten moeten voldoen om oorbaar te zijn, zijn evenwel niet per se dezelfde als de voorwaarden waaraan oorbare (indirecte) discriminaties moeten voldoen. Voor indirecte discriminaties volstaat een proportionaliteitstoets, voor beperkingen van door het EVRM gewaarborgde grondrechten is daarenboven een legaliteitstoets vereist. Die beperkingen moeten rechtens zijn voorgeschreven. De grondrechtentoets valt daardoor strenger of rigoureuzer uit.

Voor directe discriminaties geldt in zekere zin het omgekeerde. De oorbaarheid van directe discriminatie wordt onderworpen aan een legaliteitstoets én een proportionaliteitstoets. Die proportionaliteitstoets valt evenwel veel strenger uit dan de door het EVRM gewaarborgde grondrechtentoets. Sharpston wees hierop uitdrukkelijk in haar conclusie.⁴⁵ Zo valt op dat directe discriminatie slechts door wezenlijke en bepalende beroepsvereisten kan worden beperkt, terwijl het EVRM ruimte biedt voor een ruimere legitimering. Dat de door het EVRM erkende legitieme doelstellingen ruimer uitvallen dan deze die werden voorzien in het geval van indirecte discriminatie, doet daaraan geen afbreuk.

Een argument dat pleit voor een meer intertekstuele interpretatie van het discriminatieverbod op basis van godsdienst of overtuiging, lijkt me de vaststelling dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie de vrijheid van godsdienst uitdrukkelijk erkent. Het Hof van Justitie geeft overigens uitdrukkelijk aan de relevantie te onderkennen van dit grondrecht voor de interpretatie van de Kaderrichtlijn, daar waar het de reikwijdte van het begrip 'godsdienst' onderzoekt. Het Hof aanvaardt eveneens dat artikel 9 EVRM voor de interpretatie van artikel 10 van het Handvest maatgevend is. Dit blijkt uit de toelichting bij artikel 10 van het Handvest waarnaar het Hof verwijst. Veel relevanter lijkt mij dat artikel 52 lid 3 van het Handvest uitdrukkelijk vooropstelt dat daar waar het Handvest grondrechten erkent die eveneens gewaarborgd worden door het EVRM, de

45 Zie conclusie Sharpston, § 61-67.

betekenis en de reikwijdte van die grondrechten identiek zijn aan de betekenis en de reikwijdte van de grondrechten in het EVRM. Voor een juist inzicht in de reikwijdte van de grondrechten is een interpretatie van de beperkingssystematiek minstens even belangrijk als de inhoudelijke begripsbepaling. Overigens stelt artikel 52 lid 1 van het Handvest uitdrukkelijk dat beperkingen van in het Handvest bepaalde grondrechten rechtens voorgeschreven moeten zijn (*prescribed by law*).

Het is dan ook onbegrijpelijk dat het Hof wel inspiratie put uit het Handvest en het EVRM om het begrip godsdienst te bepalen, en het EVRM links laat leggen voor de kwestie van de rechtvaardiging van discriminaties. Het Handvest is dan slechts een bron van inspiratie om de vrijheid van godsdienst te beperken. Het Hof put hierbij inspiratie uit de vrijheid van ondernemerschap. Het maakt evenwel abstractie van de horizontale regels in verband met beperkingen van grondrechten en met grondrechtenconflicten.

De dieperliggende ratio achter die vereiste is gelegen in de overweging dat grenzen aan door het EVRM gewaarborgde grondrechten voorzienbaar en kenbaar moeten zijn. De denkbare overweging dat mevrouw Achbita in casu op de hoogte was van het werkgeversbeleid, mag ons niet doen vergeten dat dit voor novieten niet het geval is. Zij hebben geen weet van beleid en ongeschreven regels. In België maakt het arbeidsreglement om die reden het voorwerp uit van publiciteit. Het wordt bij aanwerving aan de werknemer betekend en de werkgever moet op een plek die voor alle werknemers bereikbaar en zichtbaar is aankondigen waar de tekst van het arbeidsreglement kan worden geraadpleegd.

