

ANNOTATIE

WABE (HvJ EU, C-804/18) en Müller (HvJ EU, C-341/19) – Verbod op religieuze uitingen op de werkvloer: nieuwe ontwikkelingen

L.C. Groen

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 15-07-2021, ECLI:EU:C:2021:594 (EHRC-2021-0201, AR-2021-0908)

1. De vraag hoe om te gaan met religieuze uitingen op het werk is onverminderd actueel.[1] Binnen de verschillende lidstaten in de Europese Unie wordt uiteenlopend over de beantwoording ervan gedacht, en het ligt in de rede te veronderstellen dat het HvJ EU het daarom niet makkelijk heeft als het uitleg moet geven over Europese wetgeving die hierop betrekking heeft. In de uitspraak in de zaak *Achbita t. G4S* in 2017 leek het Hof veel ruimte te bieden aan werkgevers die een zogenoemd ‘neutraliteitsbeleid’ willen voeren.[2] Die ruimte is in het arrest waarop deze annotatie betrekking heeft, *WABE* en *Müller*, weer enigszins ingekaderd.[3] Hierna zal ik ingaan op enkele interessante aspecten van het oordeel van het Hof in de beide zaken, namelijk het onderscheid dat wordt gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie (met name als het gaat om het verbieden van grote, opvallende religieuze tekens op de werkvloer), de nadere eisen die aan de rechtmatigheid van neutraliteitsbeleid worden gesteld en de rol van (inter)nationale bepalingen die aan werknemers mogelijk méér bescherming bieden dan de bepalingen in de kaderrichtlijn non-discriminatie bij arbeid (richtlijn 2000/78; hierna de richtlijn) die het Hof uitlegt. Eerst geef ik kort de kern van beide zaken weer.

2. IX en MJ zijn allebei begonnen met het dragen van een islamitische hoofddoek toen zij al enige tijd bij *WABE* en *Müller* in dienst waren. In het geval van IX gebiedt *WABE*, exploitant

van kinderdagverblijven, haar de hoofddoek tijdens het werk af te doen op grond van intern beleid dat is gericht op “politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit”. Deze neutraliteit dient in acht te worden genomen in het contact met kinderen en hun ouders – en dat contact heeft IX tijdens haar werk –, “om een individuele en vrije ontwikkeling van de kinderen ten aanzien van godsdienst, levensbeschouwing en politiek te waarborgen”. MJ werkt als verkoopadviseur en caissière bij Müller, die een drogisterijketen exploiteert. Zij weigert in te gaan op het verzoek haar hoofddoek af te doen en krijgt aanvankelijk ander werk. Later wordt haar opgedragen op het werk te verschijnen zonder “grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging” en zich aldus te conformeren aan een interne richtlijn, die is bedoeld om de neutraliteit binnen de onderneming te bewaren en conflicten tussen werknemers te voorkomen.

3. De vraag of een interne regel die zichtbare politieke, levensbeschouwelijke en religieuze uitingen verbiedt, moet worden aangemerkt als direct discriminerend in de zin van de richtlijn, lijkt eenvoudig te beantwoorden. Ingevolge art. 1 en art. 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn is immers sprake van directe discriminatie als iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, op basis van (onder meer) godsdienst. Dat doet zich voor als sommige werknemers vanwege hun religie bepaalde dingen níet mogen (bijvoorbeeld het dragen van hoofdbedekking of juwelen) die andere werknemers wél mogen, en dat is precies wat een dergelijke interne regel tot gevolg heeft.[4] In de reeds aangehaalde zaak *Achbita t. G4S* – waar sprake was van een vergelijkbare interne regel als in de gevallen van IX en MJ – kwam het Hof echter tot een ander oordeel. Nu een dergelijke regel moet worden geacht álle werknemers op dezelfde wijze te behandelen door hen op algemene, niet-gedifferentieerde wijze te verplichten zich neutraal te kleden, wordt geen verschil in behandeling gecreëerd dat rechtstreeks op godsdienst is gebaseerd.[5] Daarmee is volgens het Hof geen sprake van directe discriminatie, maar alleen van indirecte. Voor indirecte discriminatie bestaan op grond van de richtlijn veel ruimere mogelijkheden tot rechtvaardiging dan voor directe.[6]

