

Sociaal beleid

Ontslag vanwege een hoofddoek; de arresten *Achbita* en *Bougnaoui* en de Nederlandse rechtspraak

Mr. A. Swarte en mr. dr. J.P. Loof*

Het Hof van Justitie heeft zich op 14 maart 2017 in twee verschillende zaken uitgesproken over het ontslag van een vrouwelijke werknemer vanwege het dragen van een islamitische hoofddoek. Naar beide arresten werd al enige tijd met spanning uitgekeken, onder meer vanwege de eerder gepubliceerde volkomen uiteenlopende conclusies van advocaten-generaal Kokott en Sharpston. Het Hof van Justitie lijkt veel ruimte te laten aan werkgevers om het dragen van religieuze symbolen op de werkplek te verbieden, mits zo'n verbod op een algemene en neutrale manier geformuleerd wordt. Er blijven echter veel vragen onbeantwoord en daardoor is onduidelijk hoe richtinggevend de arresten nu precies zijn.

HvJ 14 maart 2017, zaak C-157/15, Samira Achbita / G4S Secure Solutions NV, ECLI:EU:C:2017:203 en zaak C-188/15, Asma Bougnaoui/Micropole SA, ECLI:EU:C:2017:204

Inleiding

Het Hof van Justitie heeft zich in de arresten *Achbita* en *Bougnaoui* voor het eerst uitgelaten over het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, zoals neergelegd in Richtlijn 2000/78/EG.¹ De vraag die in beide zaken centraal staat, is in wezen: in hoeverre mag een werkgever grenzen stellen aan godsdienstige uitingen van zijn werknemers – in casu het dragen van een islamitische hoofddoek – op de werkvloer? Deze vraag blijkt nog niet gemakkelijk te beantwoorden. Bin-

nen de lidstaten lopen de opvattingen over de ruimte voor religie in het openbare leven en in de werkomgeving sterk uiteen. Dat hier ook in juridisch opzicht verschillend tegenaan wordt gekeken, blijkt uit het feit dat de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Achbita* en die van advocaat-generaal Sharpston in de zaak *Bougnaoui* zo ongeveer diametraal tegenover elkaar staan, terwijl de twee zaken ogenschijnlijk grote overeenkomsten vertonen (al is de formulering van de prejudiciële vraag in beide zaken wel verschillend).

In deze bijdrage staan de beide arresten centraal. Zij worden eerst op hoofdlijnen weergegeven en vervolgens voorzien van commentaar. Dit commentaar spitst zich toe op de overwegingen van het Hof van Justitie over de vraag of er sprake is van directe of indirecte discriminatie en op de vraag of daarvoor een rechtvaardiging aanwezig is. Op verschillende plaatsen verwijzen wij naar mogelijke gevolgen van de arresten – of vragen die zij oproepen – voor de Nederlandse rechtspraak.

De arresten *Achbita* en *Bougnaoui*

De zaak *Achbita*

Achbita is moslima en werkt als receptionist voor G4S. Dit is een particuliere onderneming die onder meer beveiligings- en receptiediensten verricht voor klanten uit zowel de overheidssector als de particuliere sector. Na enige jaren voor G4S te hebben gewerkt besluit zij een hoofddoek te gaan dragen. In april 2006 licht zij haar werkgever hierover in. Deze deelt haar mee dat dit indruist tegen de neutraliteit die het bedrijf wenst uit te stralen. Op 29 mei 2006 keurt de ondernemingsraad een aanpassing van het arbeidsreglement goed. Hierin is een verbod opgenomen voor werknemers om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuiging. Op 12 juni 2006 ont-

* Mr. A. (Annejet) Swarte is stafjurist bij het College voor de Rechten van de Mens. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. Mr. dr. J.P. (Jan-Peter) Loof is wnd. ondervoorzitter onderzoek & advies van het College voor de Rechten van de Mens en doceert staatsrecht en mensenrechten aan de Universiteit Leiden. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

slaat G4S Achbita, omdat zij haar hoofddoek wenst te blijven dragen. Zij gaat in beroep tegen het ontslag en stelt zich op het standpunt dat met het ontslag sprake is van discriminatie op grond van godsdienst. Zij wordt in de procedure bijgestaan door het Belgische Centrum voor gelijke kansen en racismebestrijding. Het Arbeidshof Antwerpen verwerpt haar beroep. Hetzelfde gebeurt in hoger beroep. Uiteindelijk stelt het Belgische Hof van Cassatie een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de uitleg van artikel 2 lid 2 sub a van Richtlijn 2000/78/EG: moet dit artikel zo worden uitgelegd dat een 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 en religieus teken op het werk, verboden directe discriminatie oplevert?