Er lijkt ons eveneens een rechtspolitiek argument te zijn om (interne) regelgeving te verkiezen boven beleid. Regelgeving op ondernemingsvlak wordt veel meer omkaderd dan beleid. Zo is de reglementaire macht op ondernemingsvlak in een aantal landen grotendeels onttrokken aan de werkgever. Het werd toevertrouwd aan de ondernemingsraad. In Frankrijk dient de werkgever de ondernemingsraad te raadplegen en worden ontwerpen van arbeidsreglementen onderworpen aan een preventieve legaliteitscontrole die door de Sociale Inspectie wordt uitgevoerd. Dergelijke grendels vallen weg in het geval van 'beleid'.

6.5 Redelijke aanpassingen en proportionaliteit

Het Hof van Justitie breekt in de Belgische zaak een lans voor de introductie van een recht op redelijke aanpassingen. In Richtlijn 2000/78/EG is dit recht op redelijke aanpassingen slechts uitdrukkelijk gewaarborgd ten behoeve van werknemers met een handicap. Een weigering om die redelijke aanpassingen te voorzien geldt dan als een niet te rechtvaardigen indirecte discriminatie.⁴⁶

In de Belgische zaak geeft het Hof een duidelijke instructie aan de werkgever om te onderzoeken of het ontslag niet had kunnen vermeden worden door de werknemers een functie aan te bieden die géén contact met het publiek inhield.⁴⁷ Men zou dan ook kunnen betogen dat de noodzakelijkheidstoets van de indirecte discriminatie als onderdeel van de proportionaliteitstoets een geclausuleerde plicht tot redelijke aanpassingen vergt. Aan deze *in se* geniale vondst die toelaat

⁴⁶ Zie immers artikel 2 lid 2 ii Kaderrichtlijn 2000/78.

⁴⁷ G4S Secure Solutions, § 43.

een vorm van redelijke aanpassingen te generaliseren, zitten mijns inziens nog wel wat haken en ogen.

Vooreerst lijkt er een wezenlijk verschil te bestaan tussen de in de Kaderrichtlijn expliciet voorziene plicht tot het doorvoeren van redelijke aanpassingen en het verweer van een werknemer dat gebaseerd is op de weigering van zijn werkgever hem een functie aan te bieden die géén visueel contact met het publiek met zich bracht. Die overweging staat niet los van het vereiste dat een rechtvaardiging voor een indirecte discriminatie een noodzakelijkheidstoets moet doorstaan. Het Hof had eerder benadrukt dat een neutraliteitspolitiek die werknemers raakte die niet in contact stonden met het publiek, in wezen disproportioneel was.⁴⁸ De uitdrukking ‘redelijke’ aanpassingen veronderstelt dat een werkgever zich wel degelijk bepaalde inspanningen moet getroosten om discriminatie op basis van handicap te vermijden. In *G4S Secure Solutions* stelt het Hof evenwel dat een werkgever *geen enkele last* dient te moeten ondergaan.⁴⁹ Er kunnen ook praktische problemen worden gemeld: kan men alle functies opdelen in functies die een contact met het publiek inhouden en deze die geen contact met het publiek inhouden? Zijn er steeds dergelijke functies voorhanden?⁵⁰

In het arrest *Eweida* had *British Airways* een dergelijke oplossing voorgesteld, maar kwam daarmee helemaal niet weg. Mevrouw *Eweida* had dit overigens geweigerd, niettegenstaande de verloning van de nieuwe taak géén financieel nadeel met zich bracht. De beperking van de vrijheid van religie doorstond de proportionaliteitstoets niet. Daar waar de idee van een redelijke aanpassing in geval van handicap en van een aanbod in een andere functie, uitgaat van een plicht van de werkgever, wordt in *Eweida* klaarblijkelijk uitgegaan van een geclausuleerd recht van de werknemer die aanpassingen te weigeren. Een werknemer hoeft niet (steeds) te aanvaarden dat de contractueel omschreven arbeidstaken eenzijdig worden gewijzigd. Anders gezegd, een werknemer mag (soms) dit aanbod weigeren, zonder dat zijn tewerkstelling in het gedrang komt.

