

Vrijheid van religie voor werknemers

Nog mogelijk in het post-Achbita-tijdperk?



Filip Dorssemont
Gewoon Hoogleraar
(UCL) – Gastdocent (ULB)

I. Het hoofddoekendebat woedt verder.....	1-4
II. Een juridische omkadering	5-16
III. <i>Pro Memoria</i> : de Achbita-saga	
A. Feiten.....	17
B. Gerechtelijke saga	18-25
IV. Een vervolgarrest van het Hof van Justitie: de Achbita-doctrine bevestigd, maar genuanceerd.....	26-57
V. De receptie van het arrest Achbita in de Belgische rechtspraak.....	58-86
Conclusies.....	87-97

I. HET HOOFDDOEKENDEBAT WOEDT VERDER

1. Begin juli 2021 diende een recent benoemde regeringscommissaris van het Instituut Gelijke Kansen Vrouwen en Mannen onder politieke druk haar ontslag in, nadat (onder meer) haar hoofddoek enige ophef veroorzaakte. Zij weigerde deze af te leggen op de eerste vergadering van de Raad van Bestuur ondanks een expliciet verzoek van één van zijn leden. Nu het ontslag van haarzelf uitging, leidde de kwestie niet tot een juridische procedure.

2. Een daaraan voorafgaand vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel op 3 mei 2021 inzake het recruiteringsbeleid van de MIVB veroorzaakte verdeeldheid binnen de Brusselse Gewestregering¹. Om die reden kon de regering de MIVB niet aanstu-

ren om tegen dit vonnis in hoger beroep te gaan. *In casu* slaagde een gesluierde dame als vrijwillig tussenkomende partij erin om een niet-benoeming voor twee onderscheiden vacatures als direct discriminatoir op basis van godsdienst te laten kwalificeren, zodanig dat de MIVB werd veroordeeld tot de forfaitaire schadevergoeding van zes maanden, voor *elke* niet-benoeming. Zij stond niet alleen. Unia stelde de hoofdvordering in strekken tot het verkrijgen van een rechterlijk verbod om *ad futurum* sollicitanten in vergelijkbare omstandigheden te discrimineren en om de toepassing van de exclusieve neutraliteitspolitiek te doen staken. Unia vorderde ook de nietigverklaring van het reglement waarin deze exclusiviteitspolitiek werd verwoord. De *Ligue des droits de l'homme* kwam eveneens tussen om het bestaan van de discriminatie te doen vaststellen en diende daarnaast in gelijkkluidende bewoordingen als Unia een stakingsvordering in.

3. De MIVB ging finaal niet in beroep tegen deze beslissing. In het maatschappelijke debat dat volgde op beide politieke rellen werd door iedereen het belang erkend van de neutraliteit van de Staat. Er bestaat evenwel een discussie over de draagwijdte van dit beginsel². Voor sommigen houdt dit beginsel in dat ambtenaren *sensu lato* in de uitoefening van hun taken geen onderscheid op basis van hun religieuze of metafysische overtuiging mogen maken tussen burgers die worden geadmistreerd. Deze opvatting wordt de inclusieve neutraliteit genoemd. Ze leidt immers niet tot de uitsluiting van werknemers op grond van hun overtuiging of op grond van het feit dat ze die overtuiging uitdrukken door het dragen van levensbeschouwelijke tekenen. Slecht de uitoefening van een missie moet neutraal zijn. Deze opvatting wordt door niemand betwist. Anderen verdedigen daarentegen de opvatting dat de neutraliteit exclusief moet zijn. Zij raakt *niet enkel* de uitoefening van de missie, maar ook de persoon van de ambtenaar. Aan deze wordt verboden op de werkplek zijn of haar religieuze of metafysische overtuigingen op enigerlei wijze uit te drukken, bijvoorbeeld door het dragen van levensbeschouwelijke tekenen. Deze exclusieve neutraliteit

du voile au sein des services publics: la neutralité exclusive de la STIB au cœur d'une ordonnance du Tribunal du travail de Bruxelles", justice-enligne.be.

