

# Discriminatie, indirecte discriminatie of geen discriminatie?

## De geforceerde discriminatierechtspraak van het Hof van Justitie van de EU in godsdienstzaken

*Sophie van Bijsterveld*

Sinds enkele jaren ontwikkelt zich een steeds stelliger rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over een zeer specifieke dimensie van gelijke behandeling, namelijk gelijke behandeling naar godsdienst op de private werkvloer. De complexiteit en het technische karakter van deze jurisprudentie kunnen makkelijk het zicht ontnemen op het feit dat daarachter een principiële strijd gaande is. Die strijd betreft het model van neutraliteit ten aanzien van godsdienst of levensovertuiging in de lidstaten van de EU en de mate waarin de besluitvorming daarover op het niveau van de EU gecentraliseerd wordt. De uitspraak van het Hof van Justitie van de EU van oktober 2022 laat er geen misverstand over bestaan dat het Hof vasthoudt aan de eerder ingezette koers op dit terrein. Die koers bevordert een model van religieuze en levensbeschouwelijke neutraliteit waarover in de lidstaten van de EU geenszins overeenstemming bestaat. Het Hof belegt bovendien de competentie om hierover te oordelen in vergaande mate bij zichzelf. Dit is temeer saillant omdat de Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep niet alleen betrekking heeft op privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen, maar ook op die binnen de overheid. De rechtspraak van het Hof op dit terrein houdt een meta-sturing in van de plaats van religie in het nationale publieke domein van de lidstaten. Naar de geest verdraagt deze rechtspraak zich slecht met de ruimte die lidstaten mede op grond van artikel 17 van het WVEU<sup>1</sup> toekomt. Het feit dat de interpretatie die het Hof van de Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep volgt op hoog juridisch niveau fundamenteel betwist wordt, doet ook de vraag rijzen in hoeverre het Hof van Justitie hiermee recht doet aan de implementatie van ‘het’ beginsel van non-discriminatie dat geacht wordt integraal deel van het Unierecht uit te maken. Daarbij komt dat het ook de vraag is of de uniformerende tendens op dit terrein proportioneel is in relatie tot het beginsel van vrij personenverkeer waarop de Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep blijkens de preambule mede gebaseerd is.

- 1 Art. 17 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) luidt: ‘1. De Unie eerbiedigt de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben, en doet daaraan geen afbreuk. 2. De Unie eerbiedigt tevens de status die de levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties volgens het nationaal recht hebben. 3. De Unie voert een open, transparante en regelmatige dialoog met die kerken en organisaties, onder erkenning van hun identiteit en hun specifieke bijdrage.’

Sophie van Bijsterveld

Wanneer het een werknemer verboden wordt een religieus teken te dragen op het werk bij een particuliere werkgever, is er dan sprake van discriminatie op grond van godsdienst? Het antwoord op deze vraag loopt sterk uiteen, niet alleen in de wetenschappelijke literatuur, maar ook tussen nationale rechters, tussen de advocaten-generaal (A-G's) bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook het Hof of het Hof van Justitie)<sup>2</sup> onderling en tussen A-G's bij het Hof enerzijds en het Hof van Justitie anderzijds. Ook bij modaliteiten en nuancerings van deze vraag is er alles behalve consensus over antwoorden op deze vraag. Wanneer wij enige afstand nemen van de details is dat ook niet vreemd: het gaat over kwesties die de Europese samenlevingen bezighouden, namelijk de manier van omgang met pluralisme op religieus en levensbeschouwelijk vlak en welk model van neutraliteit ten aanzien van godsdienst en levensovertuiging de staat zou moeten hantieren.

Deze bijdrage analyseert de uitspraken van het Hof van Justitie op dit terrein, mede in het licht van de oordelen en prejudiciële vragen van de betrokken nationale rechters en de conclusies van de A-G's, en voorziet deze vervolgens van een kritische evaluatie. Het doel is niet het bekritisieren of juist bepleiten van een bepaalde interpretatie van de Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep ten opzichte van een andere, maar in het tonen van de sterke mate van uiteenlopen van de interpretaties en een kritische duiding daarvan in het licht van de competentieverdeling tussen de lidstaten en de EU.<sup>3</sup> Voor een goed begrip van het wettelijk kader dat het Hof van Justitie hanteert, begint deze bijdrage met een schets van de structuur en de meest relevante bepalingen van de toepasselijke Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep.<sup>4</sup>

## De Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep

De Richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: de Richtlijn), die in 2000 werd vastgesteld en betrekking heeft op zowel de publieke als de private sector, verbiedt in arbeid of beroep discriminatie op een aantal gronden, waaronder godsdienst of overtuiging. Directe discriminatie is categorisch verboden, al kent de Richtlijn daarop enkele uitzonderingen. Indirecte discriminatie is verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Het verschil in rechtsregimes dat voor directe en indirecte discriminatie bestaat, maakt het van belang om te bepalen of er in een bepaald geval sprake is van directe discriminatie

- 2 De advocaat-generaal ondersteunt het Hof door het geven van een onafhankelijk, onpartijdig en met redenen omkleed rechtsoordeel over de zaak, dat uitmond in een advies (een 'conclusie') aan het Hof over het te geven oordeel.
- 3 Aan kritisch commentaar van derden op de inhoud van de uitspraken wordt daarom geen aandacht besteed. Overigens valt uit de dialoog tussen nationale rechters, A-G's en het Hof kritiek te lezen. Zie voor een breder overzicht van recente zaken A. Pin & J. Witte, 'Meet the New Boss of Religious Freedom: The New Cases in the Court of Justice of the European Union', *Texas International Law Review* 2020, p. 223-268.
- 4 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, p. 16) (hierna: de Richtlijn).

of van indirecte discriminatie. Daarbij speelt natuurlijk altijd de vraag of er überhaupt sprake is van discriminatie.

Artikel 1 van de Richtlijn omschrijft het doel ervan als volgt:

‘Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.’

Artikel 2 bepaalt:

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.
2. Voor de toepassing van lid 1 is er:
  - a “directe discriminatie”, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;
  - b “indirecte discriminatie”, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt:
    - i tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn; (...).’

Artikel 4 bevat een uitzonderingsmogelijkheid op directe discriminatie voor wezenlijke beroepsvereisten:

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

Voor de ruimte die de Richtlijn aan lidstaten overlaat, is in het bijzonder artikel 8 van belang:

1. De lidstaten mogen bepalingen vaststellen of handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn dan die van deze richtlijn.

Sophie van Bijsterveld

2. De uitvoering van deze richtlijn vormt onder geen beding een reden voor de verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijn bestreken terreinen.'

Zoals de tekst van artikel 2 lid 2 onder a letterlijk stelt, is er sprake van discriminatie wanneer iemand op grond van godsdienst ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie: direct onderscheid en dus verboden. Een voorbeeld dat in de Nederlandse praktijk van het College voor de Rechten van de Mens (voorheen Commissie gelijke behandeling) te vinden is, is een ontslag of een afwijzing bij een sollicitatie van iemand omdat zij om redenen van haar islamitische geloofsovertuiging een hoofddoekje draagt.<sup>5</sup>

Een indirect onderscheid is een onderscheid dat niet op een van de genoemde gronden als zodanig gericht is, maar wel als neveneffect heeft dat iemand gelet op de in artikel 1 genoemde gronden onevenredig geraakt wordt. Een veelvoorkomend voorbeeld, ook weer uit de Nederlandse rechtspraktijk, is dat van een verbod tot het dragen van sieraden op het werk, waaronder die met een religieuze betekenis, om redenen van veiligheid of hygiëne.<sup>6</sup>

In het Nederlandse recht is niet relevant of een handeling of uiting 'verplicht gesteld' wordt door de aangehangen godsdienst in kwestie. Een onderzoek in die richting zou niet alleen een grote verscheidenheid van religieuze opvattingen daarover aan het licht brengen, maar ook van de rechter als rechter een amateurtheoloog respectievelijk godsdienstwetenschapper maken, een situatie die zich niet verdraagt met de afstand die een rechter op grond van godsdienstvrijheid juist heeft te betrachten.