Overigens rijst de vraag of een aanbod door de werkgever dat ertoe leidt dat een werknemer enigszins geïsoleerd wordt, wel door de beugel van de Kaderrichtlijn kan. De Kaderrichtlijn verbiedt immers de zogeheten ‘intimidatie’. Intimidatie wordt gedefinieerd als ‘ongewenst gedrag dat met een van de in artikel 1 genoemde gronden verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd’.

Uiteraard kan worden betoogd dat het bewijs van intimidatie geen eenvoudige zaak is. Evenwel veronderstelt intimidatie niet dat het bewijs wordt geleverd dat een bedoeling bestond om de waardigheid van een persoon aan te tasten. Bovendien lijkt het me in de rede liggen dat een slachtoffer van een intimidatie zich kan beroepen op de regels inzake de bewijslast. De omstandigheid dat de richtlijn niet verduidelijkt of intimidatie nu directe of indirecte discriminatie is, lijkt ons niet

48 *G4S Secure Solutions*, § 42.

49 *G4 S Secure Solutions*, § 43.

50 Zie de beschouwingen van J. Ringelheim: Une entreprise privée peut-elle interdire à ses salariés de porter le foulard au travail?, www.justice-en-ligne.be/.

relevant. De omkering van de bewijslast geldt in beide gevallen. Indien een praktijk discriminatoir is, moet ze wel direct of indirect discriminatoir zijn. *Tertium non datur*. De richtlijn verduidelijkt evenwel niet of het hier een directe dan wel indirecte discriminatie betreft.

Overigens zal de vraag rijzen of een eenzijdige functiewijziging naar Belgisch recht niet met een impliciet ontslag moet worden gelijkgesteld. Het isoleren van een werknemer kan in bepaalde omstandigheden als een vorm van intimidatie ((*harcèlement*)) worden beschouwd Welnu, de Kaderrichtlijn merkt intimidatie precies aan als een vorm van discriminatie.

6.6 Luxemburg, Straatsburg en Genève

De vraag of de door het Hof van Justitie gevolgde benadering conform is met de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd door het EVRM, kwam hiervoor reeds zijdelings aan bod. Het komt me voor dat het overdreven belang dat het Hof hecht aan de vrijheid van ondernemerschap als fundering voor de neutraliteitspolitiek moeilijk spoort met de relativering van het belang van het *corporate image* waarvan het arrest Eweida duidelijk blijkt geeft. Voorts lijkt me de ruimte die het Hof van Justitie bood voor op louter beleid gestoelde indirecte discriminatie in strijd met de vereiste van *prescribed by law*.

Iets minder bekend is de IAO Conventie nr. 111 (Convention (nr. 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958). De Conventie maakt geen expliciet onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie.

Deze IAO Conventie verbiedt discriminatie gebaseerd op godsdienst. Dit verbod is niet absoluut. Zo bepaalt artikel 2 dat 'any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the *inherent* requirements thereof shall not be deemed to be discrimination'. Het betreft hier geen formele rechtvaardiging van discriminatie, maar een diskwalificatie van een bepaalde praktijk of een manier om het begrip discriminatie af te lijnen. Het *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) heeft in de laatste General Survey (1996) verduidelijkt dat deze vereisten strikt moeten worden geïnterpreteerd en slechts betrekking mogen hebben op de door de werknemer effectief uitgeoefende taken. Zij mogen niet worden ontleend aan (vermeende) vereisten voor de werkzaamheid in de bedrijfssector. Deze Conventie bevat eveneens een andere bepaling die maatregelen die bepaalde individuen raken, diskwalificeren als discriminatoir.⁵¹ Deze maatregelen beogen de veiligheid van de staat te waarborgen. Ze zijn niet relevant. *Last but not least*, laat de Conventie ruimte voor bijzondere maatregelen die bescherming of bijstand beogen. Deze worden niet als discriminatoir aangemerkt. Deze maatregelen⁵² kunnen het best geduid worden als maatregelen die positieve actie beogen ten faveure van minderheidsgroepen of als

51 Any measures affecting an individual who is justifiably suspected of, or engaged in, activities prejudicial to the security of the State shall not be deemed to be discrimination, provided that the individual concerned shall have the right to appeal to a competent body established in accordance with national practice.

