

ANNOTATIE

Hoofddoekjes en neutraliteitsbeleid: van ja mits naar nee tenzij HvJ EU (Grote Kamer) 15 juli 2021, C- 804/18 (WABE) en C-341/19 (Müller)

P.C. Vas Nunes

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

Inleiding

Na het arrest *Achbita* in 2017 was de teneur in de krantenkoppen: werkgevers mogen onder voorwaarden hoofddoekjes op het werk verbieden. Nu, na het arrest *WABE en Müller*, lijkt de teneur terecht terughoudender. Werkgevers moeten van goeden huize komen willen ze een 'neutraliteitsbeleid' willen (blijven) voeren. Wijlen Max Rood zou misschien hebben gesproken van een ontwikkeling van ja mits naar nee tenzij. Nu gaat het bij 'neutraliteitsbeleid', zoals het woord al zegt, om de wens 'neutraliteit' uit te stralen, maar laten we eerlijk zijn: in veel, zo niet de meeste gevallen gaat het de werkgever slechts om het weren van hoofddoekjes.

Deze annotatie hanteert de term 'PLR-teken' als afkorting van een zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging en de term 'neutraliteitsbeleid' in de betekenis van beleid van een werkgever om, ter wille van (het uitstralen van) neutraliteit in zijn onderneming, ieder PLR-teken op de werkplek te verbieden, hetzij zonder meer, hetzij enkel tijdens klantencontact.

Feiten *WABE*

Mevrouw IX werkte als verzorgster op een kinderdagverblijf. Op een gegeven ogenblik ging zij een hoofddoek dragen. Nadat zij dit enkele maanden had gedaan ging zij met ouderschapsverlof. Tijdens dit verlof, dat ruim 19 maanden duurde, stelde haar werkgeefster een dienstinstructie vast waarvan onderdeel was: ‘medewerkers onthouden zich op de werkplek van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze uitingen tegenover ouders, kinderen en derden; medewerkers dragen bij contact met ouders, kinderen en derden op de werkplek geen zichtbare tekens van hun politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging; medewerkers geven op de werkplek jegens ouders, kinderen en derden geen uitdrukking aan daaruit voortvloeiende rituelen’.

Bij terugkeer van haar verlof droeg IX weer een hoofddoek. Nadat zij had geweigerd de doek tijdens het werken met ouders en kinderen af te doen werd zij gewaarschuwd en, toen dat niet hielp, geschorst. Zij stapte naar de rechter, aan wie zij verzocht de waarschuwing uit haar personeelsdossier te verwijderen. Zij stelde: het verbod op het zichtbaar dragen van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens discrimineert rechtstreeks op grond van geloof en indirect op grond van geslacht en etnische herkomst. De rechter was geneigd de vordering toe te wijzen, maar hield er rekening mee dat het arrest van het Hof van Justitie EU in de zaak *G4S Secure Solutions* (ook bekend als *Achbita*)[1] hieraan in de weg stond.[2] Hij vond dat de motivering van dat arrest ‘verduidelijking behoefde’, en stelde daarom prejudiciële vragen.

Feiten Müller

Mevrouw MJ werkte als verkoopadviseur/caissière in een drogisterij. Bij terugkeer van ouderschapsverlof droeg zij een hoofddoek, wat zij eerder niet had gedaan. Zij weigerde te voldoen aan een opdracht de hoofddoek af te doen. Zij kreeg aanvankelijk ander werk, waarbij zij de hoofddoek om mocht laten. Nadat deze situatie enige tijd had geduurd gaf haar werkgever haar de instructie het werk te hervatten, maar nu zonder ‘grote, opvallende tekens van politieke of levensbeschouwelijk of religieuze overtuiging’. Zij weigerde en stapte naar de rechter, aan wie zij vroeg vast te stellen dat de instructie ongeldig was onder toekenning van schadevergoeding. De rechters in eerste en tweede instantie wezen haar vordering toe. De werkgever stelde cassatie in bij het Bundesarbeitsgericht (BAG), dat prejudiciële vragen stelde.

Vraag 1 inzake WABE

Het *Arbeitsgericht Hamburg* vroeg: ‘Vormt een eenzijdige instructie van de werkgever die het dragen van ieder zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen verbiedt, voor werknemers die vanwege religieuze bedekkingsgeboden bepaalde kledingvoorschriften opvolgen, een *directe* discriminatie op grond van godsdienst in

de zin van artikel 2, lid 1, en lid 2, onder a), van richtlijn [2000/78/EG]?' [cursivering toegevoegd, PCVN].