Het Hof van Justitie overweegt in de eerste plaats dat het begrip ‘godsdienst’ uit de richtlijn ruim moet worden uitgelegd in die zin dat het zowel betrekking heeft op het hebben van een bepaalde overtuiging als op het in de openbaarheid tot uitdrukking brengen daarvan. Deze interpretatie sluit aan bij die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 9 EVRM en bij de toelichting op artikel 10 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.² In de EHRM-jurisprudentie omvat het tot uitdrukking brengen van een godsdienstige overtuiging niet alleen het bijwonen van religieuze vieringen en onderwijs in de religieuze leer, maar ook het zich gedragen conform religieuze gedragsvoorschriften, bijvoorbeeld ten aanzien van kleding.³ Deze ruime uitleg betekent overigens niet dat *iedere* gedraging waarvan iemand stelt dat deze plaatsvindt in naam van een religieuze overtuiging wordt beschermd. De gedraging moet een directe en voldoende band hebben met de godsdienstige overtuiging. Die band moet op min of meer objectieve wijze vast te stellen zijn (bijvoorbeeld doordat meer gelovigen zich zo gedragen). Bovendien mag van de gelovige die een beroep doet op de bescherming van de godsdienstvrijheid een bepaalde mate van onderbouwing van zijn/haar claim en coherentie in gedrag worden verlangd.⁴ In de zaak *Achbita* blijkt ondubbelzinnig uit de verwijzingsbeslissing dat Achbita haar hoofddoek om religieuze redenen draagt. Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens dat er geen sprake is van directe discriminatie. De interne regel van G4S verwijst naar het dragen van zichtbare tekens van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen en geldt dus zonder onderscheid voor alle uitingen van dergelijke overtuigingen. Voorts is de regel op gelijke wijze toegepast ten aanzien van Achbita en de

andere werknemers.⁵ Het is aan de verwijzende nationale rechter om te beoordelen of er sprake is van indirecte discriminatie. Dit is het geval als de ogenschijnlijk neutrale verplichting in feite tot gevolg heeft dat de personen die een bepaalde godsdienst of overtuiging aanhangen bijzonder worden benadeeld. Volgens artikel 2 lid 2 sub b onder i van Richtlijn 2000/78/EG vormt een dergelijk verschil in behandeling echter geen indirecte discriminatie als het verschil objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁶ Het Hof van Justitie geeft de verwijzende rechter vervolgens een aantal aanwijzingen ten behoeve van diens oordeelsvorming. Het overweegt dat het streven van de werkgever ‘om in de relaties met klanten blijf te geven van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit’, in beginsel legitiem is. Een dergelijk streven houdt volgens het Hof van Justitie verband met de vrijheid van ondernemerschap, die wordt erkend in artikel 16 van het EU-grondrechtenhandvest.⁷ Het middel, de interne regel waarin het verbod is neergelegd om zichtbare tekens te dragen van een politieke, filosofische of religieuze overtuiging, is passend maar alleen onder de voorwaarde dat dit kledingbeleid ook daadwerkelijk, coherent en systematisch wordt nagestreefd. De verwijzende rechter zal dan ook moeten nagaan of G4S voor het ontslag reeds een dergelijk beleid had vastgesteld. Ten aanzien van de noodzakelijkheid overweegt het Hof van Justitie dat het verbod noodzakelijk kan worden geacht in geval van een functie met klantcontact. Wel moet de verwijzende rechter nagaan of G4S Achbita een functie had kunnen aanbieden die geen visueel contact met klanten zou inhouden. Daarbij moet echter rekening worden gehouden met de beperkingen die inherent zijn aan de onderneming en mag er geen sprake zijn van een extra belasting voor de onderneming. Het Hof van Justitie overweegt tot slot dat het aan de verwijzende rechter is om rekening te houden met de betrokken belangen en de beperkingen van de betrokken vrijheden te begrenzen tot het strikt noodzakelijke.⁸

De zaak *Bouagnaoui*

Bouagnaoui werkt als projectingenieur bij Micropole (een Frans bureau dat technische diensten verleent in de ICT-branche). Zij is moslima en draagt een hoofddoek. Zij werkt aan projecten in opdracht van klanten. Eén klant geeft bij de werkgever aan dat de hoofddoek ongemak veroorzaakt bij een aantal van zijn medewerkers en verlangt dat Bouagnaoui geen hoofddoek meer zal dragen. Micropole vraagt Bouagnaoui vervolgens om geen hoofddoek meer te dragen in verband met de noodzakelijke neutraliteit van het bedrijf. Zij weigert dit, waarna Micropole haar ontslaat. Bouagnaoui gaat hiertegen in beroep. Zij vindt het ontslag strijdig met het discriminatieverbod. Ook in deze zaak komt het tot een cassatiebe-

2. *Achbita*, punten 25-28. Zie in dit verband o.m. EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (*Eweida e.a./VK*), ECLI:NL:XX:2013:BZ1190, *NTM/NJCM-bull.* 2013/30 m.nt. L. Groen, *EHRC* 2013/67 m.nt. J.H. Gerards, *NJ* 2016/320 m.nt. E. Verhulp. Zie over deze zaak ook: C. Zoethout, ‘Godsdienstige tekens op het werk – de zaak *Eweida* en *Chaplin vs. United Kingdom*’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013, p. 3-4.

3. Zie o.m. punt 80 van het *Eweida*-arrest.

4. Vgl. EHRM 13 april 2006, nr. 55170/00 (*Kosteski/Macedonië*), punten 39 en 46.

5. *Achbita*, punten 30-32.

6. *Achbita*, punten 34-35.

7. *Achbita*, punten 37-38.

8. *Achbita*, punten 40-43.

roep. Het Franse *Cour de cassation* vraagt het Hof van Justitie of de wil van een werkgever om rekening te houden met de wensen van een klant die geen prijs stelt op dienstverlening door een werknemer die een islamitische hoofddoek draagt, een ‘wezenlijk en bepalend beroepsvereiste’ vormt als bedoeld in artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG.