52 Special measures of protection or assistance provided for in other Conventions or Recommendations adopted by the International Labour Conference shall not be deemed to be discrimination.

maatregelen die specifiek betrekking hebben op de situatie van de zwangere vrouw.

Uit de General Survey (1996) blijkt dat het Committee zich wel degelijk bewust is van de *contraintes* die kunnen uitgaan van vestimentaire codes voor de vrijheid van religie. Het CEACR oordeelt evenwel dat het recht van de werknemer om zijn godsdienst of overtuiging te beleven slechts kan worden afgewogen tegenover de noodzaak 'to meet the requirements inherent in the job or operational requirements'. In de Franse taalversie staat een afweging centraal tegenover 'les exigences inhérentes à l'emploi ou selon les besoins de l'entreprise'. Uit de Engelse taalversies leid ik af dat die behoeften van de ondernemingen slechts door *operationele* noodwendigheden mogen worden verklaard. Van een subjectiverende benadering die ruimte biedt voor een neutraliteitspolitiek is dan géén sprake. Van een echte neutraliteitspolitiek is slechts sprake voor werknemers in de publieke sector. Van die werknemers wordt verwacht dat zij hun taken op een gewetensvolle wijze uitoefenen en het vertrouwen van het publiek niet beschamen. Niets in deze passage laat toe om staten ruimte te bieden voor een neutraliteitspolitiek die eerder exclusief dan inclusief zou zijn.⁵³

7 Evaluatie

Op het allereerste gezicht lijkt het Hof van Justitie een wat gematigde koers te varen in beide arresten. De Franse werkgever krijgt lik op stuk, de Belgische werkgever lijkt de dans te kunnen ontspringen. Het Hof machtigt de werkgevers om een reglementair kader dan wel een beleid uit te werken om recht te doen aan 'neutraliteit', maar stelt ook grenzen aan die beleidsvrijheid. Het Hof wekt zelfs de indruk niet geheel doof te zijn voor wat het EVRM en zelfs het Straatsburgse Hof te melden heeft. Het lijkt er op dat de kerk netjes in het midden wordt gehouden. In een delicate kwestie lijkt het Hof *prima facie* een gulden middenweg te hebben gevonden. Daar waar de ouden de gulden middenweg de *aurea mediocritas* noemden, komen beide arresten mij bij nader inzien uiterst middelmatig over. Die middelmatigheid houdt verband met een aantal technische kritieken die in deze bijdrage werden ontwikkeld. De kritiek treft vooral de uitspraak in de Belgische zaak. Er werden vraagtekens geplaatst bij de ontkenning dat sprake zou zijn geweest van directe discriminatie. Die ontkenning staat haaks op de overweging dat de discriminatiegrond ook de expressie insluit. De subjectiviteit die uit de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten wordt gebannen, wordt via de grote deur binnengehaald door de zeer subjectieve invulling van het neutraliteitsbeleid. De fundering van dit beleid op de vrijheid van ondernemerschap overtuigt niet. De gedachte dat grondrechten van de burgers via ongeschreven regels, slechter

53 61 The legislation in certain countries states that public servants shall exercise their functions faithfully or that they may be dismissed if they do not faithfully fulfil their obligations or lose the trust necessary for their position. In general, the concept of loyalty is interpreted in practice as requiring public officials in service to conscientiously fulfil their obligations and observe the neutrality of the public service and, outside their employment, to exercise the discretion that is required by their position when expressing their political opinions.