Het Hof van Justitie antwoordt: nee, neutraliteitsbeleid, mits op algemene en niet-gedifferentieerde wijze uitgevoerd, maakt geen direct onderscheid. Het Hof licht dit, (te) kort samengevat, als volgt toe:

De begrippen godsdienst en overtuiging in Richtlijn 2000/78/EG moeten worden uitgelegd in lijn met het Handvest en het EVRM. De richtlijn verbiedt^[3] discriminatie 'op grond van' godsdienst en levensovertuiging. In 2017 had het Hof in *Achbita* overwogen dat een neutraliteitsbeleid in beginsel niet direct, slechts indirect onderscheid op grond van PLR maakt. De motivering was, ongenuanceerd weergegeven: neutraliteitsbeleid behandelt alle werknemers op dezelfde wijze.^[4] In zekere zin is dit een merkwaardige redenering. Ook een werkgever die enkel hoofddoekjes verbiedt behandelt alle werknemers op dezelfde wijze, toch is het onderscheid dat hij in dat geval maakt duidelijk direct. Wat het Hof denk ik bedoelde is: neutraliteitsbeleid raakt alle werknemers ongeveer even hard.^[5] Nu, in *WABE*, formuleert het Hof deze gedachte iets beter, maar naar mijn idee nog altijd niet adequaat, door, na het herhalen van zijn formulering uit *Achbita*, toe te voegen: '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.'

Vraag 2 onder a in de zaak WABE:

De vraag, zoals geformuleerd door het Hof, luidt: 'of artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat een indirect op godsdienst en/of geslacht gebaseerd verschil in behandeling als gevolg van een interne regel van een onderneming die werknemers verbiedt op het werk zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging te dragen, kan worden gerechtvaardigd door de wens van de werkgever om een beleid van politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit te voeren *ten aanzien van zijn klanten of gebruikers om aan hun legitieme verwachtingen te voldoen.*' [cursivering toegevoegd, PCVN]

Het Hof antwoordt voorwaardelijk bevestigend, de voorwaarden zijnde (1) dat het neutraliteitsbeleid beantwoordt aan een werkelijke, aantoonbare behoefte van de werkgever; (2) dat dat beleid coherent en systematisch wordt nagestreefd en (3) dat het verbod niet verder gaat dan noodzakelijk.

Het Hof oordeelt, wederom onder verwijzing naar *Achbita*: 'Wat dienaangaande de voorwaarde van een legitiem doel betreft, kan de wens van een werkgever om in relaties met

zowel publieke als particuliere klanten blijken te geven van een beleid van [PLR] neutraliteit, als legitiem worden beschouwd. De wens van een werkgever om ten aanzien van klanten blijken te geven van neutraliteit, houdt immers verband met de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap, en is, in beginsel, legitiem, met name wanneer de werkgever bij het nastreven van die doelstelling alleen de werknemers betreft die worden verondersteld contact te hebben met zijn klanten'. Nieuw is dat het Hof benadrukt, wat het in *Achbita* niet deed, dat er sprake moet zijn van 'een werkelijke behoefte van die werkgever, waarbij het aan hem staat om dit aan te tonen'. Bij het beoordelen van de vraag of de werkgever daadwerkelijk behoefte heeft aan het neutraliteitsbeleid moet in een zaak als deze rekening worden gehouden met artikelen 14 en 16 Handvest. Eerstgenoemd artikel waarborgt in lid 3 'het recht van ouders om zich voor hun kinderen te verzekeren van het onderwijs en de opvoeding die overeenstemmen met hun godsdienstige, hun levensbeschouwelijke en hun opvoedkundige overtuiging, worden geëerbiedigd volgens de nationale wetten die de uitoefening ervan beheersen'. [6] Het al genoemde artikel 16 Handvest waarborgt het recht van ondernemerschap. De werkgever zal moeten 'aantonen' [7] dat zijn vrijheid van ondernemerschap zonder het neutraliteitsbeleid 'aangetast' zou worden.