- 2** S. VAN DROOGHENBROECK, "La neutralité des services publics: outil d'égalité ou loi à part entière? Réflexions inabouties en marge d'une récente proposition de loi" in X, *Le service public 2. Les Lois du service public*, Brugge, La Charte, 2009, 231-298.

¹ Vz. Arbrb. Brussel 3 mei 2021, *JTT* 2021, 318. Voor een heldere en beknopte weergave van deze beschikking in het Frans: J.-F. NEVEN, "Le port

is bekommerd om de schijn dat een ambtenaar zijn religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging zou laten meespelen in de uitoefening van zijn functie. Er wordt daarbij voorondersteld dat reeds het dragen van die symbolen een schijn in het leven zou roepen dat een ambtenaar de neutraliteit niet zou eerbiedigen. Irrelevant is of de schijn terecht is, of die schijn op redelijke mensen indruk zou maken en of de fobieën en demonen die bepaalde tekenen ontketenen gegrond zijn. De neutraliteit van de Staat, een rechtspersoon, wordt in wezen overgedragen op een daarvan onderscheiden natuurlijk persoon die als een radertje moet opgaan in het organisme van de rechtspersoon³. Het gevolg van de exclusieve neutraliteit is dat de vrijheid van religie van werknemers in de publieke sector onvermijdelijk wordt ingeperkt en mogelijk geschonden. Die vaststelling blijft mijns inziens overeind, zelfs indien men zou oordelen dat een verbod gebeurlijk niet discriminatoir zou zijn.

4. Deze discussie blijft overigens niet beperkt tot werknemers die in de publieke sector actief zijn. De neutraliteit wordt heden ten dage eveneens ingeroepen door louter private werkgevers, die van hun werknemers eisen dat zij zich onthouden van het dragen van kentekenen die hun religieuze of metafysische overtuigingen, *casu quo* hun politieke en filosofische overtuigingen uitdrukken⁴. In het beste geval doen die werkgevers de moeite om dit verbod in een arbeidsreglement te verankeren, wat een democratisch debat in de onderneming vooronderstelt. In het slechtste geval beweren werkgevers dat het hier een ongeschreven beginsel of een praktijk zou betreffen. Onvermijdelijk rijst de vraag welk doel die neutraliteit van private werkgevers dient. Het ligt niet onmiddellijk in de rede te denken dat werknemers zouden weigeren producten of diensten te verkopen aan cliënten omwille van hun religieuze of metafysische overtuigingen. Men zou kunnen denken dat werkgevers door deze politiek tegemoet willen komen aan de fobieën van hun cliënteel of zelfs van hun eigen werknemers. Er mag evenwel worden opgemerkt dat die motivering gebaseerd op de reacties van werknemers of van klanten geen enkele werkgever toelaat om werknemers te discrimineren⁵. Vaak wordt evenwel ingeroepen dat deze « neutraliteit » zou bijdragen tot de sociale vrede in de onderneming. Een begrip dat *normaliter* thuishoort in het domein van de collectieve arbeidsverhoudingen tussen zogenaamde sociale partners wordt dan betrokken in de sfeer van de arbeidsgemeenschap.

3 Om die reden heb ik in het *Tijdschrift voor recht, religie en samenleving* eerder gewag gemaakt van een totalitaire visie in de eminente etymologische zin van het woord. Het betreft immers een visie waarin een medewerker van een organisatie volledig ondergeschikt wordt gemaakt aan de organisatie en de differentie tussen beide personen wegvalt. (F. DORSSEMONT, "Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar *cuius regio, illius religio*?", *RRS* 2016, 65-105. De vrijheid van religie wordt zoals in het Verdrag van Augsburg een recht van de organisatie ten koste van de vrijheid van de werknemer van de organisatie.

4 Zie het (nog) niet gepubliceerde proefschrift L. VAN BELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise privée*, Louvain La Neuve, 2021, 663p.

5 HvJ 14 maart 2017, C-188/15 (*Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*) en HvJ, C54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*).