Het Hof van Justitie overweegt dat uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt of de verwijzende rechter ervan uitgaat dat er sprake is van een verschil in behandeling dat rechtstreeks is gebaseerd op godsdienst of overtuiging dan wel dat deze indirect op dergelijke criteria is gebaseerd. Het vervolgt dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of het ontslag is gebaseerd op een interne regel, zoals aan de orde in de zaak *Achbita*. Als dit niet het geval is, dient de verwijzende rechter te onderzoeken of de wil van een werkgever om rekening te houden met de wensen van een klant, die bezwaar maakt tegen een werknemer die bij deze klant is ingezet vanwege het dragen van een hoofddoek, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt.⁹

Volgens artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2008/78/EG kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat berust op een kenmerk in verband met een door de richtlijn beschermde grond, geen discriminatie vormt. Dit kan echter alleen in uitzonderingsgevallen, voor zover dit kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. Daarnaast moet het doel legitiem zijn en het vereiste evenredig zijn aan dat doel. De Franse *code du travail* kent een bepaling die hiermee overeen lijkt te komen. Het is aan de nationale rechter om dit na te gaan.¹⁰

Het Hof van Justitie concludeert dat subjectieve overwegingen, zoals de wil van de werkgever om rekening te houden met de bijzondere wensen van de klant, niet kunnen kwalificeren als een ‘wezenlijk en bepalend beroepsvereiste’. Dergelijke overwegingen vormen geen objectief vereiste dat is ingegeven door de aard van de betrokken beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd.¹¹

Commentaar

Als het gaat om godsdienstige uitingen is de scheidslijn tussen directe en indirecte discriminatie soms moeilijk te trekken. De afbakening tussen directe en indirecte discriminatie is van belang, omdat op het verbod van directe discriminatie slechts in een beperkt aantal gevallen een uitzondering mogelijk is, terwijl de rechtvaardigingsmogelijkheden ten aanzien van een verschil in behandeling dat indirect is gebaseerd op de grond godsdienst veel ruimer zijn. In die gevallen kan de werkgever

een zogenoemde objectieve rechtvaardiging aandragen voor het verschil in behandeling.

De zaken *Achbita* en *Bougnaoui* geven enig kader, maar roepen tegelijkertijd veel vragen op.

Aanknopingspunten directe discriminatie

Het arrest *Achbita* geeft in zoverre duidelijkheid dat geen sprake is van directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging indien een bedrijf in een kledingreglement een breed verbod formuleert waarin zichtbare tekens van zowel godsdienstige als politieke en filosofische opvattingen worden verboden. Zo’n breed geformuleerd ‘neutraliteitsgebod’ treft aanhangers van alle godsdiensten in min of meer dezelfde mate en ziet niet specifiek op religieuze overtuigingen maar evenzeer op andersoortige overtuigingen, zo redeneerde advocaat-generaal Kokott al in haar conclusie in de zaak *Achbita*.¹²

Het Hof van Justitie laat onbesproken of er wel sprake zou zijn van directe discriminatie indien het verbod berust op stereotypen of vooroordelen tegenover één of meer specifieke godsdiensten, of tegenover religieuze overtuigingen in het bijzonder. Advocaat-generaal Kokott meende van wel.¹³ Vrij recent oordeelde het Hof van Justitie in dezelfde zin. In het arrest *CHEZ/Nikolova* oordeelde het dat als een bepaalde handelwijze berust op etnische stereotypen en vooroordelen dit een aanknopingspunt is voor directe discriminatie.¹⁴ Dat was een belangrijke uitspraak die in potentie een reikwijdte heeft die zich uitstrekt buiten de directe problematiek die de aanleiding voor de uitspraak vormde (de hoogte waarop elektriciteitsmeters waren geplaatst in een wijk waarin voornamelijk Roma wonen). Immers, in het huidige tijdsgewricht zijn moslims zowel in het maatschappelijke als in het politieke debat onderwerp van kritiek, zijn stereotypering en vooroordelen jegens hen aan de orde van de dag, met als gevolg dat sprake is van uitsluiting of achterstelling. Het zou instructief zijn geweest als het Hof van Justitie enkele bespiegelingen had gewijd aan de mogelijkheid dat een neutraliteitsgebod hoofdzakelijk is ingegeven door stereotype en/of vooroordelen ten aanzien van personen die een bepaalde godsdienst belijden, in het bijzonder moslims. Dit neemt niet weg dat de nationale rechter zich – voor zover mogelijk – ervan zou moeten vergewissen of aan een bepaalde handelwijze vooroordelen of stereotiepe denkbeelden ten grondslag liggen. Als dat het geval is zal, in lijn met het arrest *Chez*, al snel sprake zijn van directe discriminatie.

In *Bougnaoui* lijkt het Hof van Justitie ervan uit te gaan dat als het verbod op het dragen van een hoofddoek niet voortvloeit uit een reglement met een breed geformuleerd neutraliteitsgebod, er sprake is van directe discriminatie. Het Hof van Justitie overweegt dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of het ontslag was

9. *Bougnaoui*, punten 31-34.

10. *Bougnaoui*, punten 35-36.

11. *Bougnaoui*, punt 40.

12. Conclusie A-G Kokott van 31 mei 2016 in zaak C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2016:382, par. 52-53.