4. Terecht is deze redeneerwijze van het Hof sterk bekritiseerd.[7] Het is vreemd om te stellen dat een regel die op iedereen van toepassing is, in beginsel nooit directe discriminatie kan opleveren. Dat zou tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld regels waaruit volgt dat werknemers die een bepaalde leeftijd bereiken of in een rolstoel terechtkomen geen klantcontact meer mogen hebben, óók geen directe discriminatie opleveren naar leeftijd of handicap, zolang ze maar voor alle werknemers op gelijke wijze gelden. De crux van het oordeel of van directe discriminatie sprake is, is echter niet zozeer of de regel al dan niet voor iedereen geldt, maar of die regel mensen benadeelt ten opzichte van anderen vanwege bepaalde kenmerken als godsdienst, leeftijd of handicap. Als we van dit laatste uitgaan, is duidelijk dat een regel die

onder meer alle zichtbare religieuze uitingen verbiedt, niet alleen onderscheid maakt tussen werknemers mét een bepaalde religieuze overtuiging en werknemers zónder religieuze overtuiging, maar ook tussen religieuze werknemers die zich verplicht achten een bepaald religieus teken zichtbaar aan hun uiterlijk toe te voegen en religieuze werknemers die die verplichting níet ervaren.[8]

5. Niettemin bevestigt het Hof in dit arrest de redenering die het eerder in *Achbita t. G4S* hanteerde: interne regels die verbieden op het werk zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging te dragen, zijn niet direct discriminerend als zij op algemene, niet-gedifferentieerde wijze worden toegepast op alle werknemers. In de omstandigheid dat WABE een andere werkneemster heeft verboden een ketting met een kruis te dragen, ziet het Hof aanleiding voor het oordeel dat de regel zonder onderscheid is toegepast en dat IX dus niet direct is gediscrimineerd.[9] De richtlijn van Müller – die slechts grote, opvallende tekens verbiedt – kan volgens het Hof echter wél directe discriminatie opleveren. Het oordeel van het Hof wijkt hiermee af van de conclusie van AG Rantos op dit punt, die in wezen betoogde dat als het verbod om álle politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens op de werkvloer te verbieden onder omstandigheden aanvaardbaar is, dat óók moet gelden voor een verbod op slechts een deel van die tekens (namelijk alleen grote, opvallende).[10] Met andere woorden: het zou gek zijn als een strengere regel eerder kan worden gerechtvaardigd dan een minder strenge. Het Hof kiest echter een andere benadering, en stelt dat een interne regel die alleen het dragen van grote, opvallende tekens verbiedt, nadeliger kan uitpakken voor personen die vanuit hun religieuze overtuiging een ‘groot’ teken dragen, zoals een hoofddekseel. Omdat het gemaakte onderscheid dan wordt geacht direct op de beschermde grond – in dit geval godsdienst of overtuiging – te steunen, is het gevolg dat bepaalde werknemers wegens hun godsdienst of overtuiging minder gunstig wordt behandeld dan andere. Er zou dan sprake zijn van directe discriminatie in de zin van art. 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn.[11]

6. Duidelijk is dat zowel A-G Rantos als het Hof worstelen met het antwoord op de vraag naar de kwalificering van een interne regel die slechts grote, opvallende tekens verbiedt als directe of indirecte discriminatie, juist omdat een interne regel die álle politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens verbiedt, moet worden geacht hooguit indirect discriminerend te zijn. Voor het oordeel van het Hof lijkt mij veel te zeggen. Dat toont echter óók aan waarom zijn oordeel over een interne regel die álle politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens verbiedt, zo vreemd is: als interne regels die meer effect hebben op *sommige* werknemers die zichtbaar een religieus teken dragen direct kunnen discrimineren, dan rijst de vraag waarom interne regels die meer effect hebben op *alle* werknemers die zichtbaar een religieus teken dragen, dat niet kunnen. Dat het onderscheid in het eerste geval direct op een

beschermde grond zou berusten en in het tweede geval niet, overtuigt mijns inziens niet. Een algeheel verbod maakt immers, zoals in punt 4 aan de orde kwam, óók onderscheid tussen religieuze werknemers die zich verplicht achten een bepaald religieus teken zichtbaar te dragen en religieuze werknemers die zich daartoe níet verplicht achten.[12]

7. Een interne regel die indirect onderscheid op een van de in art. 1 van de richtlijn genoemde gronden tot gevolg heeft, kan niettemin worden gerechtvaardigd als daarmee een legitiem doel wordt gediend en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn (art. 2, tweede lid, onder b, i van de richtlijn). Deze eisen past het Hof nu strenger toe dan het deed in *Achbita t. G4S*. In die zaak oordeelde het Hof slechts dat “de wil om in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijk te geven, moet worden geacht legitiem te zijn”, nu die wens verband houdt met de in art. 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap. Voorts achtte het Hof een verbod op onder meer zichtbare religieuze uitingen – mits coherent en systematisch nagestreefd – geschikt voor het voeren van neutraliteitsbeleid, en werd geacht dat verbod ook niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk.[13] Terecht werd er in commentaren op de uitspraak op gewezen dat het Hof op deze manier wel érg summier toetste en daarbij een (te) groot gewicht toekende aan bedrijfsbelangen ten opzichte van de belangen van individuele werknemers.[14] Daarmee zou de uitspraak van het Hof zelfs op gespannen voet staan met de jurisprudentie van het EHRM op dit punt.[15] Verder was onduidelijk in hoeverre lidstaten die een hoger beschermingsniveau van individuele rechten aan werknemers bieden – zoals Nederland – door de uitspraak ruimte werd gelaten om dit beschermingsniveau te continueren.[16]