[ABSTRACT]

Hoofddoeken op de werkplek blijven de gemoederen beroeren. Een Europese richtlijn uit 2000 die onder meer discriminatie op het werk op basis van godsdienst verbiedt, leidde op dit punt een sluimerend bestaan. Het duurde tot 2017 eer het Hof van Justitie zich op vraag van het Belgische Hof van Cassatie kon uitspreken over de draagwijdte van dit verbod. In deze bijdrage wordt de impact onderzocht van dit mijlpaalarrest '*Achbita*' op de Belgische rechtspraak over hoofddoeken op de werkplek tussen 2017 en 2021. Het Hof bood in *Achbita* ruimte aan werkgevers om in naam van de vrijheid van onderneming een neutraliteitsbeleid te voeren.

Le port du foulard sur le lieu de travail continue de susciter des émotions. Une directive européenne de 2000 interdisant, entre autres, la discrimination sur le lieu de travail fondée sur la religion est restée en sommeil à cet égard. Ce n'est qu'en 2017 que la Cour de justice a pu se prononcer sur la portée de cette interdiction à la demande de la Cour de cassation belge. Cette contribution examine l'impact de ce jugement historique '*Achbita*' sur la jurisprudence belge relative au port du foulard sur le lieu de travail entre 2017 et 2021. Dans l'affaire *Achbita*, la Cour a laissé la possibilité aux employeurs de mener une politique de neutralité au nom de la liberté d'entreprise.

Filip DORSSEMONT, "Vrijheid van religie voor werknemers. Nog mogelijk in het post-*Achbita*-tijdperk?", *NjW* 2021, afl. 450, 750-765.

II. EEN JURIDISCHE OMKADERING

5. De vraag rijst hoe deze zeer polariserende discussie juridisch moet worden gekaderd. Het antwoord op deze vraag hangt af van het perspectief. Beide perspectieven zullen in een concreet geschil met elkaar conflicteren.

6. Men kan dit probleem beschouwen vanuit het standpunt van de neutraliteit van de Staat, *casu quo* vanuit het standpunt van de neutraliteit van de onderneming, dan wel vanuit fundamentele en mensenrechtelijke beginselen die werknemers beschermen, inzonderheid tegen die Staat of tegen die onderneming. Wie voor het eerste perspectief kiest, moet wel een poging ondernemen om de neutraliteitspolitiek van een louter private onderneming te funderen. Het Hof van Justitie kwam hen hierin ruimschoots tegemoet door in het arrest *Achbita* artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie te mobiliseren. Het oordeelde 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 zijn⁶ omwille van een door dat Hof veronderstelde verband met “de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap”⁷. Een “interne regel van een particuliere onderneming die voorziet in een verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk” kon volgens het Hof hoogstens een vorm van indirecte discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging in de zin van die richtlijn vormen “indien vaststaat dat de daarin opgenomen ogenschijnlijk neutrale verplichting in feite tot gevolg heeft dat de personen die een bepaalde godsdienst aanhangen of een bepaalde overtuiging hebben bijzonder worden benadeeld”⁸.

7. Het Hof gaf in *Achbita* de richtsnoeren mee die dergelijke vorm van indirecte discriminatie konden rechtvaardigen⁹. Vooreerst moet die indirecte discriminatie aan een legitiem doel beantwoorden. Het Hof liet evenwel nauwelijks enkele ruimte over aan de verwijzende rechter om een door een neutraliteitspolitiek gemotiveerde doelstelling *niet* als legitiem te beschouwen. Wel kan die rechter nog de proportionaliteit van een dergelijke maatregel beoordelen. *In liminis* lijkt een neutraliteitspolitiek die niet beperkt is tot klanten ofwel geen legitiem doel op te leveren, minimaal de proportionaliteitstoets niet te doorstaan. Bovendien eiste het Hof uitdrukkelijker dat die politiek coherent en systematisch werd toegepast en dat een werkgever de mogelijkheid onderzoekt om aan de betrokken werknemer een taak toe te vertrouwen die geen contact met het publiek veronderstelt. Indien dergelijke wijziging van de arbeidsorganisatie een extra last meebrengt voor de onderneming kan van de werkgever evenwel niet gevergd worden die organisatie aan te passen.