Net als bij de Nederlandse Algemene wet gelijke behandeling het geval is, is de invalshoek van de Richtlijn die van gelijke behandeling, niet die van vrijheid. De afweging over de verhouding tussen gelijkheid en vrijheid – ook waar het om godsdienst gaat – is binnen de Richtlijn gemaakt en heeft uitdrukking gekregen in de tekst van de Richtlijn zoals die uiteindelijk is gaan luiden.

### **Directe discriminatie, indirecte discriminatie of geen discriminatie? Achbita, Bougnaoui en WABE**

In de toepassing van de Richtlijn is de meest belangrijke vraag of in een bepaald geval sprake is van directe discriminatie, indirecte discriminatie of dat discriminatie niet aan de orde is. Dat daarover principiële uiteenlopende gedachten kan worden, bleek al uit de eerste twee zaken, namelijk die van Achbita en Bougnaoui. Ook in de zaak WABE werd deze vraag opgeworpen.

5 Zie bijv. Oordeel 2004-80 van de (toenmalige) Commissie gelijke behandeling inzake het afwijzen van een stageplaats in een artspraktijk aan een stagiaire met hoofddoek, te vinden via [www.mensenrechten.nl/](http://www.mensenrechten.nl/).

6 Zie bijv. Oordeel 1996-85 van de (toenmalige) Commissie gelijke behandeling inzake het afwijzen van een sollicitante met hoofddoek voor de functie, te vinden via [www.mensenrechten.nl/](http://www.mensenrechten.nl/).

*De zaken Achbita en Bougnaoui*

Wanneer het een werknemer verboden wordt een religieus teken te dragen op het werk bij een particuliere werkgever, is er dan sprake van discriminatie op grond van godsdienst? Nee, aldus een Belgische rechter in een hogerberoepszaak. De zaak handelde over een moslima die volhardde in het dragen van een hoofddoekje tegen de aanvankelijk ongeschreven en later geschreven bedrijfsregel in. Kort gezegd verbood de bedrijfsregel het dragen van 'zichtbare tekenen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen' door werknemers (de zaak Achbita, ook wel de zaak G4S Secure Solutions NV).<sup>7</sup> Ontslag volgde.

In twee instanties verloor de moslima deze rechtszaak bij de Belgische arbeidsrechter. De Belgische rechter in hoger beroep achtte *geen* sprake van discriminatie omdat zij 'niet wegens haar islamitische geloofsovertuiging werd ontslagen, maar wegens haar volgehouden voornemen om tijdens de werkuren zichtbaar uiting te geven aan die geloofsovertuiging door het dragen van een islamitische hoofddoek' (r.o. 18 A-G).<sup>8</sup> De bedrijfsregel als zodanig achtte de Belgische rechter in hoger beroep evenmin een vorm van discriminatie omdat hij 'niet alleen betrekking had op het dragen van tekens van religieuze overtuigingen, maar ook op het dragen van tekens van filosofische overtuigingen' (r.o. 19 A-G).

Ook een Franse rechter achtte *geen* sprake van discriminatie op grond van godsdienst in een zaak waarin een moslima volhardde in haar wens een hoofddoekje te dragen (de zaak Bougnaoui, ook wel de zaak Micropole SA).<sup>9</sup> Het ging in deze zaak om een stagiaire en later werkneemster van het Franse ICT-bedrijf Micropole, die aanvankelijk een 'bandana' (een doek gebonden om het hoofd) droeg en vervolgens een hoofddoekje ging dragen. Het dragen van een hoofddoek was al ter sprake gekomen bij de eerste keer dat zij voor het bedrijf externe contacten met klanten had. Ook bij haar indiensttreding was haar meegedeeld dat zij in externe contacten niet altijd een hoofddoek kon dragen. Zij werd ontslagen nadat een klant geklaagd had over de hoofddoek en zij in een daaropvolgend gesprek met de werkgever verklaard had niet akkoord te gaan met het niet-dragen van een hoofddoek.

In twee instanties kreeg zij bij de Parijse arbeidsrechter ongelijk. De Franse hogerberoepsrechter oordeelde dat het ontslag 'niet het gevolg was van discriminatie op grond van de geloofsovertuiging van de werkneemster, aangezien het haar was toegestaan om daar binnen de onderneming uitdrukking aan te blijven geven, en dat het werd gerechtvaardigd door een rechtmatige beperking die voortvloeit uit de belangen van de onderneming, terwijl de uitoefening door de werkneemster van de vrijheid om blijk te geven van haar geloofsovertuiging verder reikte dan de onderneming zelf en zich opdrong aan de klanten ervan zonder dat rekening werd gehouden met hun gevoeligheden, hetgeen de rechten van een ander aantastte' (r.o. 16).<sup>10</sup>

7 HvJ EU (Grote Kamer) 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (Achbita/G4S Secure Solutions NV).

8 Conclusie A-G Kokott 31 mei 2016, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382 (Achbita/G4S Secure Solutions NV).

9 HvJ EU (Grote Kamer) 14 maart 2017, C-188/15 (Bougnaoui/Micropole SA).

10 Conclusie A-G Sharpston 13 juli 2016, C-188/15, ECLI:EU:C:2016:553 (Bougnaoui/Micropole SA).

Sophie van Bijsterveld

De Belgische Achbita-zaak werd voorgelegd aan het Hof van Cassatie, dat zich met prejudiciële vragen wendde tot het Hof van Justitie van de EU. In de Franse Bougnaoui-zaak wendde het Cour de Cassation zich tot datzelfde Hof met prejudiciële vragen.

Dat over het antwoord op de vraag of er sprake is van discriminatie in deze beide – onderling iets uiteenlopende zaken – zeer verschillend gedacht kan worden, formuleerde A-G Kokott in Achbita heel bondig:

‘G4S gaat ervan uit dat er helemaal geen sprake is van discriminatie. Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk nemen daarentegen aan dat zich een geval van indirecte discriminatie voordoet, terwijl volgens België en het Centrum vaststaat dat sprake is van directe discriminatie. De Commissie stelt zich in de onderhavige zaak C-157/15 op het standpunt dat indirecte discriminatie moet worden vastgesteld, en pleit er in de parallelle zaak C-188/15 voor om aan te nemen dat er sprake is van directe discriminatie. Ook de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties is in dergelijke gevallen niet uniform’ (r.o. 41).<sup>11</sup>

#### *De advocaten-generaal in Achbita en Bougnaoui*

Hoe adviseerde Kokott zelf het Hof in de zaak Achbita? Op grond van een wat merkwaardige redenering kwam zij tot de conclusie dat geen sprake was van directe discriminatie. Zij stelde dat het Hof weliswaar uitging van een ruim begrip van directe discriminatie, maar dat het in die gevallen ‘evenwel steeds [ging] om onveranderlijke lichamelijke kenmerken of persoonlijke eigenschappen van mensen – bijvoorbeeld het geslacht, de leeftijd of de seksuele geaardheid – en niet om gedragingen die op een subjectieve beslissing of overtuiging berusten, zoals in casu het al dan niet dragen van een hoofdbedekking’ (r.o. 45). De A-G achtte daarom ‘het concept “directe discriminatie” bij nadere beschouwing niet geschikt’ voor een situatie als deze (r.o. 46). Voor een ongunstiger behandeling dan een ander zag zij geen aanwijzing, noch waar het om verhoudingen tussen gelovigen van uiteenlopende religies ging, noch om die tussen gelovigen en ongelovigen.

A-G Sharpston, die optrad in de Bougnaoui-zaak, maakte allereerst duidelijk dat in haar opvatting het uiten van een overtuiging – in dit geval het dragen van een hoofddoek – onder de bescherming van de Richtlijn valt, en dus niet alleen het aanhangen van een godsdienst als zodanig (r.o. 85-88). In tegenstelling tot Kokott merkte zij op: ‘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. (...) [H]et zou volledig onjuist zijn te veronderstellen dat iemands geslacht en huidskleur door hem overal worden meege dragen, maar om de een of andere reden zijn godsdienst niet’ (r.o. 118).

In de beoordeling van de kwalificatie ‘discriminatie’ nam Sharpston een standpunt in dat diametraal tegenovergesteld was aan dat van Kokott. Zij stelde ‘dat Boug-

11 De noten bij het originele tekstfragment heb ik (SvB) voor de leesbaarheid van het citaat achterwege gelaten.

naoui op grond van haar godsdienst minder gunstig werd behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie zou zijn behandeld. Een (...) 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' (r.o. 88). In tegenstelling tot Kokott nam Sharpston dus wél directe discriminatie aan. Van belang is om hier op te merken dat Kokott en Sharpston de vergelijking met anderen – de zinsnede die in onderling iets afwijkende vorm in artikel 2 lid 2 onder a en b voorkomt – verschillend uitlegden. Dit punt komt in het vervolg terug.