Vraag 1 in de zaak Müller

De vraag, zoals geformuleerd door het Hof, luidt: 'of artikel 2, lid 2, onder b), i), van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat indirecte discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging als gevolg van een interne regel van een onderneming volgens welke het verboden is op het werk zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging te dragen, met de bedoeling in de onderneming een beleid van neutraliteit te garanderen, alleen kan worden gerechtvaardigd indien dit verbod voor elke zichtbare uitingsvorm van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging geldt, of ook dan kan worden gerechtvaardigd indien het verbod *enkel voor grote, opvallende tekens geldt* maar wel coherent en systematisch wordt toegepast.' [cursivering toegevoegd, PCVN]

Het Hof antwoordt bevestigend.

De verwijzende rechter gaat ervan uit dat, zo er sprake is van discriminatie, die discriminatie indirect is. Het Hof denkt hier anders over: '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' [mijn cursiveringen, PCVN].

Voor zover de verwijzende rechter niettemin mocht vasthouden aan zijn opvatting dat slechts sprake is van indirect onderscheid, merkt het Hof het volgende op. Het kan een werkelijke behoefte van een werkgever zijn sociale conflicten [op de werkvloer] te vermijden en om zich naar klanten neutraal op te stellen. Een neutraliteitsbeleid zoals bij *Müller* – ook al zou het een legitiem doel dienen en dus de eerste horde van de rechtvaardigings-‘trits’ overleven – kan echter alleen doeltreffend zijn – tweede horde – als het *geen enkel* zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging toestaat: ‘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.’ Conclusie: het beleid van *Müller* discrimineert óf direct óf indirect zonder objectief gerechtvaardigd te zijn. In beide gevallen is het verboden.

Vraag 2 onder b in beide zaken

De vraag van het *Bundesarbeitsgericht*, zoals geformuleerd door het Hof, luidt: ‘of artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat nationale grondwettelijke bepalingen die de godsdienstvrijheid beschermen, als gunstiger bepalingen in de zin van artikel 8, lid 1, van deze richtlijn mogen worden meegewogen bij de beoordeling of een indirect op godsdienst of overtuiging gebaseerd verschil in behandeling passend is.’

Het Hof antwoordt bevestigend.

Voor een goed begrip van de vraag is het nodig de volgende achtergrond te schetsen. Artikel 8 lid 1 van de richtlijn bepaalt: ‘De lidstaten mogen bepalingen vaststellen of handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn dan die van deze richtlijn.’ De Duitse Grondwet bepaalt: ‘De vrijheid van geloof en geweten en de vrijheid om religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen te belijden, zijn onschendbaar. De ongestoorde godsdienstuitoefening wordt gewaarborgd.’ Dit klinkt niet alsof het Duitse recht strikter (en dus gunstiger voor beweerdelijk gediscrimineerde werknemers) is dan het Unierecht. Blijkbaar legt de Duitse rechtspraak dit voorschrift echter aldus uit dat de werkgever in geval van indirect onderscheid niet alleen moet aantonen dat hij een legitiem doel nastreeft, maar ook ‘dat er, op het moment dat de interne regel in kwestie werd ingevoerd of thans, een voldoende concreet risico bestond of bestaat voor afbreuk aan die doelstelling, zoals het risico op daadwerkelijke problemen binnen de onderneming of op inkomstenverlies’. Het Hof memoreert dat dit vereiste van voldoende concreet risico is terug te voeren op de vraag of bij de beoordeling van het passend karakter van een interne regel als die bij *WABE* en *Müller* een afweging moet worden gemaakt tussen de conflicterende rechten en vrijheden in abstracto, ‘dan wel of deze afweging pas moet worden gemaakt op het moment dat de interne regel op een bepaald geval wordt toegepast, bijvoorbeeld wanneer een

werknemer een instructie ontvangt of wordt ontslagen’.

De Uniewetgever heeft in Richtlijn 2000/78/EG niet zelf de noodzakelijke afstemming tot stand gebracht tussen enerzijds de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en anderzijds de legitieme doelstellingen die ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling kunnen worden ingeroepen. De Uniewetgever heeft dit overgelaten aan de lidstaten. Welnu, blijkbaar vereist het Duitse recht, zoals uitgelegd door het *Bundesarbeitsgericht*, dat een werkgever die een indirect onderscheid op grond van geloof enzovoort wil rechtvaardigen, niet alleen een legitiem doel (en een geschikt en noodzakelijk middel) moet aantonen, maar daarenboven een ‘voldoende concreet risico’ op aantasting van zijn legitieme doel moet aantonen. Dit gaat (mogelijk iets: zie hieronder) verder dan het Unierecht. Dus is de betrokken Duitse bepaling inderdaad een ‘gunstiger bepaling’ in de betekenis van artikel 8 lid 1 van de richtlijn.