8. In dit arrest toetst het Hof uitgebreider. Het herhaalt de hiervoor geciteerde overweging uit *Achbita t. G4S*[17], maar voegt daaraan toe dat de wens van de werkgever om neutraliteitsbeleid te voeren alléén, “als zodanig niet voldoende” is om een indirect op godsdienst gebaseerd verschil objectief te rechtvaardigen. De werkgever moet daarnaast aantonen dat een “werkelijke behoefte” aan dat beleid bestaat. Daarbij moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met de rechten en legitieme verwachtingen van klanten of gebruikers, bijvoorbeeld het recht van ouders zich ervan te verzekeren dat hun kinderen worden opgevoed en onderwezen in overeenstemming met hun godsdienstige, levensbeschouwelijke en opvoedkundige overtuiging (art. 14 van het Handvest). In de tweede plaats moet de werkgever aantonen dat zijn vrijheid van ondernemerschap zou worden aangetast als hij – gezien de aard of de context van zijn activiteiten – nadelige gevolgen zou ondervinden van het níet-voeren van neutraliteitsbeleid. Daarnaast moet een interne regel ook geschikt zijn om goede toepassing van het neutraliteitsbeleid te verzekeren (en dus moet die toepassing coherent en systematisch zijn) en strikt noodzakelijk lijken in vergelijking met de nadelige gevolgen die de werkgever met het verbod tracht te vermijden.[18]

9. Daar komt bij dat het Hof – in antwoord op de door de beide verwijzende rechters gestelde vraag daarover – oordeelt dat nationale bepalingen die de godsdienstvrijheid beschermen, als gunstiger bepalingen in de zin van artikel 8, eerste lid, van de richtlijn mogen worden meegewogen bij de beoordeling of een indirect verschil in behandeling op grond van onder meer godsdienst, passend is.[19] Voor die beoordeling is tevens een afweging tussen alle in geding zijnde grondrechten en beginselen nodig (het Hof noemt de artikelen 21, 10, 14, derde lid, en 16 van het Handvest), waarbij de lidstaten beschikken over een beoordelingsmarge vanwege het gebrek aan consensus over het onderwerp binnen de Unie. Dat brengt met zich dat de noodzakelijke afstemming tussen de vrijheid van godsdienst en de legitieme doelstellingen ter rechtvaardiging van indirect onderscheid vanwege godsdienst, door de Uniewetgever aan de lidstaten en hun rechterlijke instanties is overgelaten.[20]

10. Anders dan het Hof in *Achbita t. G4S* suggereerde, maakt deze uitspraak duidelijk dat het dus niet zo is dat neutraliteitsbelangen van werkgevers eigenlijk altijd kunnen prevaleren boven de individuele belangen van werknemers. Het Hof biedt in dit arrest aanknopingspunten voor werkgevers bij het vormgeven van neutraliteitsbeleid. Voor nationale rechters biedt het handvatten om te bezien of de werkgever daadwerkelijk een belangenafweging heeft gemaakt bij het opstellen van neutraliteitsbeleid en zo ja, of die aanvaardbaar is. De toevoeging van het vereiste dat aantoonbaar een “werkelijke behoefte” aan het beleid moet bestaan en dat voor het onderbouwen daarvan rekening moet worden gehouden met alleen legitieme verwachtingen van klanten of gebruikers, is in dit verband waardevol. Deze toevoeging dwingt de werkgever zijn neutraliteitsbeleid adequaat te formuleren en te beargumenteren. Zij stelt voorts de rechter in staat om nader te onderzoeken *waarom* de werkgever neutraliteitsbeleid nastreeft en hierover een oordeel te geven – doelstellingen achter neutraliteitsbeleid kunnen immers nogal uiteenlopend zijn. Dat alleen met *legitieme* verwachtingen van klanten of gebruikers rekening mag worden gehouden, maakt duidelijk dat neutraliteitsbeleid in ieder geval niet kan worden gebruikt om discriminatoire opvattingen van klanten die liever niet worden geholpen door werknemers met een hoofddoek of een ketting met een kruis te faciliteren.[21] Ten opzichte van het oordeel van het Hof in *Achbita t. G4S* lijkt me dat een stap in de goede richting.

L.C. Groen

wetgevingsadviseur bij de Afdeling advisering van de Raad van State en universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit

[1] Zo werd op 25 november 2021 door de Tweede Kamer een motie aangenomen (met 76 stemmen vóór) over het verbieden dan wel tegengaan van een hoofddoek bij buitengewoon

opsporingsambtenaren. *Kamerstukken II* 2021/22, 35925VI, nr. 41.