13. Conclusie A-G in *Achbita*, par. 55.

14. HvJ 16 juli 2015, zaak C-83/14, *CHEZ/Nikolova*, ECLI:EU:C:2015:480, punten 80 en 82, *EHRC* 2015/211 m.nt. K. Henrard, *JV* 2015/308 m.nt. Rodrigues.

gebaseerd op de niet-inachtneming van een interne regel, zoals aan de orde in *Achbita*. Bij gebreke hiervan moet deze onderzoeken of het verbod voortvloeit uit een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste. Dit vormt een uitzondering op het verbod van directe of indirecte discriminatie.¹⁵ Het Hof van Justitie bepaalt dus niet zelf, althans niet expliciet, of ten aanzien van Bougnaoui sprake is geweest van een verschil in behandeling dat direct dan wel indirect verband hield met godsdienst. Advocaat-generaal Sharpston deed dit wel en stelde zich op het standpunt dat Bougnaoui met het ontslag direct werd gediscrimineerd op grond van haar godsdienstige overtuiging. Het ontslag was immers gebaseerd op een aan haar gerichte opdracht om zich bij het uitoefenen van haar werkzaamheden te onthouden van het dragen van religieuze kleding. Als Bougnaoui geen hoofddoek had gedragen was zij niet ontslagen, daarom was volgens Sharpston sprake van directe discriminatie.¹⁶ Dit is in lijn met de oordelen hierover door het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens (het College). Zo maakte een kinderdagverblijf direct onderscheid op grond van godsdienst, omdat het een sollicitant afwees vanwege het dragen van een hoofddoek. Het kinderdagverblijf had aangegeven dat er binnen de organisatie geen ruimte was voor religieuze uitingen.¹⁷ Dat gold ook voor een hotel dat een werknemer ontsloeg toen zij besloot een hoofddoek te gaan dragen. De directeur had tegen de vrouw gezegd niet te willen dat werknemers zichtbaar uiting gaven aan hun geloof.¹⁸

Aanknopingspunten indirecte discriminatie

In *Achbita* laat het Hof van Justitie zich er niet over uit of het kledingreglement van G4S een verschil in behandeling creëert dat indirect is gebaseerd op godsdienst. Het is aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen. Van indirecte discriminatie is sprake als de ogenschijnlijk neutrale verplichting in feite tot gevolg heeft dat dit personen met een bepaalde godsdienst, in vergelijking met andere personen, bijzonder benadeelt. In eerste instantie lijkt hier weinig twijfel over mogelijk. Het verbod treft immers personen als verzoekster, die vanwege hun islamitische geloofsovertuiging een hoofddoek dragen, bijzonder in vergelijking met andere personen. Dit is ook de lijn van het College. Het College oordeelde dat een rechtbank indirect onderscheid maakte door een buitengriffier niet toe te staan een hoofddoek te dragen tijdens zittingen. Op grond van het kledingreglement verbiedt de rechtbank op de zitting ieder zichtbaar en herkenbaar teken van persoonlijke overtuiging, van welke aard dan ook, zo ook de hoofddoek. Het College oordeelde dat de vrouw hierdoor in verband met haar godsdienstige overtuiging bijzonder wordt getroffen.¹⁹

15. *Bougnaoui*, punten 32-34.

16. Conclusie A-G Sharpston van 13 juli 2016 in zaak C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2016:553, par. 84 en 88.

17. College voor de Rechten van de Mens 7 juli 2016, oordeel 2016-69, overweging 4.8.

18. College voor de Rechten van de Mens 14 april 2016, oordeel 2016-32, overweging 4.7.

19. College voor de Rechten van de Mens 26 mei 2016, oordeel 2016-45, overweging 4.6.

Het Hof van Justitie heeft zich in een recent arrest (*Jyske Finans A/S*) uitgelaten over de uitleg van het begrip indirecte discriminatie in de zin van Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.²⁰ In de betreffende zaak verlangde een kredietinstelling een aanvullende legitimatie van klanten met een geboorteland buiten de Europese Unie of de Europese Vrijhandelsassociatie. Het Hof van Justitie overweegt dat enkel sprake is van indirecte discriminatie, als bedoeld in artikel 2 lid 2 sub b van de richtlijn, als in het bijzonder personen met een *bepaalde* [onze cursivering] etnische afstamming worden benadeeld. Daar was met het criterium geboorteland niet aan voldaan.

In die lijn zou kunnen worden betoogd dat enkel sprake is van indirecte discriminatie als met het neutraliteitsgebod in het bijzonder personen met een *bepaalde* godsdienst worden benadeeld. Met andere woorden: als het neutraliteitsgebod niet enkel moslims treft, maar ook personen die een andere godsdienst aanhangen, dan leidt dit niet tot indirecte discriminatie. Een dergelijke uitkomst zou echter grote consequenties hebben voor de toepassing van het concept van indirecte discriminatie. Bovendien is het de vraag of *Jyske Finans A/S* daadwerkelijk moet worden gezien als een indicatie in die richting. Mogelijk is bepalend voor de uitkomst dat is getoetst aan de grond etnische afstamming. In combinatie met het onderscheidmakende criterium ‘geboorteland’ is dit op zichzelf al een moeilijk af te bakenen begrip: zoals de advocaat-generaal overwoog, is de geboorteplaats immers slechts één specifieke factor op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat een persoon behoort tot een bepaalde etnische groep.²¹

In een recent oordeel neemt het College afstand van de betekenis die het Hof van Justitie lijkt toe te kennen aan het woord ‘bepaalde’, in die zin dat de benadeelde groep dient te bestaan uit personen met een ‘specifiek(e) ras, of etnische afstamming.’²² Dit zou er volgens het College anders toe leiden dat de bescherming die personen in Nederland kunnen ontlenuen aan de grond ras, zoals die in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) als beschermde grond is neergelegd, in belangrijke mate haar betekenis zou verliezen. Het is aannemelijk dat de Nederlandse wetgever met de AWGB een hoger beschermingsniveau voor ogen heeft gehad dan het Hof van Justitie uit Richtlijn 2000/43/EG lijkt af te leiden, aldus het College.