Beschouwing

Drie aspecten van dit arrest hebben vooral mijn belangstelling:

de scheidslijn tussen direct en indirect onderscheid;
de nadruk die het Hof legt op het vereiste van werkelijke behoefte;
de vraag wat een teken ‘groot, opvallend’ maakt.

Ik ga niet in op het oordeel dat het ‘concreet risico’-vereiste in de Duitse wet een ‘gunstiger bepaling’ is, want ik zie niet in dat de Duitse wet door dit vereiste significant verder gaat dan het Unierecht. Als er geen concreet risico bestaat op afbreuk aan de vrijheid van ondernemerschap voldoet het onderscheid toch niet aan de eisen van objectieve rechtvaardiging, zoals werkelijke behoefte (zie hieronder), geschikt middel en noodzakelijk middel?

Direct vs. indirect onderscheid

Zoals welbekend kan het uitmaken of een onderscheid op een van de non-discriminatiegronden direct dan wel indirect is. Direct onderscheid kan in geval van de grond ‘godsdienst’ nooit worden gerechtvaardigd, op een enkele hier niet relevante uitzondering na. Indirect godsdienstonderscheid daarentegen kan worden gerechtvaardigd aan de hand van de bekende trits legitiem doel, geschikt middel, noodzakelijk middel.

Een totaal verbod op PLR-tekens discrimineert (mits ongedifferentieerd toegepast) niet direct, een verbod op enkel grote, opvallende PLR-tekens discrimineert in beginsel wel direct. Dit laatste zegt het Hof niet met zoveel woorden; het zegt slechts dat een verbod op enkel grote,

opvallende PLR-tekenen direct kán discrimineren.[8] Ik lees in punten 72 en 73 van het arrest echter wel dat het Hof vindt dat een verbod op enkel grote, opvallende PLR-tekenen in beginsel direct discrimineert. Dit is het geval wanneer het criterium ‘groot, opvallend’ ‘onlosmakelijk is verbonden met een of meer bepaalde godsdiensten of overtuigingen’. In dat geval heeft het criterium tot gevolg dat bepaalde werknemers wegens hun godsdienst of overtuiging minder gunstig dan andere werknemers worden behandeld. Op het eerste gezicht kan het vreemd aandoen dat de werkgever die niets toestaat niet (direct) discrimineert en de werkgever die wat meer toelaat dat wel doet. Toch begrijp ik de redenering van het Hof wel. Neem de hoofddoek als voorbeeld. Daar gaat het in de praktijk meestal om. Ik neem aan dat een (islamitische) hoofddoek valt onder ‘groot, opvallend’. Een beleid om wel kleine PLR-tekenen toe te staan (denk aan de meeste crucifixen, ‘homo-oorbellen’, bescheiden hakenkruistatoeages op de onderarm, en dergelijke), maar geen grote, treft in de West-Europese praktijk vrijwel uitsluitend moslims. Sterker nog, hoewel dit nergens uit blijkt, en ik me nu op voor een jurist glad ijs begeef, sluit ik geenszins uit dat het verbod bij *Müller* vooral gericht was op hoofddoeken.

Hoofddoeken hebben wel vaker bijgedragen aan rechtspraak over het niet altijd even scherpe verschil tussen direct en indirect onderscheid. Denk aan het verschil van inzicht tussen de A-G’s Kokott en Sharpston in de zaken *Achbita* en *Bougnaoui*. Mevrouw Kokott vond dat een regel die het dragen van alle PLR-tekenen verbiedt, neutraal is tenzij de regel berust op stereotypen of vooroordelen tegen enig geloof of tegen geloof in het algemeen.[9] Mevrouw Sharpston daarentegen vond dat al snel van direct onderscheid moet worden gesproken.[10] Wie wordt benadeeld vanwege een godsdienstige uiting wordt vanwege godsdienst benadeeld, zo redeneerde zij.[11]

Eis van werkelijke behoefte

Zoals bekend gelden drie cumulatieve eisen wil een indirect onderscheid op een van de non-discriminatiegronden objectief gerechtvaardigd zijn: legitiem doel, geschikt middel en noodzakelijk middel. In het eerste arrest van het Hof van Justitie waarin het deze trits verwoordde (*Bilka*[12]) lijkt het Hof het vereiste van een legitiem doel, verwarrend, samen te laten vallen met de noodzaak dat *de middelen* beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming. In 2003, bij de behandeling van het wetsvoorstel van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), legde de regering uit dat het vereiste van een legitiem doel uiteenvalt in drie subvereisten:[13]

(1) Is sprake van een daadwerkelijke behoefte van de organisatie of een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid?