De situatie in Bougnaoui lag feitelijk iets ingewikkelder dan in Achbita, omdat partijen het oneens waren over de precieze omstandigheden van het geval. Het bedrijf stelde dat er een algemeen verbod gold voor het dragen van tekens van religieuze en niet-religieuze overtuigingen in kantoren van klanten. Bougnaoui stelde daarentegen dat het verbod alleen betrekking had op islamitische hoofddoekjes 'wanneer zij in contact was met de klanten van het bedrijf van de werkgever'. Door de formulering die Sharpston koos en de vergelijking met andere gelovigen binnen het bedrijf die ervoor kozen geen religieuze tekenen te dragen, is haar kwalificatie van discriminatie in elk geval óók van toepassing op de situatie dat er een algemene regeling zou gelden.

Met het oordeel van Sharpston dat hier sprake was van directe discriminatie, kwam de vraag aan de orde die ook de eigenlijke prejudiciële vraag betrof in deze zaak, namelijk of de wens van een klant van het betrokken bedrijf de diensten 'niet langer te laten verrichten door een werknemster (...) die een islamitische hoofddoek draagt' onder de uitzondering van artikel 4 lid 1 van de Richtlijn viel (r.o. 26). Deze vraag beantwoordde zij negatief.

Sharpston was dus van oordeel dat sprake was van directe discriminatie, waarop geen exceptie van toepassing was. Vanwege de betwiste feitelijke situatie ging zij ook in op een situatie van indirecte discriminatie. Zij nam daartoe een (hypothetisch) bedrijfsvoorschrift aan voor alle werknemers om zich neutraal te kleden: 'elk kledingstuk dat op enigerlei wijze de individualiteit van de drager weergeeft' is verboden (zij noemde ook voetbalshirts, merchandising van universiteiten) (r.o. 110). De test die bij indirecte discriminatie volgens artikel 2 lid 2 aanhef en onder b en i uitgevoerd moet worden, is of het doel legitiem is en het gebruikte middel passend en noodzakelijk is. Die test zou positief kunnen uitpakken. Het is een legitiem bedrijfsbelang om een bepaalde uitstraling te willen hebben (zie de ondernemersvrijheid in art. 16 Handvest van de grondrechten van de EU). De gepastheid en evenredigheid van de maatregel dienen vervolgens concreet te worden vastgesteld. Hiervoor gaf Sharpston enkele overwegingen, waarbij ook het 'discreet' dragen van een teken aan de orde kwam (r.o. 124).

Kokott zag in Achbita geen directe discriminatie. Zij liet wel de mogelijkheid open dat er sprake was van indirecte discriminatie. Deze kon in haar ogen gerechtvaardigd worden wanneer het evenredigheidsbeginsel in acht genomen zou worden (het middel passend en noodzakelijk is). Daarbij zou dan met name rekening gehouden moeten worden met:

- de grootte van het religieuze teken en de mate waarin het opvalt;
- de aard van de activiteiten van de betrokken werknemster;

Sophie van Bijsterveld

- de context waarin zij deze activiteiten dient uit te voeren; en
- de nationale identiteit van de betrokken lidstaat’ (r.o. 141).

In het licht van een volgende te bespreken zaak is het goed attent te zijn op het eerste punt in vorenstaande opsomming: de grootte van het religieuze teken en de mate waarin het opvalt.

#### *Het Hof van Justitie in Achbita en Bougnaoui*

Hoe oordeelde het Hof van Justitie? Het Hof volgde in de zaak-Achbita A-G Kokott en stelde dat de bedrijfsregel geacht moest worden ‘alle werknemers van de onderneming op dezelfde wijze te behandelen door hen op algemene en niet-gedifferentieerde wijze met name te verplichten zich neutraal te kleden, wat het dragen van dergelijke tekens uitsluit’ (r.o. 30). Het Hof concludeerde daaruit dat de regel ‘geen verschil in behandeling creëert dat rechtstreeks gebaseerd is op godsdienst of overtuiging’ in de zin van artikel 2 lid 2 van de Richtlijn (r.o. 30) en dus *niet direct discrimineerde*.

In het voetspoor van de A-G liet het Hof wel de mogelijkheid van *indirecte discriminatie* open, namelijk ingeval een ‘ogenschijnlijk neutrale verplichting in feit tot gevolg heeft dat de personen die een bepaalde godsdienst aanhangen of een bepaalde overtuiging hebben bijzonder worden benadeeld’ (r.o. 34), hetgeen door de feitenrechter zou moeten worden vastgesteld. Deze indirecte discriminatie zou wel te rechtvaardigen zijn. Het Hof was van oordeel dat de wens van een bedrijf om in relatie met klanten een neutrale uitstraling te hebben een legitiem doel is, in het licht van artikel 16 van het Handvest, ‘met name wanneer de werkgever bij het nastreven van die doelstelling alleen de werknemers betreft die worden verondersteld in contact te treden met de klanten van de werkgever’ (r.o. 38).<sup>12</sup> Ook achtte het Hof de maatregel *passend* om een neutraliteitsbeleid te voeren, op voorwaarde dat de toepassing ervan coherent en systematisch was (r.o. 40). Verder wees het Hof erop dat het verbod niet verder zou mogen gaan dan strikt nodig is. In dit geval was het volgens het Hof dan relevant of het verbod beperkt was tot werknemers die in relatie stonden met klanten. Uit dat oogpunt zou de nationale rechter moeten nagaan of de werkneemster overgeplaatst had kunnen worden naar een andere afdeling.

In de zaak-Bougnaoui ging het Hof over de vraag of godsdienst wel of niet aan de orde was, wél mee in de stelling van A-G Sharpston en overwoog dat in lijn met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest het begrip ‘godsdienst’ ruim opgevat moest worden, in de zin dat ook ‘de belijdenis in het openbaar van zijn godsdienstige overtuiging’ erdoor wordt bestreken (r.o. 30). De overwegingen van de A-G inzake discriminatie werden niet overgenomen door het Hof.

Logisch gezien, had de prejudiciële vraag in Bougnaoui betrekking op directe discriminatie, maar het Hof ging ook in op de mogelijkheid van indirecte discriminatie. In het geval er een interne bedrijfsregel gold die ‘het dragen van zichtbare tekenen

12 Het Hof verwees hier naar de uitspraak van het EVRM in de zaak Eweida, 15 januari 2013.



van een politieke, filosofische of godsdienstige overtuiging verbod', zou de casus langs de lijnen van Achbita beoordeeld moeten worden (r.o. 33).

Zou een dergelijke interne bedrijfsregel ontbreken, dan komt artikel 4 lid 1 van de Richtlijn in beeld. Het Hof erkende dat lidstaten kunnen 'bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 van die richtlijn genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt' (r.o. 36). In lijn met eerdere jurisprudentie geeft het Hof aan dat 'het begrip "wezenlijk en bepalend beroepsvereiste" in de zin van deze bepaling 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' (r.o. 40).

Hiermee koos het Hof een lijn waarbij, als er geen (geschreven of ongeschreven interne) bedrijfsregel bestaat, sprake is van directe discriminatie waarbij de wens van de klant geen wezenlijk beroepskenmerk vormt. Wanneer er een bedrijfsregel is die niet alleen godsdienstige uitingen verbiedt, maar alle soorten uitingen verbiedt, komt indirecte discriminatie in beeld; deze kan objectief gerechtvaardigd worden, onder andere door een (subjectieve) wens van de werkgever om 'neutraal' te zijn (en dus legitieme wensen klanten). Dat laatste wordt ondersteund door de ondernemersvrijheid die in het Handvest gegarandeerd wordt.

Kokott en Sharpston keerden zich dus tegen de opvatting van de Belgische respectievelijk de Franse rechter. Onderling hadden zij echter tegengestelde opvattingen. Het Hof koos vervolgens tegen Kokott en met Sharpston voor de ruime uitleg van godsdienst, maar met Kokott en tegen Sharpston wat de kwalificatie indirecte discriminatie betreft. Zoveel hoofden, zoveel zinnen dus.