Rechtvaardigingsgronden

In geval van directe discriminatie gaat zowel Richtlijn 2000/78/EG als de AWGB, waarin het verbod van onderscheid op grond van godsdienst is neergelegd, uit van een gesloten systeem van uitzonderingen; direct

20. HvJ 6 april 2017, zaak C-668/15, *Jyske Finans A/S*, ECLI:EU:C:2017:278.

21. Conclusie A-G Wahl van 1 december 2016 in zaak *Jyske Finans A/S*, ECLI:EU:C:2016:914, par. 41.

22. College voor de Rechten van de Mens 6 juni 2017, 2017-67, overweging 4.4.

onderscheid is verboden, tenzij er in de AWGB of de richtlijn een specifieke uitzondering is opgenomen. Als het verschil in behandeling indirect is gebaseerd op de grond godsdienst kan de werkgever een objectieve rechtvaardiging aandragen voor het verschil in behandeling.

- *Een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste*

Richtlijn 2000/78/EG biedt lidstaten de mogelijkheid zowel directe als indirecte discriminatie te rechtvaardigen in geval van een ‘wezenlijk en bepalend beroepsvereiste’. De Franse *code du travail* kent een algemene uitzondering die overeenkomt met artikel 4 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. De betreffende bepaling is echter niet in de Nederlandse noch in de Belgische wetgeving geïmplementeerd. Alhoewel de wetgeving van de lidstaten in overeenstemming dient te zijn met de richtlijn kunnen lidstaten ervoor kiezen meer bescherming te bieden ten behoeve van het discriminatieverbod.

Wel bepaalt artikel 5 lid 2 AWGB dat instellingen met een bijzondere grondslag onderscheid mogen maken op grond van godsdienst voor zover dit kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de instelling. Deze uitzonderingsgrond geldt dus enkel ten aanzien van instellingen op bijzondere grondslag.

Advocaat-generaal Kokott stelt zich op het standpunt dat de uitzondering van artikel 4 lid 1 van de richtlijn niet noodzakelijkerwijs een wettelijke grondslag behoeft. Het is volgens haar voldoende dat het verbod berust op een intern bedrijfsreglement.²³ Kokotts opvatting is moeilijk in overeenstemming te brengen met de bewoordingen van artikel 4 lid 1 van de richtlijn waarin staat dat lidstaten kunnen bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk berust in verband met een van de door de richtlijn beschermde gronden een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. Die formulering lijkt te duiden op de noodzaak van enigerlei vorm van autorisatie door de nationale wetgevende organen. Het Hof van Justitie geeft hierover uiteindelijk geen duidelijkheid, omdat het in de zaak *Achbita* voorbij gaat aan de vraag of het hoofddoekverbod een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. In *Bouagnaoui* benadrukt het Hof van Justitie echter wel het belang van de aanwezigheid van een wettelijke basis in de Franse *code du travail*.²⁴

- *Objectieve rechtvaardiging*

Een verschil in behandeling dat indirect samenhangt met godsdienst vormt geen indirecte discriminatie als hiervoor een objectieve rechtvaardiging is. Dit vereist dat de handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Legitimiteit van het doel

Het Hof van Justitie acht in de zaak *Achbita* het doel – de wil om ten aanzien van klanten neutraliteit uit te stralen – legitiem. Het motiveert dit vrij summier onder verwijzing naar de vrijheid van ondernemerschap.²⁵ Het begrip ‘legitiem doel’ wordt in Richtlijn 2000/78/EG niet nader gedefinieerd. Volgens advocaat-generaal Kokott vormt de bescherming van de rechten en vrijheden van derden zonder twijfel een legitieme doelstelling.²⁶ De vrijheid van ondernemerschap kan hieronder worden geschaard. Dit roept de vraag op of met een beroep op de vrijheid van ondernemerschap elk bedrijfsbelang zonder meer als legitiem doel kan worden aangemerkt. Hoe indringend mag door een nationale instantie getoetst worden of de werkgever wel daadwerkelijk een zwaarwegend belang heeft bij een neutrale uitstraling van zijn personeel? In *Bouagnaoui* geeft het Hof van Justitie in ieder geval aan dat subjectieve overwegingen, zoals de enkele wens van klanten, onvoldoende basis vormt voor discriminerende kledingvoorschriften.