‘beleid’, kunnen worden beperkt, is beklemmend. De halfslachtige en *in se* vernieuwende verwijzing naar redelijke aanpassingen valt uiterst zuinig uit. Deze benadering lijkt me op gespannen voet te staan met de wijze waarop de vrijheid van religie in klassieke mensenrechtenverdragen wordt benaderd (Raad van Europa en IAO).

Er is evenwel meer. In tijden van groeiende islamofobie en xenofobie getuigen beide arresten naar mijn mening geenszins van *moral leadership*. Het Hof van Justitie lijkt mijns inziens de moed te hebben gemist om de progressieve koers te handhaven die uitgerekend zijn *corpus* van discriminatierecht zo kenmerkt.

Het Hof heeft op dit terrein in het verleden niet zozeer aansluiting gezocht bij de gangbare opvattingen of enig *Gesundes Volksempfinden*, maar zelf de bakens uitgezet en verzet. In een aantal zaken met een hoge aaibaarheidsfactor heeft het Hof het aangedurfd discriminatierichtlijnen progressief te interpreteren ten faveure van zwangere moeders, moeders met zwaar gehandicapte kinderen en werknemers die een geslachtscorrectie ondergingen. In tijden van islamofobie en xenofobie lijkt het wel of het Hof de moed en ambitie mist om het niveau van een handelsrechtbank te overstijgen en zich te ontpoppen tot een mensenrechtencollege. Daar zou overigens niets wereldvreemds aan zijn.

Het Hof geeft in beide arresten blijk van een soort freudiaanse sublimatie. Het heeft weinig sympathie voor werkgevers die zich openlijk beroepen op de (xeno-en islamo)fobieën van hun cliënten. De houding van zulke werkgevers getuigt van een zekere lafheid. In de zaak Micropole was zelfs sprake van lafheid in het kwadraat. De onderneming die beroep deed op de diensten van Micropole verschool zich achter de fobieën van zijn werknemers. Angst is een slechte raadsman, inzonderheid op het domein van het discriminatierecht. Het discriminatierecht heeft ook een pedagogische functie. Het dient fobieën te overstijgen. In de Belgische zaak heeft het Hof echter een koninklijke weg uitgestippeld om deze fobieën te sublimeren via een recht van ondernemingen om een zogeheten politiek van neutraliteit te voeren. Het is niet omdat een dergelijke politiek op een systematische en coherente wijze wordt gevoerd dat dit weinig verheven gevoel van sublimatie wordt weggenomen.

Het voeren van een politiek van neutraliteit was voorheen primair het prerogatief van een overheid die een bepaalde visie huldigde op de scheiding tussen kerk en staat. Het lijkt er wel op of ondernemingen bekleed worden met een ‘pouvoir régaliens’. Niet de klant, maar de onderneming is koning. In feite vindt een inversie plaats van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Uit het arrest Baby Loup leerden we nu net dat private ondernemers zich niet konden beroepen op neutraliteit of *laïcité*, maar wel op wezenlijke en bepalende beroepsvereisten om grenzen te stellen aan religieuze expressievrijheid.

Een gevolg van deze rechtspraak lijkt wel te zijn dat de religieuze expressievrijheid finaal zal afhangen van het arbitraire oordeel van een ondernemingshoofd. De religieuze vrijheid van expressie houdt daarmee op een kwestie te zijn van de individuele autonomie van de burger-werknemer, het wordt een kwestie die afhangt van de autonomie van een werkgever die zich kan en mag beroepen op zijn vrijheid van ondernemerschap. Deze benadering vertoont een onverkwikkelijke analogie met de zeer schoorvoetende en embryonale erkenning van de vrijheid van

religie in het Vredesverdrag van Augsburg (1555). In dit verdrag erkende de in onze gewesten welbekende Karel V het beginsel *Cuius regio, illius religio*. Het was voortaan niet aan de keizer, maar aan de wereldlijke autoriteiten van de entiteiten die het Heilig Roomse Rijk der Duitse Natie uitmaakten, om de obligate christelijke denominatie (katholiek of lutheraans) te bepalen voor hun rechtssubjecten. Een dergelijke benadering miskent in wezen dat een volwassen vrijheid van religie géén prerogatief is van de leider, maar van het individu of de burger. Het beschermt die burger tegen die leiders. Het zijn de leiders en niet de rechtssubjecten die neutraal dienen te zijn.