[2] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, HvJ EU (GK) 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, «EHRC» 2017/96 m.nt. Gerards.

[3] Al eerder verschenen annotaties: *JIN* 2021/133 m.nt. Schwartz en *JAR* 2021/216 m.nt. Cremers-Hartman en P.C. Vas Nunes, 'Hoofddoekjes en neutraliteitsbeleid: van ja mits naar nee tenzij', Hoofddoekjes en neutraliteitsbeleid: van ja mits | VAAN AR Updates (ar-updates.nl).

[4] Vas Nunes betoogt dat regels die een verbod op zichtbare religieuze uitingen – en in het bijzonder hoofddoeken – tot gevolg hebben, kunnen worden geplaatst op een 'glijdende schaal' van direct naar indirect onderscheid. P.C. Vas Nunes, *Discriminatie in arbeid*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 171. Ik ben met hem eens dat de formulering van verboden direct of minder direct kan zijn, maar ik denk ook dat een rechtstreekse verwijzing naar een verboden grond (i.c. godsdienst) hoe dan ook direct onderscheid tot gevolg zal hebben, mede gelet op de omstandigheid dat uitingen van religieuze overtuigingen – in ieder geval door het Straatsburgse Hof – worden beschouwd als direct voortvloeiend uit de vrijheid van religie (vgl. o.a. *Leyla Şahin t. Turkije*, EHRM (GK) 10 november 2005 nr. 44774/98, ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, «EHRC» 2014/708 m.nt. Van Sasse Van Ysselt en *Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 januari 2013 nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, «EHRC» 2013/67 m.nt. Gerards).

[5] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, punt 30-32.

[6] Voor directe discriminatie alleen art. 4, eerste lid van de richtlijn (er is sprake van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, mits met een legitiem doel en evenredig), voor indirecte discriminatie ook art. 2, tweede lid, onder b, i (er kan sprake zijn van rechtvaardiging door een legitiem doel, mits ook de middelen die voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn).

[7] Vgl. o.a. S. Ouald Chaib & 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', Strasbourg Observers 27 maart 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/#more-3549> en de annotaties bij dit arrest van J.H. Gerards («EHRC» 2017/96) en F. Dorssemont (*ArA* 2017-2, p. 36-65).

[8] *Conclusie AG Sharpston*, 13 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:553, punt 88.

- [9] *IX t. WABE eV (C-804/18) en MH Müller Handels GmbH t. MJ (C-341/19)*, punt 52-55.
- [10] *Conclusie AG Rantos*, 25 februari 2021, ECLI:EU:C:2021:144, punt 78-80.
- [11] *IX t. WABE eV (C-804/18) en MH Müller Handels GmbH t. MJ (C-341/19)*, punt 72-73.
- [12] Zie ook de schaduw-opinie van Sharpston, punt 122 (<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>).
- [13] *Achbita t. G4S Secure Solutions NV*, punt 37-43. De noodzakelijkheidstoets werd door het Hof geplaatst in de sleutel van klantcontact.
- [14] Zie o.a. A. Swarte en J.P. Loof, 'Ontslag vanwege een hoofddoek; de arresten Achbita en Bouganaoui en de Nederlandse rechtspraak', *NtER* 2017, nr. 5, p. 118-125.
- [15] In het bijzonder met *Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, waarin het eveneens ging om het reguleren van religieuze uitingen door een private werknemer.
- [16] A-K Kokott wilde de lidstaten discretionaire ruimte laten in het kader van de proportionaliteitstoets, maar het Hof gaat hierop in het arrest niet in. *Conclusie A-G Kokott*, 31 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:382, punt 99.
- [17] Al zwakt het zijn oordeel dat de wens van een werkgever om neutraliteitsbeleid te voeren, "moet worden geacht legitiem te zijn" af naar "kan als legitiem worden beschouwd"; dat lijkt – gelet op hetgeen wat volgt – ook logisch.
- [18] *IX t. WABE eV (C-804/18) en MH Müller Handels GmbH t. MJ (C-341/19)*, punt 63-68 en 76.
- [19] *IX t. WABE eV (C-804/18) en MH Müller Handels GmbH t. MJ (C-341/19)*, punt 90.
- [20] *IX t. WABE eV (C-804/18) en MH Müller Handels GmbH t. MJ (C-341/19)*, punt 84-87.
- [21] Niettemin stelt het Hof in punt 76 van het arrest dat "zowel het vermijden van sociale conflicten als een neutrale opstelling naar klanten toe, een werkelijke behoefte van de werkgever kan zijn, waarbij het aan hem staat om dit aan te tonen"; de bewijslast die rust op de werkgever, zal dan noodzakelijkerwijs zwaar zijn.