Voor een antwoord op de vraag wanneer sprake is van een legitiem doel kan inspiratie worden geput uit de uitwerking die het Hof van Justitie in het standaardarrest *Bilka* geeft aan de objectieve rechtvaardigingstoets.²⁷ Hieruit volgt dat een legitiem doel vereist dat het voldoende zwaarwegend is dan wel beantwoordt aan een werkelijke behoefte. Het is aan de werkgever om dit aan te tonen. Voorts is vereist dat het doel geen discriminerend oogmerk heeft. Ook het EHRM gaat in het arrest *Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk* uit van een beoordeling door de nationale rechter van de zwaarte van het bedrijfsbelang dat aan de zijde van de werkgever aan de orde is als deze kledingvoorschriften uitvaardigt die een aantasting van de godsdienstvrijheid opleveren.²⁸

In Nederland heeft het College verschillende keren geoordeeld dat bij het uitvoeren van overheidstaken het vereiste van een neutrale uitstraling op zich een legitiem doel dient.²⁹ De medewerker vertegenwoordigt de (levensbeschouwelijk neutrale) Nederlandse staat, waarbij een eventuele schijn van partijdigheid dient te worden voorkomen.³⁰ Ten aanzien van private werkgevers gaat deze onderbouwing niet zonder meer op. In het licht van *Bilka* en *Eweida* ligt het voor de hand te veronderstellen dat een private werkgever zal moeten onderbouwen dat de neutrale uitstraling een zwaarwegend belang dient dan wel voldoet aan een werkelijke behoefte.

23. Conclusie A-G in *Achbita*, par. 67.

24. *Bouagnaoui*, punt 36.

25. Zie ook M. Steijns, ‘De zaak Achbita. Opmaat naar het verdwijnen van de hoofddoek op de werkvloer?’, *NJB* 2017/844, p. 1105.

26. Conclusie A-G in *Achbita*, par. 60.

27. HvJ 13 mei 1986, zaak C-170/84, *Bilka/Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204.

28. EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (*Eweida e.a./VK*), par. 94. Zie nader *supra* noot 2.

29. College voor de Rechten van de Mens 7 juli 2016, oordeel 2016-73, overweging 4.10. Zie ook College voor de Rechten van de Mens 12 maart 2013, oordeel 2013-28.

30. Overigens kwam het College in beide in de voorgaande voetnoot genoemde oordelen uiteindelijk tot het oordeel dat, ondanks het legitieme doel, het gemaakte onderscheid niet gerechtvaardigd was.

Passendheid van het middel

Ten aanzien van de overweging van het Hof van Justitie in *Achbita* over de passendheid van het middel is allereerst relevant dat hieraan enkel is voldaan als het beleid daadwerkelijk, coherent en systematisch wordt nagestreefd. Het Hof van Justitie specificceert dit verder niet, maar in het geval van *Achbita* kunnen hier vraagtekens bij worden geplaatst. Het lijkt erop dat op het moment dat *Achbita* kenbaar maakt dat zij een hoofddoek wil gaan dragen de werkgever hierover nog geen algemeen beleid heeft vastgesteld. Kort daarna wordt immers het arbeidsreglement goedgekeurd waarin het verbod is gespecificeerd, waarna ontslag volgt. In het algemeen roept deze overweging over consistent en systematisch gevoerd beleid de vraag op hoe moet worden omgegaan met situaties waarin een werkgever voor het eerst geconfronteerd wordt met een personeelslid dat bepaalde religieuze symbolen ten toon wil spreiden. Het zijn immers vaak zulke concrete gebeurtenissen die de aanzet vormen voor het opstellen van beleid terzake.

In het *Nederlands Juristenblad* heeft Steijns gewezen op de complicerende factor dat het begrip ‘neutrale uitstraling’ lastig is te duiden; want wat is neutraal? Dit hangt samen met de perceptie van anderen. Wat de één neutraal vindt, hoeft een ander niet zo te ervaren.³¹ Alhoewel het Hof van Justitie hier wel van uit lijkt te gaan, is het volgens haar dus de vraag of het verbod, zoals opgenomen in het kledingreglement, per definitie geschikt is om een neutrale uitstraling te waarborgen.

Noodzakelijkheid van het middel

In het kader van de noodzakelijkheid van het middel dient te worden onderzocht of er een minder onderscheidmakend alternatief is (subsidiariteitstoets).³² Het Hof van Justitie lijkt echter als uitgangspunt te nemen dat een neutraliteitsgebod voor functies met klantcontact zonder meer noodzakelijk geacht kan worden. Het overweegt wel dat in zo’n geval op de werkgever de verplichting rust om te onderzoeken of de persoon in kwestie binnen het bedrijf een functie zonder klantcontact kan worden gegeven. Alhoewel het Hof van Justitie dit niet met zoveel woorden duidt, zou dit kunnen worden aangemerkt als een subsidiariteitstoets. Hierbij valt overigens op dat het aanbieden van een andere functie binnen het bedrijf volgens het Hof van Justitie geen ‘extra last’ voor de werkgever mag opleveren. Loenen noemt dit in haar *AB*-annotatie bij beide arresten een ‘boterzachte’ waarborg, nu het Hof van Justitie niet spreekt van ‘onredelijke last’ of iets dergelijks.³³ Immers, van enige extra last is in geval van overplaatsing van een werknemer al snel sprake.