#### *Discriminatie terug op de agenda: WABE<sup>13</sup>*

De Duitse zaak WABE handelde om een islamitische orthopedagogische verzorgster in een kinderdagverblijf.<sup>14</sup> Dat kinderdagverblijf had een beleid dat erop gericht was 'de vrije ontwikkeling van de kinderen ten aanzien van godsdienst, levensbeschouwing en politiek te waarborgen'. Dat beleid werd onder andere geconcretiseerd in de eis dat 'medewerkers (...) bij contact met ouders, kinderen en derden op de werkplek geen zichtbare tekens [dragen] van hun politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging'. De medewerkers van het kinderdagverblijf moesten zich op deze terreinen 'strikt neutraal' opstellen in hun werkrelaties. De medewerkster weigerde zonder hoofddoek op het werk te komen. Zij werd tweemaal geschorst en bij elke schorsing gewaarschuwd. Voor de rechter eiste zij dat de waarschuwing uit haar personeelsdossier verwijderd zou worden.

Op het punt van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie bracht het Hof hier niets nieuws; wel op een ander, nader te bespreken punt. Voor nu is

13 Zie voor een bespreking van de gevoegde uitspraken WABE en Müller: S. van Bijsterveld, 'Godsdienst en gelijke behandeling. De uitspraak van het Hof van Justitie van de EU in de zaken WABE en Müller', Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid 2021-3, p. 91-98. Na deze uitspraken leek er meer ruimte voor de nationale rechter gelaten te worden dan er nu na J.F. blijkt te zijn.

14 HvJ EU (Grote Kamer) 15 juli 2021, C-804/18 (IX/WABE eV) en C-341/19 (MH Müller Handels GmbH/MJ).

Sophie van Bijsterveld

interessant dat de verwijzende Duitse arbeidsrechter, het Arbeitsgericht Hamburg, in deze hoofddoekjes-zaak waar een algemene bedrijfsregel gold, ervan uitging dat sprake was van directe discriminatie: immers, de waarschuwing die de medewerkster kreeg en dus de ongunstiger behandeling die haar ten deel viel vanwege het dragen van een hoofddoekje, hielden volgens de Duitse rechter verband met godsdienst, en het maken van onderscheid om die reden wordt door de Richtlijn verboden (r.o. 45, conclusie A-G).<sup>15</sup> Dit is interessant, omdat het Hof van Justitie in de Achbita-zaak, waarin sprake was van een vergelijkbare algemene bedrijfsregel, geoordeeld had dat van direct onderscheid in een dergelijke situatie juist geen sprake was. In de bespreking voor het Hof erkende A-G Rantos dat er verschil van mening mogelijk was over de kwalificatie directe en indirecte discriminatie. Hij schaarde zich echter achter de lijn van het Hof, waarmee hij het ook eens was.<sup>16,17</sup> Het Hof hield vast aan de eigen lijn en achtte geen sprake van directe discriminatie:

‘Aangezien iedereen hetzij een godsdienst hetzij een overtuiging kan hebben, creëert een dergelijke regel, voor zover die op algemene en niet-gedifferentieerde wijze wordt toegepast, geen verschil in behandeling op grond van een criterium dat onlosmakelijk met godsdienst of overtuiging verbonden is’ (r.o. 52).

Consistente toepassing van het beleid is wel vereist, aldus het Hof. Voorshands achtte het Hof daarvan sprake, al was het aan de verwijzende rechter om dit in feitelijke zin finaal vast te stellen (r.o. 54).

Wel achtte het Hof indirecte discriminatie aannemelijk, omdat de regel ‘statistisch gezien bijna enkel vrouwelijke werknemers treft die wegens hun islamitische geloofsovertuiging een hoofddoek dragen’ (r.o. 59). Ook hierover was het finale feitelijke oordeel aan de Duitse rechter.<sup>18</sup>

### Wie is de ‘ander’ in een vergelijkbare situatie? L.F. tegen S.C.R.L.<sup>19</sup>

De hiervoor besproken zaken luidden niet het einde in van de discussie over de kwalificaties directe en indirecte discriminatie en over de vraag of discriminatie op

15 Conclusie A-G Rantos 25 februari 2021, C-804/18, ECLI:EU:C:2021:144 (IX/WAVE eV).

16 De A-G verwijst in noot 16 bij die r.o. naar kritische literatuur: ‘Zie onder meer Howard, E., „Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, deel 24(3), 2017, blz. 348-366, met name blz. 351-354; Cloots, E., „Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui”, Common Market Law Review, deel 55, 2018, blz. 589-624. Zie, meer algemeen, Weiler, J. H. H., „Je suis Achbita: à propos d’un arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne sur le hijab musulman (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15)”, Revue trimestrielle de droit européen, 2019, blz. 85-104.’

17 A-G Rantos verwees naar HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17 (Cresco Investigation GmbH/Markus Achatzi). Het ging om een nationale wet die werknemers die lid waren van christelijke kerken voor wie Goede Vrijdag een feestdag was een vrije dag verleende ofwel, wanneer zij moesten werken, recht op een toeslag gaven.

18 Het eindresultaat valt daarmee buiten deze bespreking.

19 HvJ EU (Tweede Kamer) 13 oktober 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774 (J.F./S.C.R.L.).

zich al of niet aan de orde was. Wezenlijk voor de conclusie hoe een geval moet worden gekwalificeerd, is de vaststelling wie de in artikel 2 lid 2 aanhef en onder a en b van de Richtlijn genoemde ‘ander in een vergelijkbare situatie’ is. Dat bleek uit de conclusies van de A-G’s in Achbita en Bougnaoui en uit de uitspraken van het Hof. Het is op dit punt dat de verwijzende Franstalige arbeidsrechtbank in Brussel in eerste aanleg in de zaak L.F. een fundamentele confrontatie aanging met het Hof.

De zaak betrof een woningbouwcorporatie die een sollicitatie van een moslima voor een stageplaats niet in aanmerking nam omdat zij niet bereid was de bedrijfsregel na te leven die bepaalde: ‘De werknemers verbinden zich ertoe het strikte neutraliteitsbeleid dat binnen de onderneming geldt, na te leven. Zij zullen er dan ook voor zorgen dat hun geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging op geen enkele wijze in woorden, kleding of anderszins tot uiting wordt gebracht’ (r.o. 13 A-G).<sup>20</sup> Een vervolgsollicitatie waarin zij voorstelde een ander soort hoofdbedekking te dragen kon evenmin op goedkeuring rekenen. De afgewezen moslima eiste bij de rechter een verbod van de weigering om haar als stagiaire aan te nemen op de door de woningbouwcorporatie aangevoerde grond.

De Brusselse arbeidsrechter concludeerde op grond van de Achbita-uitspraak dat het Hof de interpretatiebevoegdheid heeft ten aanzien van de vraag of er sprake is van directe discriminatie, maar dat de nationale feitenrechter de toepassing op het individuele geval moet beoordelen. Dat onderscheid, aldus de arbeidsrechter, komt in het dictum van Achbita niet terug. Dat leidde hem tot de prejudiciële vraag of de nationale rechter vervolgens in zo’n geval *in concreto* nog mag uitmaken of er sprake is van directe discriminatie (punt 36).<sup>21</sup> Hij vroeg zich af of het de nationale rechter daarbij vrijstaat een vergelijking te maken tussen een werkneemster die een hoofddoekje draagt en een werknemer:

- die geen godsdienst of politieke overtuiging heeft en dus geen behoefte heeft aan een teken;
- die wel een overtuiging heeft, maar geen of minder behoefte heeft om die zo te uiten;
- met dezelfde godsdienst, maar die niet of minder de behoefte heeft om die te uiten;
- die bijvoorbeeld een artistieke, esthetische, sportieve, muzikale overtuiging heeft en deze via kleding uit;
- die een hoofddoek draagt om andere redenen, bijvoorbeeld ‘esthetische of culturele redenen of zelfs om gezondheidsredenen’, ‘die niet noodzakelijkerwijs verschilt van een eenvoudige bandana’;
- met dezelfde geloofsovertuiging die bijvoorbeeld dit via een baard tot uiting wil brengen.