(2) Ontbreekt aan het nagestreefde doel ieder oogmerk van verboden onderscheid?

(3) Is sprake van strijd met andere wetgeving, het recht of de maatschappelijke betamelijkheid?

In de rechtspraak komt men verschillende definities van 'legitiem doel' tegen. Voor deze beschouwing is dit zonder belang. Waar het me om gaat, is dat het Hof van Justitie in deze zaak hogere eisen aan het legitieme doel stelt dan het deed in *Achbita*. Toen beperkte het Hof zich tot de volgende vaststelling: 'dat de wil om in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijkt te geven, moet worden geacht legitiem te zijn. De wens van een werkgever om ten aanzien van de klanten van neutraliteit blijkt te geven, houdt immers verband met de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap, en is, in beginsel, legitiem, 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.'

In de onderhavige zaak herhaalt het Hof deze overweging, maar nu volgt daarop de volgende belangrijke overweging (punt 64): 'Dit gezegd zijnde is de wens alleen van een werkgever om een neutraliteitsbeleid te voeren, hoewel op zich een legitiem doel, als zodanig niet voldoende om een indirect op godsdienst of overtuiging gebaseerd verschil in behandeling objectief te rechtvaardigen. De rechtvaardiging kan slechts objectief zijn indien er sprake is van een werkelijke behoefte van die werkgever, waarbij het aan hem staat om dit aan te tonen.'

Bij de vraag of sprake is van een werkelijke behoefte van de werkgever *kan* rekening worden gehouden met 'de rechten en legitieme verwachtingen' van de klanten of gebruikers en *moet* rekening worden gehouden met de vrijheid van ondernemerschap [mijn cursiveringen, PCVN].

In de zaak *WABE* kan de werkgever (een combinatie van) twee legitieme doelen aanvoeren: artikel 14 Handvest en artikel 16 Handvest. De wens van ouders 'dat hun kinderen worden omringd door personen die in hun contacten met de kinderen hun religie of overtuiging niet uiten' (art. 14) is zonder meer een recht en legitieme verwachting van de ouders/klanten.

Het gaat in artikel 14 Handvest (neutraal onderwijs) en artikel 16 Handvest (ondernemersvrijheid) om naar hun aard verschillende doelen, het ene principieel, het andere commercieel, met verschillende bewijslastverdeling. Het Hof is er duidelijk over dat de werkgever aantasting van zijn vrijheid van ondernemerschap moet bewijzen. Het Hof zegt niet dat de werkgever moet aantonen dat het recht van de ouders op neutrale opvoeding zou worden aangetast als hij een hoofddoek op de werkvloer zou gedogen. Toch zal de werkgever

denk ik niet kunnen volstaan met het zonder toelichting inroepen van artikel 14 Handvest. Niet voor niets zegt het Hof dat met de eis van een neutrale opvoeding rekening *kan* worden gehouden. De werkgever zal ten minste aannemelijk moeten maken dat er een reëel risico is dat toelaten van een hoofddoek het recht op neutrale opvoeding in gevaar zal brengen. Hij zal dit – zo is nog steeds mijn schatting – op abstracte wijze kunnen doen, dat wil zeggen, ook al voordat een medewerkster met hoofddoek zich presenteert en dus al helemaal voordat een ouder heeft geklaagd. Zo zou hij zich bijvoorbeeld kunnen beroepen op deskundigen die bedoeld risico hebben gesignaleerd. Indien de werkgever bedoeld risico aannemelijk maakt, hoeft hij, zo vermoed ik, niet ook nog eens aan te tonen dat zijn vrijheid van ondernemerschap in het gedrang komt.