Opvallend is voorts dat het Hof van Justitie in *Achbita* de proportionaliteitstoets in feite achterwege laat. Ook al

is een kledingvoorschrift geschikt en is er geen minder onderscheidmakend alternatief om een bepaald legitiem doel – neutrale uitstraling van personeel en bedrijf – te verwezenlijken, dan nog moet altijd onderzocht worden of het nadeel dat dit voor de betrokken werknemer oplevert niet onevenredig is. In het bijzonder gaat het Hof van Justitie niet in op het belang van *Achbita* om deel te kunnen blijven nemen aan het arbeidsproces zonder in strijd met haar godsdienstige overtuiging te hoeven handelen. Advocaat-generaal Sharpston deed dit wel en benoemde in haar conclusie het fundamentele belang van toegang tot de arbeid.³⁴

Dat het Hof van Justitie dit niet betreft in zijn beoordeling klemmt temeer nu dit belang raakt aan een breder maatschappelijk belang. Het verbod als hier aan de orde leidt er immers toe dat bevolkingsgroepen op voorhand, zonder individuele beoordeling op kwaliteit, worden uitgesloten. Het College benadrukte dit in een drietal recente zaken waarin een werkgever een werknemer uitsloot van een functie in verband met diens wens om uiting te kunnen geven aan zijn of haar godsdienstige overtuiging.³⁵ De belangenafweging die het Hof van Justitie achterwege laat, komt wel expliciet aan de orde in het eerder genoemde EHRM-arrest *Eweida*. Ten grondslag aan dit arrest lag een klacht van een werknemer van British Airways die zonder salaris naar huis werd gestuurd omdat zij zichtbaar een koptisch kruis om haar hals droeg.³⁶ Het betreft de enige zaak die het EHRM heeft uitgesproken over discriminatie op grond van godsdienst bij een arbeidsverhouding in de private sector. In zijn arrest oordeelt het EHRM dat het belang van de werkgever om zijn bedrijfsimago uit te dragen niet opweegt tegen het belang van *Eweida* om uiting te kunnen geven aan haar godsdienstige overtuiging. Het commerciële belang van British Airways wordt weliswaar erkend, maar het EHRM kende meer gewicht toe aan het belang van *Eweida*.³⁷ Daarentegen lijkt in *Achbita* de wens van de werkgever om neutraliteit uit te stralen zonder meer doorslaggevend te zijn. Deze divergentie tussen het Luxemburgse en het Straatsburgse Hof maakt het er voor de nationale rechters en overige autoriteiten niet eenvoudiger op. Het is niet ondenkbaar dat *Achbita* en het Centrum voor gelijke kansen (dat vorig jaar werd omgedoopt tot UNIA) nadat het Belgische Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken de blik op het EHRM zullen richten. In dat geval is het laatste woord aan Straatsburg.

31. M. Steijns, ‘De zaak *Achbita*. Opmaat naar het verdwijnen van de hoofddoek op de werkvloer?’, *NJB* 2017/844.
32. Vergelijk HvJ 16 juli 2015, zaak C 83/14, *CHEZ/Nikolova*, ECLI:EU:C:2015:480, punten 122 en 123, *EHRC* 2015/211 m.nt. K. Henrard, *JV* 2015/308 m.nt. Rodrigues. Zie ook o.a. College voor de Rechten van de Mens 28 april 2015, oordeel 2015-50, overweging 3.13.
33. *AB* 2017/183 m.nt. M.L.P. Loenen.

34. Conclusie A-G in *Bougnouui*, par. 71.
35. College voor de Rechten van de Mens 26 mei 2016, oordeel 2016-45, overweging 4.11: College voor de Rechten van de Mens 7 juli 2016, oordeel 2016-73, overweging 4.13: College voor de Rechten van de Mens 22 december 2016, oordeel 2016-142, overweging 4.12.
36. EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (*Eweida e.a./VK*), par. 89-93.
37. Al kan dat ook te maken hebben met het feit dat British Airways geen consequent neutraliteitsbeleid voerde. Het dragen van een hoofddoek of tulband werd namelijk wel toegestaan en inmiddels was het ook mw. *Eweida* toegestaan om het kruisje te dragen. Dat draagt bij aan het geringe gewicht dat het EHRM toekent aan het bedrijfsbelang van de luchtvaartmaatschappij.

Veel zal nu dus afhangen van de toetsing die het Belgische Hof van Cassatie verricht. Alhoewel het Hof van Justitie in de zaak *Achbita* de proportionaliteitstoets niet expliciteert en er in eerste instantie van uit lijkt te gaan dat als het gaat om een functie met klantcontact het belang van een neutrale uitstraling zonder meer prevaleert, lijkt er uiteindelijk voor de nationale rechter toch een belangenafweging weggelegd. Het Hof van Justitie besluit immers met de overweging dat het aan de verwijzende rechter is om rekening te houden met de betrokken belangen en de beperkingen van de betrokken vrijheden te begrenzen tot het strikt noodzakelijke. De proportionaliteitstoets wordt door het Hof van Justitie dus in wezen teruggelegd op het bordje van de nationale rechter met de weinig richtinggevende of houvast biedende aanwijzing alle vrijheden en belangen zo goed mogelijk recht te doen.