20 A-G Medina 28 april 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:328 (J.F./S.C.R.L.).

21 Verzoek tot een prejudiciële beslissing, 27 juli 2020, C-344/20 (J.F./S.C.R.L.), <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=231881&pageIndex=0&doclang=NL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3327333>, geraadpleegd op 31 augustus 2023.

Sophie van Bijsterveld

De Brusselse arbeidsrechter ging nog verder.<sup>22</sup> Hij vroeg zich af hoe het mogelijk was dat er tot indirecte discriminatie geconcludeerd kon worden in een situatie waarin ‘de interne regel (...) geen nadeel oplevert voor de werknemer die door het beschermde criterium wordt gekenmerkt vanuit het oogpunt van directe discriminatie’, gegeven het feit dat er geen nadeel is. Dit was de logica die het Hof in Achbita leek te volgen (punt 41). Consequent doorredenerend stelde hij: ‘Dit komt erop neer dat een bedrijfsregel die het in dienst nemen van een “zwarte” werknemer verbiedt, absurd genoeg geen verschil in behandeling zou creëren en geen directe discriminatie zou inhouden, omdat elke “zwarte” werknemer die naar een baan bij de betrokken werkgever solliciteert, zou worden afgewezen’ (punt 39). Zijn conclusie was dat deze logica de antidiscriminatiereguleering ontmantelt, ‘aangezien het volstaat om vast te stellen dat alle personen die onder hetzelfde beschermde criterium vallen, met betrekking tot de betrokken maatregel aan dezelfde regeling zijn onderworpen om te concluderen dat er geen sprake is van enige vorm van ongunstige behandeling of benadeling en om bijgevolg uit te sluiten dat er sprake is van enige vorm van discriminatie’ (punt 40). Net als Sharpston wees hij erop dat een medegelovige wellicht geen behoefte had het geloof in kleding te uiten.

Ook A-G Medina achtte de manier waarop het Hof eerder de referentiegroep had bepaald dat de antidiscriminatiebepaling was verwaterd voor degenen die hun godsdienst in kleding willen uiten (r.o. 50). Zij wees daarbij op een verschil in benadering door het Hof in discriminatiezaken over andere kenmerken, waarbij het Hof ‘de relatieve nadelen heeft belicht die bepaalde personen binnen een groep met hetzelfde beschermde kenmerk ondervonden’.

Het Hof van Justitie liet zich echter niet vermurwen; zonder daaraan veel woorden vuil te maken hield het Hof vast aan de in de eigen rechtspraak uitgestippelde lijn, zoals hiervoor besproken.

### **Rechtvaardiging van indirecte discriminatie of toch niet? Evenredigheid en opvallende tekens**

Zoals wij zagen, kan volgens de Richtlijn *indirecte* discriminatie onder voorwaarden gerechtvaardigd worden. Artikel 2 lid 2 aanhef en onder b punt i somt deze op. Wat betekent dit concreet? Deze vraag kwam in de zaak Müller pregnant naar voren. Enigszins onverwacht kwam bij de beantwoording ook de kwestie van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie weer naar voren.

#### *De zaak Müller en het voorwerk van A-G Kokott*

Door interne bedrijfsregels als in de Achbita-zaak niet als directe maar als indirecte discriminatie te zien, kwam de vraag naar een mogelijke objectieve rechtvaardiging in beeld. Kokott en Sharpston waren het ten principale oneens over de kwalificatie van zulke interne bedrijfsregels, maar beiden gingen ook in op indirecte discriminatie. Kokott noemde een beperking van een bedrijfsverbod voor religieuze tekens

22 Het prejudiciële verzoek wijst in de noot bij punt 32 naar Franstalige literatuur die de kwalificatie van indirecte discriminatie in omstandigheden als Achbita bestrijdt.

tot niet te grote, onopvallende tekens een relevante factor bij de beoordeling van de proportionaliteit van de beperking; die moet immers passend en noodzakelijk zijn. Sharpston hintte op het ‘discreet dragen’ van een teken. Beiden verwezen naar het Eweida-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>23</sup> Kokott nam zelfs in haar conclusie expliciet op dat de nationale rechter bij de finale afweging rekening diende te houden met deze factoren. Het Hof van Justitie ging daar indertijd niet op in, maar werd daartoe in de Duitse zaak Müller wel gedwongen.

De Duitse zaak Müller betrof een verkoopadviseuse en caissière bij drogisterijketen Müller.<sup>24</sup> Onder meer om conflicten met een religieuze of culturele dimensie tussen werknemers, die zich in het verleden hadden voorgedaan, te voorkomen was een neutraliteitsbeleid ingesteld (r.o. 34A-G). Een medewerkster die weigerde zonder hoofddoekje op het werk te verschijnen ontving een aanmaning om zich te voegen in het werkgeversbeleid en ‘zonder grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging’ op het werk te komen. Zij vocht de geldigheid van deze aanmaning bij de rechter aan en kreeg in twee instanties gelijk. Het Bundesarbeitsgericht, de hoogste Duitse federale arbeidsrechter bij wie hoger beroep was ingesteld, wendde zich tot het Hof van Justitie met prejudiciële vragen. Een van die vragen was of ‘rechtvaardiging (...) [van indirecte discriminatie] slechts mogelijk was in geval van een beleid dat het dragen al de genoemde zichtbare tekens verbood’ (in plaats van slechts de ‘opvallende, grote’).

#### *A-G Rantos in Müller*

Ook A-G Rantos zocht bij de beantwoording van deze vraag aanknopings bij de Eweida-uitspraak van het EHRM. Al kunnen ook onopvallende tekens de overtuiging van een werknemer onthullen, zij zouden geen aanstoot kunnen geven ‘bij de klanten van de onderneming die de godsdienst of overtuiging van de betrokken werknemer niet delen’ (r.o. 74). Een dergelijk neutraliteitsbeleid van een werkgever moest volgens de A-G in het licht van het proportionaliteitsbeginsel worden gezien. Wanneer een totaalverbod geoorloofd was, dan ook een dergelijk partieel verbod (r.o. 75). Nadere interpretatie achtte de A-G aan de nationale rechter. Een voorschot daarop nam hij wel door te zeggen dat een hoofddoek daaronder niet viel (r.o. 76). Ook een dergelijk beleid kan volgens de A-G ‘op coherente en systematische wijze, dat wil zeggen in het kader van een algemeen en ongedifferentieerd beleid’ worden toegepast; het is aan de nationale rechter om te beoordelen of daarvan sprake is (r.o. 77).

De A-G erkende dat ‘de mate waarin religieuze tekens zichtbaar zijn, per godsdienst kan verschillen’, maar hij achtte het paradoxaal in het licht van de doelstelling om

23 Dit was een zaak van een Koptische christen die bij de incheckbalie van het particuliere British Airways werkte. Het kruisje dat zij droeg was ‘discreet’ en deed ‘geen afbreuk (...) aan haar professionele voorkomen’. De weigering van de werkgever om haar in dienst te houden bij volharding van het dragen van het kruisje was dan onterecht. Het EHRM achtte de vrijheid van godsdienst in het EVRM geschonden; EHRM (Vierde Kamer) 13 januari 2013, appl. nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk).

24 HvJ EU (Grote Kamer) 15 juli 2021, C-804/18 (IX/WABE eV) en C-341/19 (MH Müller Handels GmbH/MJ).

Sophie van Bijsterveld

discriminatie te bestrijden dat slechts een volledig verbod geoorloofd zou zijn en niet een partieel verbod (r.o. 79). Het zou ook een ‘bestraffend karakter’ hebben voor degenen die ervoor kiezen een klein teken te dragen.

### *Het Hof in Müller*

De conclusie van het Hof was tegenovergesteld aan die van de A-G’s Kokott, Sharpston en Rantos. Het was geen vorm van te legitimeren indirecte discriminatie; er was juist sprake van directe discriminatie:

‘Wanneer het criterium van het dragen van grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging onlosmakelijk verbonden is met een of meer bepaalde godsdiensten of overtuigingen, heeft het door de werkgever aan zijn werknemers op basis van dat criterium opgelegd verbod om die tekens te dragen tot gevolg dat bepaalde werknemers wegens hun godsdienst of overtuiging minder gunstig dan andere worden behandeld en dat er dus sprake is van directe discriminatie (...)’ (r.o. 73).