In dit verband vindt het Hof het nodig te waarschuwen dat ‘dergelijke situaties’ – het Hof doelt op situaties waarin de werkgever rekening moet houden met de eis van neutrale opvoeding – moeten worden onderscheiden van de zaken *Bouagnaoui* (2017)[14] en *Feryn* (2008).[15] Ik weet niet zeker wat het Hof hiermee wil zeggen. Het waarschijnlijkst lijkt me dat het Hof wil benadrukken dat we in *WABE* te maken hebben met indirect onderscheid en niet, zoals in *Bouagnaoui* en *Feryn* het geval was, met niet te rechtvaardigen direct onderscheid op grond van respectievelijk geloof en ras. Een werkgever kan zich niet op discriminerend gedrag van zijn klanten beroepen om zijn eigen *direct* discriminerende gedrag te rechtvaardigen. Een beroep op artikel 14 Handvest zou dus niet opgaan in, bijvoorbeeld, de situatie dat een kinderdagverblijf alleen hoofddoeken, en niet tevens andere PLR-tekenen zou weren.

Ten aanzien van de vrijheid van ondernemerschap gelden naar mijn mening andere uitgangspunten. Weliswaar *moet* met deze vrijheid – in tegenstelling tot de onderwijskundige vrijheid van ouders – rekening worden gehouden, toch zal een beroep erop steviger moeten worden onderbouwd dan een beroep op artikel 14 Handvest. De werkgever zal niet kunnen volstaan met een algemeen en abstract verweer dat klanten zullen (kunnen) weglopen als hij hen confronteert met hoofddoekdragende medewerkers of dat zijn personeel zal (kunnen gaan) morren bij het aanschouwen van een hoofddoekdragende collega. Maar hoe concreet moet de werkgever het door hem gestelde risico – of zelfs: zeker nadeel – waarmaken? Zal hij concreet moeten aantonen dat klanten (in significante mate) *al zijn* afgehaakt en/of dat personeel (in significante mate) *reeds is* weggelopen of in opstand geraakt? Nee, zo ver gaat zijn onderbouwingsplicht niet. Ik zou aansluiting willen zoeken met de hierboven aangehaalde Duitse jurisprudentie over ‘concreet risico’. Deze jurisprudentie lijkt, als ik de verwijzing ernaar door het Hof goed begrijp, in te houden dat de afweging tussen risico op ondernemersnadeel en vrijheid van godsdienst niet van tevoren – preventief – kan worden gemaakt, maar pas wanneer de ‘geen PLR-tekenen’ regel wordt toegepast, bijvoorbeeld wanneer

een (adspirant-)werknemer een instructie om geen hoofddoek (meer) te dragen ontvangt.

In *Müller* overweegt het Hof 'dat zowel het vermijden van sociale conflicten als een neutrale opstelling naar klanten toe, een werkelijke behoefte van de werkgever kan zijn'. Een neutrale opstelling naar klanten toe impliceert in het geval van *Müller* dat haar klanten niet bediend willen worden door een winkelmedewerkster met een hoofddoek. Kan van een ondernemer niet worden verlangd dat hij zijn klanten 'opvoedt'?^[16] Misschien gaat dat te ver, al zou dit kunnen afhangen van zaken als de omvang van de werkgever en diens klantenbestand. Het gaat minder ver om van een werkgever te verlangen dat hij zijn eigen personeel opvoedt. De 'sociale conflicten' waarop het Hof doelt, zijn vermoedelijk discussies tussen werknemers onderling over zaken als hoofddoeken. Men kan zich hier van alles bij voorstellen. Nu zegt het Hof niet dat hier geen taak ligt voor de werkgever. In tegendeel, het Hof voegt toe dat de werkgever zijn werkelijke behoefte zal moeten aantonen, en bovendien zijn er nog altijd de vereisten van geschikt (en dus coherent en systematisch nagestreefd) middel en noodzakelijk (en dus ook proportioneel) middel. Daarnaast zegt het Hof slechts dat het vermijden van conflicten een werkelijke behoefte *kan* zijn. Toch had men zich kunnen voorstellen dat het Hof iets had gezegd over de vraag of, onder welke omstandigheden en in welke mate een werkgever zich moet/mag neerleggen bij discriminatoire wensen van (een significant?) deel van zijn klanten en personeel. Door dit na te laten kan de indruk ontstaan – en dat ziet men in de media gebeuren – dat de wens sociale conflicten te vermijden voldoende zou zijn om een neutraliteitsbeleid te rechtvaardigen.