De door het Hof gevolgde benadering staat haaks op de structuur en de geest van het Verdrag betreffende de werking van de Europese unie (VWEU). Waar vrijheid van ondernemerschap gewis enige waarde toekomt in het kader van bepaalde beleidsterreinen van de Europese Unie (derde deel: Het beleid en intern optreden van de unie), inclusief het terrein van de interne markt en à la limite van de sociale politiek, wordt het beginsel van non-discriminatie in het tweede deel van het VWEU uitgewerkt (tweede deel: Non-discriminatie en burgerschap van de unie). In burgerschapsdossiers is vrijheid van ondernemerschap naar mijn gevoel een vreemde eend in de bijt, tenzij men oordeelt dat marktdenken alle sferen en dimensies van het maatschappelijk leven moet koloniseren. Ik dacht evenwel dat totalitaire utopieën uit de mode waren.

Waar vrijheid van ondernemerschap historisch wordt gekaderd in de verticale relatie tussen de ondernemingen en de overheid, wordt dit beginsel door toedoen van het Hof meer en meer horizontaal gemobiliseerd tegen het arbeidsrecht en tegen de werknemers. Het arrest G4S Secure Solutions radicaliseert deze demarche door de vrijheid van ondernemerschap tegen het burgerschap van de Europese Unie in te zetten.

Er kan betoogd worden dat die reglementaire macht van het ondernemingshoofd in een aantal lidstaten werd getemperd en werd ingeweven in vormen van sociaal overleg, maar het unierecht noch het Hof van Justitie garandeert dit.⁵⁴ Een vorm van sociaal overleg lijkt mij meer kansen te bieden op een eerbaar compromis tussen de in het geding zijnde belangen dan een van dialectiek gespeende eenzijdige reglementaire beslissing.⁵⁵ Inspraak van werknemers in het Unierecht blijft helaas beperkt tot louter sociaaleconomische aangelegenheden die in geval van herstructurering acuut worden, en tot gezondheids- en veiligheidsaangelegenheden. Die inspraak gaat nooit verder dan informatie en raadpleging. Daar waar het

54 In een aantal landen: in dit verband kan melding worden gemaakt van België, Frankrijk en Nederland. Of een reglement dat via vestimentaire codes en neutraliteitspolitiek onderworpen is aan de instemming van de Nederlandse ondernemingsraad, lijkt me overigens erg twijfelachtig. Deze hypothese duikt niet expliciet op in artikel 27 WOR, en de in dit artikel genoemde voorbeelden kunnen niet of nauwelijks met dergelijke neutraliteitspolitiek in verband worden gebracht.

55 In die zin C. Radé, *Laïcité dans l'entreprise: mieux vaut prévenir que sévir*, Lexbase La lettre juridique 2017/692; de auteur meent dat het vaststellen van een *règlement intérieur* na raadpleging door de ondernemingsraad onvoldoende garanties biedt op 'consensusfähigkeit'. Hij tekent ook een voorbehoud aan bij de praktijk van reglementen die bij wijze van een referendum worden aangenomen, omdat de redactie vaneen dergelijk ontwerp eenzijdig blijft. De auteur bepleit om die reden voor een ondernemings-cao.

recht van sommige lidstaten een instemmingsrecht voorschrijft van werknemerszijde bij de totstandkoming van reglementen, mag het arrest van het Hof van Justitie niet worden geïnterpreteerd als een vrijgeleide om die consensuele procedure te ontwijken.