Over de doelstelling van het verbod stelde het Hof: ‘elk teken – zelfs een klein – ondermijnt de geschiktheid van de maatregel om de vermeende doelstelling te bereiken en dus de coherentie zelf van het neutraliteitsbeleid’ (r.o. 77).

### **Een rol voor de lidstaten/nationale rechter? De rol van het grondrecht van godsdienstvrijheid bij de interpretatie van de Richtlijn gelijke behandeling**

#### *Godsdienstvrijheid in Handvest en EVRM relevant in het kader van een objectieve rechtvaardiging?*

Met de nadruk op indirecte discriminatie en de rol die de nationale rechter heeft in de finale beoordeling van een eventuele objectieve rechtvaardiging daarvan, kwam de vraag aan de orde of de nationale rechter bij het nagaan of van een dergelijke rechtvaardiging sprake is het recht op godsdienstvrijheid mag meewegen, in het bijzonder bij de weging of de betreffende maatregel ‘passend’ is. De Duitse rechter in Müller stelde deze vraag expliciet ten aanzien van godsdienstvrijheid in het Handvest en het EVRM (r.o. 40 A-G).

A-G Rantos beantwoordde deze vraag negatief. Immers, het Hof had in Achbita naar artikel 9 EVRM verwezen bij het beoordelen of de bedrijfsmaatregel een legitiem *doel* had en stelde in dat verband dat het bedrijfsbelang grenzen kende. In het stadium van de beoordeling van de *passendheid* hoefde daarom geen afweging met het bedrijfsbelang meer gemaakt te worden (r.o. 95). Overigens achtte hij het meewegen van de vrijheid van godsdienst in dit stadium niet nodig. Hij voerde daarvoor drie argumenten aan. Ten eerste: non-discriminatie op grond van godsdienst en vrijheid van godsdienst houden weliswaar verband met elkaar, maar moeten van elkaar worden onderscheiden. De Richtlijn heeft niet tot doel godsdienstvrijheid ‘in eigenlijke zin’ te beschermen. Ten tweede is godsdienstvrijheid niet aan de orde bij een afweging van de passendheid van middelen bij een objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie. Ten derde achtte hij dat ‘parallele toepas-

sing van alle in het Handvest verankerde rechten' het onmogelijk zou maken de Richtlijn 'ten volle en op eenvormige wijze toe te passen met inachtneming van de doelstellingen ervan' (r.o. 96-99).

Het Hof ging niet in op de kwestie: het stelde dat er in de zaak Müller sprake was van directe discriminatie en dat de vraag over godsdienstvrijheid daarom niet aan de orde was.

*Nationale grondrechten en de nationale speelruimte van artikel 8 lid 1 van de Richtlijn: WABE en Müller*

De Duitse verwijzende rechters in WABE en Müller hadden nog meer pijlen op hun boog. Beide rechters vroegen – in iets andere bewoordingen – of zij *nationale* bepalingen die grondrechten beschermen (in casu godsdienstvrijheid) mochten meewegen in het kader van de objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie.<sup>25</sup>

In Müller vroeg het Bundesarbeitsgericht of nationale grondwettelijke bepalingen ter bescherming van godsdienstvrijheid als gunstiger bepalingen mochten worden meegewogen bij de beoordeling van de passendheid van een maatregel in het kader van de objectieve rechtvaardiging van godsdienstvrijheid (vraag 2b), en zo niet, of die nationale grondwettelijke bepalingen dan buiten toepassing moeten blijven, 'ook wanneer het primaire Unierecht, bijvoorbeeld artikel 16 van het Handvest, nationale wetgevingen praktijken erkent' (vraag 3) (r.o. 40 A-G).

In WABE vroeg het Arbeitsgericht Hamburg of de nationale rechter een op grond van het grondrecht van godsdienstvrijheid getroffen nationale bepaling mag toepassen die verhindert dat 'reeds door een abstract gevaar van aantasting van de neutraliteit van de werkgever' een indirecte discriminatie als aan de orde als gerechtvaardigd wordt gezien, maar slechts door 'een voldoende concreet gevaar, in het bijzonder de concrete dreiging van een economisch nadeel voor de werkgever of een betrokken derde' (vraag 2, onder b) (r.o. 30 A-G).

*A-G Rantos*

Het verwondert niet dat A-G Rantos van oordeel was dat dergelijke nationale bepalingen 'niet binnen de werkingssfeer' van artikel 8 lid 1 van de Richtlijn vielen, omdat zij 'weliswaar [beogen] om werknemers te beschermen bij het belijden van hun godsdienst, maar zij strekken niet tot bevordering van de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling als bedoeld in artikel 8, lid 1, aangezien zij niet bestemd zijn om discriminatie te bestrijden' (r.o. 87 A-G). Die nationale regelgeving mag slechts worden toegepast 'voor zover er geen sprake is van een inbreuk op het non-discriminatiebeginsel' van de Richtlijn (r.o. 104), hetgeen 'door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan' (r.o. 112). Als voorbeeld noemde de A-G procedurele bepalingen, maar hij beperkte de toepassing daartoe niet (r.o. 105); ook 'nationale bepalingen betreffende de bescherming van de godsdienstvrijheid, die door de rechterlijke instanties van de betrokken lidstaat in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de geldigheid van een instructie van een werkgever met betrekking tot het voeren van een neutraliteitsbeleid' (r.o. 106).

25 Het gaat hier om de tweede vraag, onder b, in de zaak WABE (C-804/18) en tweede vraag, onder b, in de zaak Müller (C-341/19).

Sophie van Bijsterveld

Onder verwijzing naar het EHRM, dat accepteert dat er enig verschil is in de 'rol van godsdienst in de samenleving overal in Europa eender te definiëren en dat de betekenis of de impact van handelingen waarbij in het openbaar uiting aan een religieuze overtuiging wordt gegeven, verschilt naargelang van tijd en context', stelde de A-G: de 'ter zake geldende regeling kan dus per land verschillen, zodat de keuze van de reikwijdte en de uitvoeringsbepalingen van een dergelijke regeling noodzakelijkerwijs in zekere mate aan de betrokken staat moet worden overgelaten, omdat dit afhangt van de betrokken nationale context' (r.o. 109).

Zijn conclusie was dat de betreffende nationale bepalingen niet een neutraliteitsbeleid van een werkgever verboden, 'maar stellen slechts een bijkomende voorwaarde voor de toepassing ervan, namelijk dat er sprake moet zijn van een voldoende concrete dreiging van een economisch nadeel voor de werkgever of een betrokken derde. Het staat aan de verwijzende rechter om te verifiëren dat de in geding zijnde nationale regelgeving geen inbreuk maakt op het in deze richtlijn vervatte non-discriminatiebeginsel.' De ruimte die hij bood, was beperkt.

#### *Het Hof van Justitie*

Het Hof van Justitie, dat ook hier niet inging op de vragen in Müller, koos een andere lijn dan Santos, maar kwam uiteindelijk ook uit op enige afwegingsruimte op nationaal niveau. Na eer betuigd te hebben aan artikel 9 EVRM en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten als algemene beginselen van het Unierecht, die in de inleidende overwegingen van de Richtlijn genoemd worden, betitelde het Hof de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst als onderdeel van die traditie en verwees naar de codificatie ervan in artikel 1 lid 1 van het Handvest (r.o. 82). Het Hof stelde dat het wél aan de nationale rechter is om te oordelen of een interne bedrijfsregel als besproken niet verder gaat dan 'strikt noodzakelijk' (r.o. 83).

Het Hof overwoog hierover dat de Richtlijn 'de lidstaten een beoordelingsmarge laat, gezien hun diverse benaderingen wat betreft de plaats die zij binnen hun staat aan godsdienst of overtuiging toekennen'. De beoordelingsmarge staat wel onder toezicht van het Hof van Justitie (r.o. 86):

'Hieruit volgt dat nationale bepalingen ter bescherming van de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst als waarde waaraan hedendaagse democratische samenlevingen al vele jaren een groot belang hechten, bij het onderzoek naar wat een verschil in behandeling op grond van godsdienst of overtuiging inhoudt, in aanmerking kunnen worden genomen als bepalingen die gunstiger zijn voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78. Zo zouden bijvoorbeeld nationale bepalingen die aan de rechtvaardiging van een indirect op godsdienst of overtuiging gebaseerd verschil in behandeling hogere eisen stellen dan artikel 2, lid 2, onder b), i), van richtlijn 2000/78, binnen de door artikel 8, lid 1, geboden mogelijkheid vallen' (r.o. 89).



## Objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie: vrijheid van ondernemerschap

Het is echter alsof het Hof de in de gevoegde zaken WABE en Müller toegestane beoordelingsruimte voor de nationale rechter in dezelfde uitspraak meteen weer grotendeels zelf overnam.

In Achbita en Bougnaoui was het ondernemersbelang in de context van de in artikel 16 van het Handvest gegarandeerde vrijheid van ondernemerschap aan de orde gekomen bij de objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie. In WABE vroeg de verwijzende Duitse rechter of (a) de ‘subjectieve’ neutraliteitswens van de werkgever om te voldoen aan ‘subjectieve wensen van klanten’ een rechtvaardiging daarvoor opleverde, en (b) zoals wij zagen, of een door godsdienstvrijheid ingegeven nationale regeling toegepast mag worden in die zin dat ter rechtvaardiging van een indirect onderscheid een ‘voldoende concreet gevaar, in het bijzonder de concrete dreiging van een economisch nadeel voor de werkgever of een betrokken derde’ nodig is.

### *A-G Rantos*

A-G Rantos ging niet in de diepte op de vraag in. Onder verwijzing naar het Hof in Achbita herhaalde hij dat het nastreven van een neutraliteitsbeleid in relatie met een klant een legitiem doel is ter objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie (r.o. 60). Daarvan was in WABE sprake, waarbij de verwijzende rechter ook hier een rol had in de beoordeling van feiten (r.o. 62). De werkgever zou ‘gelet op de beperkingen die inherent zijn aan de onderneming en zonder dat dit een bijkomende last voor de onderneming vormt, [moeten nagaan of] haar in het licht van die weigering een arbeidsplaats had kunnen aanbieden die geen visueel contact met die klanten met zich meebracht’ (r.o. 63). Naast het vrij ondernemerschap wees hij – kort gezegd – ook op het opvoedings- en onderwijsrecht van ouders voor kinderen (art. 14 lid 3 van het Handvest) dat ook een rechtvaardiging van het doel van de interne bedrijfsregel kon vormen (r.o. 68).

### *Het Hof*

Het Hof was specifiekere dan Rantos en nam de nationale beoordelingsruimte die het in dezelfde uitspraak met de ene hand gegeven had, met de andere hand weer grotendeels terug. Het Hof formuleerde twee nieuwe, cumulatieve eisen. De eerste is dat het beleid voorziet in ‘een werkelijke behoefte van de werkgever’ (r.o. 64), hetgeen moet worden aangetoond ‘aan de hand van onder meer de legitieme verwachtingen van zijn klanten of gebruikers’. Het Hof noemde als voorbeeld in WABE de wens van ouders ‘dat hun kinderen worden opgevoed en onderwezen in overeenstemming met hun godsdienstige, levensbeschouwelijke en opvoedkundige overtuiging’, en hun wens dat hun kinderen worden omringd door personen die in hun contacten met de kinderen hun religie of overtuiging niet uiten, dit met name om ‘een individuele en vrije ontwikkeling van de kinderen ten aanzien van godsdienst, levensbeschouwing en politiek te waarborgen’ (r.o. 65). De tweede eis luidde dat de werkgever ‘het bewijs levert dat zijn vrijheid van ondernemerschap, die in artikel 16 van het Handvest wordt erkend, zonder zo’n beleid van politieke, le-

Sophie van Bijsterveld

vensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit zou worden aangetast omdat hij, gezien de aard of de context van zijn activiteiten, nadelige gevolgen zou ondervinden' (r.o. 67). Uiteraard bleef staan dat het beleid 'coherent en systematisch' wordt toegepast en er sprake is van evenredigheid tussen de maatregel en de nadelige gevolgen voor de werkgever (r.o. 68).

### **Nationale beoordelingsruimte weer fundamenteel ter discussie; L.F. tegen S.C.R.L.**

De vraag naar de nationale beoordelingsruimte werd voluit en principieel aan de orde gesteld door de Belgische verwijzende rechter in de zaak L.F., die ook de kwalificaties door het Hof van directe en indirecte discriminatie ter discussie stelde. Op het punt van de nationale beoordelingsruimte verschilden de verwijzende rechter en de A-G enerzijds en het Hof anderzijds fundamenteel van mening.

De verwijzende rechter trok de eerdere vraag over wie de referentiële 'ander' was door naar het nationale niveau. Hij verklaarde dat de nationale wet die de Richtlijn implementeerde de opgesomde discriminatiegronden als afzonderlijk te beschermen criteria beoordeelde; sterker nog, 'geloof of levensbeschouwing' werden naar nationaal recht niet als één criterium, maar als afzonderlijke criteria beschouwd.<sup>26</sup> De verwijzende rechter wilde van het Hof weten of het bij 'geloof en overtuiging' in de Richtlijn om één of twee afzonderlijke criteria ging (punt 42). Het eerste geval levert minder bescherming op voor de werknemer. De vervolgvraag was of de nationale rechter, gelet op de sterkere bescherming in het tweede geval bij de toepassing van de Richtlijn op de feiten, de nationale interpretatie mag volgen (punt 44). Hij voerde daartoe aan dat de Richtlijn 'slechts' 'minimumvereisten' stelde en hij wees daarbij op artikel 8 lid 1 en 2 van de Richtlijn (punt 45).

#### *A-G Medina*

De verwijzende rechter vond een gewillig oor bij A-G Medina.<sup>27</sup> Zij concludeerde dat de categorieën 'geloof en overtuiging' niet aan elkaar gelijk zijn. Ware dat anders, dan zou dat 'de lidstaten vanuit een conceptueel oogpunt beletten om elk van die elementen zelfstandig en afzonderlijk te beschermen' (r.o. 52). Zij was zich ten volle bewust van de rechtspolitieke lading van haar standpunt: dit had gevolgen voor de werkingssfeer van artikel 8 van de Richtlijn (r.o. 55). De nationale beoordelingsmarge die dat opleverde, achtte zij belangrijk 'in verband met de plaats die zij binnen hun respectieve stelsels aan godsdienst en overtuigingen toekennen [en] die marge [moest] ook gelden voor elk onderdeel van het onderzoek van eventuele discriminatie dat relevant is voor die plaats, alsook voor de betekenis en het belang

26 De Belgische somde meer discriminatiegronden op dan de Richtlijn, namelijk 'leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst' (punt 14 prejudiciële vraag).

27 A-G Medina 28 april 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:328 (L.F./S.C.R.L.).

die in de betrokken lidstaat aan godsdienst en godsdienstige overtuiging worden toegekend' (r.o. 55).

In haar ogen zou het onjuist zijn wanneer de beoordelingsruimte van artikel 8 van de Richtlijn alleen betekenis zou hebben bij de beoordeling van een mogelijke rechtvaardiging van indirecte discriminatie 'waarvoor het Hof die marge al heeft erkend in het arrest WABE', 'en niet ten aanzien van andere elementen die relevant zijn voor de afbakening van de als referentiekader fungerende kring van personen', aangezien 'dit de lidstaten zou kunnen beletten om te beslissen over gevoelige en legitieme aspecten van godsdienst en godsdienstige overtuigingen die uiteindelijk bepalend zijn voor het niveau van maatschappelijke uniformiteit of diversiteit dat zij wellicht willen invoeren of handhaven in hun samenleving. Ik denk niet dat richtlijn 2000/78, met de vaststelling van "minimumvereisten" voor de relevante regels voor gelijke behandeling op het gebied van arbeid en beroep, beoogde de lidstaten ervan te weerhouden zulke keuzen te maken' (r.o. 56).

A-G Medina plaatste haar standpunt verder in de context van de visie van godsdienst als onlosmakelijk persoonskenmerk en niet als een 'gewone' overtuiging of keuze (r.o. 61), de onwenselijkheid om een werknemer in een positie te brengen hierom of voor het geloof te moeten kiezen of voor behoud van de baan, en haar opvatting dat 'lidstaten (...) de bevoegdheid [moeten] behouden om te bepalen op welke wijze zij vooroordelen willen bestrijden die betrekking hebben op uit godsdienst of godsdienstige overtuigingen voortvloeiende verschillen' (r.o. 60). Interessant is dat Media erop wees dat het Hof in kwesties waar buiten kijf stond dat er geen afstand van een kenmerk gedaan kon worden, zoals bij leeftijd of seksuele geaardheid, wel 'zulke directe bescherming tegen discriminatie' heeft erkend (r.o. 63).