'Groot, opvallend'

Een neutraliteitsbeleid is alleen doeltreffend als het elk zichtbaar PLB-teken, hoe klein ook, verbiedt, aldus het Hof. Zou het werkelijk? Het Hof beperkt zijn oordeel niet tot klederdracht, het oordeel strekt zich uit tot elke zichtbare *uiting* van PLR. Dus ook tot bijvoorbeeld baarden (alleen 'islamitische' baarden?), handen (niet) geven, haardracht, eet- en drinkgewoonten, kruisje slaan of stil bidden voor het eten. Gesprekken over PLR in de bedrijfskantine kunnen natuurlijk niet verboden worden, maar als je die toelaat (wat bij uitstek sociale conflicten kan uitlokken), streef je dan je neutraliteitsbeleid coherent en systematisch na? Zou de werkgever die het dragen van een 'homo-oorbel' door de vingers ziet, geen neutraliteitsbeleid mogen voeren? Zo ja, dan lijkt me ieder neutraliteitsbeleid in de praktijk vrijwel onuitvoerbaar. Dan betekent dit arrest, in weerwil van de berichten in de media met de suggestie dat het Hof een hoofddoekverbod (nog steeds) onder voorwaarden zou goedkeuren, het einde van vrijwel ieder hoofddoekverbod.

*Mr. P.C. Vas Nunes was tot zijn pensionering werkzaam als advocaat. Hij publiceert veelvuldig over arbeidsrecht en is o.a. auteur van het handboek *Gelijke behandeling in arbeid*.*

[1] HvJ EU 15 maart 2017, C-157/15, *JAR* 2017/96 (*Achbita/G4S Secure Solutions*).

[2] Zie punten 26 t/m 29 van de conclusie van A-G Rantos.

[3] Strikt genomen ‘verbiedt’ de richtlijn niets. Zij draagt de lidstaten ‘slechts’ op hun nationale bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling (zoals verwoord in de richtlijn) af te schaffen.

[4] ‘In casu verwijst de in het hoofdgeding aan de orde zijnde interne regel naar het dragen van zichtbare tekens van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen en geldt hij dus zonder onderscheid voor alle uitingen van dergelijke overtuigingen. Die regel moet dus worden geacht 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. (...) *Bijgevolg* moet worden geconcludeerd dat een interne regel als in het hoofdgeding geen verschil in behandeling creëert dat rechtstreeks gebaseerd is op godsdienst of overtuiging, in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78.’ [mijn cursivering, PCVN]. Zie punten 30 en 32 van het arrest.

[5] Of het raakt ze niet, bijvoorbeeld als er werknemers zonder enige PLR-overtuiging zijn. Overigens plaats ik een vraagteken bij de gedachte dat neutraliteitsbeleid alle werknemers even hard (of niet) raakt.

[6] Vgl. Grondwettelijk Hof (België) 4 juni 2021, nr. 81/2020.

[7] Het gaat zo te zien om hard bewijs; de Engelse tekst van het arrest heeft het over ‘adduce evidence’, de Franse over ‘aporté la preuve’. Aannemelijk maken is dus niet voldoende.

[8] Het Hof hoefde niet nader op dit aspect in te gaan want de verwijzende rechter ging uit van indirect onderscheid en stelde daardoor niet de juiste vraag.

[9] Conclusie A-G Kokott in zaak C-157/15, *JAR* 2017/96 (*Achbita/G4S Secure Solutions*).

[10] Conclusie A-G Sharpston in zaak 188/15, *JAR* 2017/97 (*Bougnaoui*).

[11] Vgl. CRM 2015-145 (hoofddoekverbod tandartsassistente vanwege neutraliteitseis discrimineert rechtstreeks) versus CRM 2001-51 (hoofddoekverbod griffier vanwege neutraliteitseis discrimineert indirect).

[12] HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84 (*Bilka*), punt 36. Daaraan voorafgaand, in punt 30, oordeelt het Hof dat indirect onderscheid moet zijn (1) objectief gerechtvaardigd en (2) niets van doen hebbend met discriminatie.

[13] *Kamerstukken I* 2003/04, 28170, C, p. 9.

[14] HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, *JAR* 2017/97 (*Bougnaoui*).

[15] HvJ EG 10 juli 2008, C-54/07 (*Feryn*).

[16] Zie CRM 1997-82 (zorginstelling discrimineert door te voorzichtig op te treden tegen een discriminerende patiënt).