Het hoeft geen betoog dat mijn pleidooi voor individuele autonomie tot verwarring en onbegrip aanleiding kan geven. Er zijn voor mij wel degelijk grenzen aan de religieuze expressievrijheid op de werkplek. Die grenzen zijn evenwel objectief. Ze worden geboden door de *contraintes* die inherent zijn aan de uitvoering van de contractueel geboden arbeidstaken. Een en ander is een kwestie van goede trouw. Werknemers die een arbeidsovereenkomst sluiten, moeten hun arbeidstaken loyaal uitvoeren op een wijze die voor een onderneming productief is. In de Franse en de Belgische zaak kan er evenwel geen twijfel bestaan dat beide werkneemster daartoe bereid waren. Er waren géén veiligheidsoverwegingen of hygiënische overwegingen die zich verzetten tegen het dragen van hun hoofddoek. Zij weigerden geenszins om gewetensbezwaren een deel van hun contractueel bedongen arbeid uit te voeren. Geen van de scenario's die in het arrest Eweida/VK aan bod kwamen en waarin het Hof voor de Rechten van de Mens een beperking van de vrijheid van expressie toelaatbaar en proportioneel achtte, was voorhanden.

Een elementair respect voor de vrijheid van godsdienst van collega's impliceert mijns inziens dat de werkplaats niet de ruimte is voor proselitisme. Werknemers worden niet ingehuurd om aan proselitisme te doen, maar om hun arbeidstaken uit te voeren. Zoals Sharpston betoogde is het dragen van een hoofddoek géén daad van proselitisme.⁵⁶ Indien het dragen van een kruis waarop een halfnaakte jongeman in een lendendoekje wordt afgebeeld volgens het Hof voor de Rechten van de Mens al geen ostentatoir karakter heeft en een passief symbool is, valt overigens niet in te zien waarom een stukje textiel dat in een traditie wortelt waarin afbeeldingen van mensen taboe zijn, dat wel zouden zijn

Last but not least mag worden gewaarschuwd voor het gevaar van een *spill over* effect van het beginsel van neutraliteit. Indien men het beginsel van neutraliteit erkent, zal men er zorg voor moeten dragen dat alle overtuigingen (lees: de expressie van die overtuigingen) worden gebannen. Anders oordelen zal mogelijk leiden tot de vaststelling dat de neutraliteitspolitiek niet systematisch of coherent wordt gevoerd en structureel selectief en discriminatoir is. Voor de vakverenigingsvrijheid die niet door de Kaderrichtlijn wordt geregeld, zou dit tot de absurde conclusie leiden dat werknemers nog wel sympathieën voor de vakbond mogen koesteren en een lidmaatschapsbijdrage betalen, maar dat elke vorm van vakbondsactie verboden kan worden. Waar stopt die neutraliteit? Moeten werknemers van vlees en bloed in de toekomst zich ook gaan voordoen als niet-georiënteerde geslachtsloze engelen?

In wezen kampt het arrest in de Belgische zaak met een interne contradictie. Het gaat niet op om enerzijds te beweren dat het discriminatieverbod zowel het forum internum als het forum externum betreft, om het dan toelaatbaar te achten dat dit forum externum in naam van de vrijheid van ondernemerschap moet worden gedelokaliseerd buiten de poorten van de onderneming. En ten slotte mag herin-

56 Zie conclusie Sharpston, § 73.

nerd worden aan de draagwijdte van artikel 2 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze horizontale bepaling stelt dat de 'beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen'. Een afweging die er in essentie toe leidt dat werknemers die eenmaal de poort van de onderneming betreden, hun religieuze overtuigingen nog slechts *in pectore* mogen koesteren, en wie de belangrijkste en enige relevante component van de vrijheid van religie tot niets reduceert, tast die wezenlijke inhoud aan. Men ziet daarentegen helemaal niet in hoe de vrijheid van ondernemerschap in zijn essentie zou worden aangetast wanneer men werknemers zou toelaten een hoofddoekje te dragen dat op generlei wijze de uitvoering van de contractueel bedongen arbeid verhindert.