Zij concludeerde: 'Ook al werd in het arrest WABE een andere conclusie bereikt, ik zou in de context van de uitlegging van de door richtlijn 2000/78 vastgelegde "minimumvereisten" (met name in artikel 1 en artikel 2, lid 2, daarvan), het Hof in overweging willen geven te oordelen dat dit aspect kan worden benaderd vanuit verschillende en zeer gevoelige invalshoeken die, uiteindelijk, afhangen van de specifieke betekenis van godsdienst en godsdienstige overtuigingen voor individuele personen in elke lidstaat' (r.o. 64).<sup>28</sup>

### *Het Hof van Justitie*

Het Hof van Justitie maakt er echter korte metten mee. Zeker in het licht van het exposé van A-G Medina is daarmee duidelijk dat het Hof voor de uniformerende werking kiest. Wellicht was het ook niet te verwachten dat het Hof om zou gaan. Immers, in de eerdere uitspraken had het Hof zich steeds steviger genesteld in de gekozen interpretatie, een enkele nuancering daargelaten.

Het Hof, kortom, stelde dat de begrippen "godsdienst of overtuiging" één enkele discriminatiegrond vormen die zowel godsdienstige als levensbeschouwelijke of spirituele overtuigingen omvat'. Het Hof bevestigde voorts dat een intern bedrijfsreglement dat het in algemene zin verbiedt 'om het even welke religieuze of levens-

28 Zij leek te stellen dat in casu dat niet opging voor de Belgische situatie, omdat de nationale wet 'geloof of overtuiging' net als de Richtlijn in één adem noemde (r.o. 67).

Sophie van Bijsterveld

beschouwelijke overtuiging te uiten' volgens de Richtlijn geen directe discriminatie vormt, 'mits die regel op algemene en niet-gedifferentieerde wijze wordt toegepast'. Verder oordeelde het Hof dat nationale implementatiebepalingen waarbij 'religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen worden opgevat als twee onderscheiden discriminatiegronden' indruisen tegen de Richtlijn en die overtuigingen dat deze bepalingen niet gelden als 'gunstiger bepalingen' in de zin van artikel 8 lid 1 van de Richtlijn.

## Evaluatie

Achter de schijnbaar eenvoudige vraag of het verbod voor een werknemer om een religieus teken te dragen op het werk bij een particuliere werkgever gaat een labyrint aan kwesties schuil. De analyses van oordelen en prejudiciële vragen van nationale rechters, de conclusies van de A-G's en de uitspraken van het Hof laten zien dat zelfs wanneer deze vraag sterk geconcretiseerd wordt, het in veel gevallen evengoed mogelijk is om in een bepaald geval te beargumenteren dat er geen sprake is van discriminatie, dat er sprake is van directe discriminatie, of juist van indirecte discriminatie, waarbij er dan uiteenlopende visies mogelijk zijn of die laatste vorm objectief te rechtvaardigen is of niet. Bij de beantwoording kan meespelen of een maatregel tegen een werknemer geacht wordt te zijn genomen 'vanwege' zijn godsdienst of niet, en of godsdienst een 'onlosmakelijk persoonskenmerk' is of niet.

Ook wanneer ten aanzien van de in de vorige zin opgeworpen vraagstukken een gelijkkluidend startpunt wordt gekozen, blijven de kwalificaties veelal betwistbaar. Een cruciaal punt daarbij is wie 'de ander in een vergelijkbare situatie' is met wie de werknemer wordt vergeleken (art. 2 lid 2 aanhef en onder a en b van de Richtlijn) en, in samenhang daarmee, of verschillen in situaties binnen eenzelfde discriminatiegrond relevant zijn; en hoe de relatie is tussen – ten minste sommige van – de onderscheiden discriminatiegronden: vormen zij afzonderlijke gronden of daarentegen juist één geheel. Discriminatie heeft immers altijd iets relationeels. De bespreking in dit artikel laat zien dat de visies uiteenlopen.

Ook de vraag naar de evenredigheid van een maatregel in het licht van een mogelijk objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie kan ten principale uiteenlopende antwoorden opleveren. Waarom is bijvoorbeeld een verbod op het dragen van opvallende tekenen directe discriminatie en geen juist te rechtvaardigen indirecte discriminatie, zeker wanneer zo'n verbod vooral is ingesteld om de onderlinge vrede tussen werknemers te bewaren? Waarom is het juist wel te rechtvaardigen dat een verbod slechts geldt in relatie tot cliënten van de werkgever en is het een vereiste om te zien of binnen het bedrijf overplaatsing mogelijk is? Evengoed zou immers gesteld kunnen worden dat dit directe discriminatie is binnen het bedrijf. De analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU laat zien dat dit niet alleen theoretische exercities zijn, maar dat er daadwerkelijk fundamenteel uiteenlopend over deze zaken wordt gedacht op het hoogste juridische niveau. Anders gezegd: de lijn die het Hof bewandelt is op vele onderdelen zeer betwistbaar. Zoals een enkele verwijzende rechter en A-G heeft aangestipt, lijkt de lijn die het Hof in deze religiezaken kiest ook af te wijken van zijn rechtspraak over andere

discriminatiegronden. Zo werd bij een geval van discriminatie naar seksuele gerichtheid directe discriminatie aangenomen, hoewel dat niet de ontslagreden was, en werd bij een lichamelijke handicap zelfs *binnen* datzelfde criterium een vergelijking gemaakt met een geheel ander type van lichamelijke handicap.<sup>29</sup> De analyse laat ook zien dat de rechtspraak van het Hof bewust een sterk centraliserend en uniformerend karakter heeft, ondanks de suggestie van de Richtlijn zelf van nationale beoordelingsruimte ('minimumvereisten', de mogelijkheid van gunstiger bescherming tegen discriminatie voor de lidstaten).

Het belang van de in deze bijdrage besproken rechtspraak gaat uit boven de concrete kwesties zelf. Zij betreffen in essentie de vraag hoe om te gaan met het diepe religieuze en levensbeschouwelijke pluralisme in onze moderne samenlevingen en de plaats die religie in het publieke domein mag innemen. Relevant is daarbij dat de Richtlijn niet alleen betrekking heeft op de private sector, maar ook de publieke sector bestrijkt. In de omgang met religieus en levensbeschouwelijk pluralisme belichamen de lidstaten van de EU fundamenteel andere tradities. Het zijn ook kwesties die ten principale niet tot de competentie van de EU behoren. De bepaling in het Werkingsverdrag van de EU dat de EU 'de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben [eerbiedigt], en (...) daaraan geen afbreuk [doet]' (art. 17 lid 1 VWEU) is er niet voor niets. Al heeft dit verdragsartikel letterlijk geen betrekking op kerken en de andere in het verdragsartikel genoemde organisaties, de rechtspraak van het Hof van Justitie verdraagt zich slecht met de geest ervan.

Er zijn nog andere argumenten om deze rechtspraak fundamenteel te herzien en in elk geval daarbij de lidstaten vergaand eigen beoordelingsruimte te bieden. 'Het' beginsel van non-discriminatie wordt geacht integraal deel te zijn van het Unierecht. Wanneer op onderdelen daarover zo uiteenlopend wordt gedacht, werkt het slechts contraproductief. De 11de overweging van de preambule van de Richtlijn vermeldt: 'Discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag ondermijnen, in het bijzonder de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen.' Het is de vraag of deze specifieke vorm van rechtspraak over gelijke behandeling naar godsdienst daartoe bijdraagt en of de centralisatie proportioneel is in relatie tot het vrij verkeer van personen. Het is niet te voorkomen dat over kwesties als besproken rechtspraak ontstaat. Laat die zich vooral ontwikkelen op nationaal niveau, in lijn met nationale opvattingen over hoe de omgang met religieus en levensbeschouwelijk pluralisme het best gediend is.

29 HvJ EU (Tweede Kamer) 13 oktober 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774 (L.F./S.C.R.L.).