Dat het Hof van Justitie er niet in slaagt om met betrekking tot de proportionaliteitstoets meer duidelijkheid te verschaffen, zal allicht te maken hebben met verschillen van inzicht tussen de rechters. Illustratief is dat juist op dit punt de conclusies van Kokott en Sharpston lijnrecht tegenover elkaar stonden. Kokott benadrukte dat het dragen van een hoofddoek als manifestatie van godsdienst het *forum externum* betreft en geen onveranderlijk kenmerk vormt als geslacht, huidskleur of seksuele oriëntatie. Zulke onveranderlijke kenmerken kan men niet achter zich laten als men zich op de arbeidsmarkt begeeft, een religieuze uiting wel. Dat brengt wat haar betreft mee dat van een werknemer mag worden verwacht dat hij religieuze uitingen op het werk matigt of achterwege laat.³⁸ Sharpston onderstreepte juist dat voor een belijdend aanhanger van een geloof de religieuze identiteit onlosmakelijk verbonden is met het wezen van die persoon en dus evenmin als huidskleur of geslacht kan worden afgelegd bij het betreden van de werkplek.³⁹ Dat betekent volgens haar niet dat een werkgever geen enkele beperking kan opleggen aan religieuze uitingen op de werkvloer, maar wel dat opgelegde beperkingen indringend moeten worden getoetst op hun proportionaliteit. Een werkgeversvoorschrift dat een door de werknemer als essentieel beschouwd aspect van zijn religieuze plichten ondermijnt, zal volgens Sharpston niet snel proportioneel zijn. Een verbod op gezichtsbedekkende kleding kan weliswaar evenredig worden geacht gelet op het belang van open communicatie, maar dit gaat niet op in geval van een hoofddoek die het gelaat en de ogen vrijlaat.⁴⁰

Gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk

In het algemeen ligt het beschermingsniveau voor religieuze uitingen van werknemers in Nederland boven het Europese niveau. Loenen betoogt in haar eerder genoemde *AB*-annotatie dat ondernemingen of private instellingen die niet zijn gebaseerd op een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag binnen het Nederlandse recht nauwelijks ruimte hebben om hun werknem-

mers te verbieden op het werk religieuze symbolen te dragen. Zij wijst daarbij op de vaste jurisprudentie van het College en diens voorganger de Commissie Gelijke Behandeling (hierboven noemden wij al verschillende recente oordelen) en ook op uitspraken van de gewone rechter.⁴¹ Door werkgevers opgelegde hoofddoekverboden zijn in het verleden ook door de gewone rechter onrechtmatig verklaard. Daartegenover staat echter de zaak van de Amsterdamse trambestuurder die een vrij fors christelijk kruis over zijn uniform droeg.⁴² De werkgever voerde aan dat dit de zakelijke, uniforme en professionele uitstraling van de bedrijfskleding verstoorde. Het gerechtshof oordeelde dat sprake was van indirect onderscheid, maar oordeelde dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestond. Opvallend was overigens dat door de betreffende werkgever het dragen van een hoofddoek wel werd toegestaan, omdat deze in het uniform was geïncorporeerd.

Hebben de arresten *Achbita* en *Bouagnaoui* nu gevolgen voor dit Nederlandse beschermingsniveau? Hierboven wezen wij er al op dat bepaalde redeneringen van het Hof van Justitie zich niet zonder meer laten doorvertalen naar het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. In geval van direct onderscheid kent de AWGB een gesloten systeem van uitzonderingsgronden en daartoe behoort bijvoorbeeld geen algemene uitzondering voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Daarnaast roepen de arresten de nodige vragen op. Zo hecht het Hof van Justitie in *Achbita* veel waarde aan de vrijheid van ondernemerschap, maar motiveert het niet hoe dit zich verhoudt tot het discriminatieverbod.

Het Hof van Justitie lijkt dus weliswaar op het eerste oog veel ruimte te laten aan de werkgever die religieuze uitingen wil verbieden, maar tegelijkertijd kenmerken de arresten zich door de geringe mate van detail en concreetheid. Dit maakt de weg vrij voor nationale organen (rechters/gelijkebehandelingsinstanties) een eigen koers uit te zetten.

In een concrete casus binnen de nationale rechtspraktijk zullen aandachtspunten zijn of er geen stereotyperende aannames ten grondslag liggen aan bepaalde kledingvoorschriften, of er daadwerkelijk sprake is van een zwaarwegend belang en/of de kledingvoorschriften coherent en systematisch worden uitgevoerd. Maar met name zal veel afhangen van de invulling van de proportionaliteitstoets. Die legt het Hof van Justitie tamelijk ongekaderd terug op het bord van de nationale rechter. Daarbij zal naar onze mening in ieder geval het belang van de werknemer om toegang tot arbeid te hebben betrokken moeten worden. Anders dan sommige commentatoren lijken te betogen⁴³ vormen de arresten naar onze mening dus nog geen vrijbrief voor werkge-

38. Conclusie A-G Kokott in *Achbita*, par. 60.

39. Conclusie A-G Sharpston in *Bouagnaoui*, par. 118.

40. Conclusie A-G in *Bouagnaoui*, par. 127-130.

41. *AB* 2017/183, m.nt. M.L.P. Loenen, punt 11.

42. Gerechtshof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI NL:GHAMS:2010:BM7410. Zie over deze uitspraak C. Zoethout, 'Trambestuurder en kruisbeeld', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, p. 92-95.

43. Zie o.m. S. Ouald-Shaib en V. David, 'European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it', 27 maart 2017, te raadplegen via <www.strasbourgobservers.com>.

vers om de hoofddoek op de werkvloer te verbieden.
Dat zou overigens ook een moeizaam uitgangspunt zijn
voor onze liberale en pluriforme samenleving.