8. Wie, zoals de auteur van deze bijdrage, meer denkt vanuit de burger en de werknemer als titularis van grondrechten dan vanuit het gezag dat over hen wordt uitgeoefend, kan heil zoeken in de vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM) en het verbod van discriminatie op basis van godsdienst (Richtlijn nr. 2000/78 en de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007). Dit perspectief is mijns inziens wezenlijk anders dan het eerstgenoemde neutraliteitsperspectief.

9. De neutraliteit van de Staat dwingt die Staat in een bepaalde, men leze exclusieve opvatting van die neutraliteit om in bepaalde gevallen religieuze tekenen te verbieden. In het geval van een private onderneming, kan slechts vastgesteld worden dat voor het Hof van Justitie de op een ‘interne regel’ gebaseerde neutraliteitsbeleid een legitieme doelstelling vormt die indirecte discrimi-

natie op basis van godsdienst mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan kan rechtvaardigen. Er is hier in tegenstelling tot wat voor directe discriminatie geldt, geen verplichting voor de Staat om regulerend op te treden teneinde die rechtvaardiging wettelijk te verankeren, noch is er een verplichting voor een werkgever om die neutraliteit in zijn onderneming gestalte te geven.

10. Voor wat betreft de toets aan de vrijheid van godsdienst, mag eveneens worden opgemerkt dat artikel 9 EVRM slechts een mogelijkheid uitbouwt om de vrijheid van godsdienst onder bepaalde voorwaarden te beperken, maar geen verplichting. Het is niet omdat bepaalde discriminaties op grond van godsdienst de toets van de Richtlijn nr. 2000/78 doorstaan, dat ze om die reden ook oorbare beperkingen vormen van de vrijheid van godsdienst. Die vraag blijft onbeantwoord, nu na het arrest van het arbeidshof te Gent dat de *Achbita*-saga afsluit, geen verzoek werd neergelegd bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om de door het arbeidshof gemaakte toepassing van de *Achbita*-doctrine aan artikel 9 §2 EVRM te toetsen.

11. Het kan mijns inziens niet worden ontkend dat het arrest *Achbita* een klimaat heeft geschapen waarin werkgevers alerhande zich gesterkt zullen voelen om in naam van de neosacrosancte ‘neutraliteit’ van publieke en private organisaties religieuze en levensbeschouwelijke tekenen aan banden te leggen, ten koste van de vrijheid van godsdienst van hun werknemers. Aangezien bij afwezigheid van een beleid dat naast de expressie van religieuze overtuigingen ook de expressie van metafysische, politieke en filosofische overtuigingen beteugelt, directe discriminatie dreigt, zal een voorzichtige werkgever het verbod op religieuze tekenen uitbreiden tot tekenen van die andere overtuigingen. Het arrest *Achbita* dreigt dan ook een katalysator te worden van een zeer verregaande beteugeling van de expressie van die andere niet-religieuze overtuigingen. Dit *spillover*-effect is mijns inziens uiterst zorgwekkend.

“ **Het arrest Achbita dreigt een katalysator te worden van een zeer verregaande beteugeling van de expressie van die andere niet-religieuze overtuigingen.** ”

12. In deze bijdrage wordt de impact van de *Achbita*-doctrine onderzocht in de Belgische rechtspraak. Deze saga wordt vooreerst kort gereconstrueerd, waarbij uitvoeriger wordt ingegaan op de wijze waarop het arbeidshof te Gent de *Achbita* doctrine als (niet verwijzende feitenrechter) finaal heeft toegepast. Voor een omstandigere analyse van het arrest *Achbita* verwijzen we graag naar een eerdere bijdrage¹⁰.

6 HvJ 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*), §37.

7 HvJ 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*), §38.

8 HvJ 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*), §45.

9 Voor een meer uitvoerige commentaar van het arrest ‘Achbita’: F. DORS-SEMONT, “Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar cuius regio, illius religio?”, *RRS* 2016, 65-105.

10 Voor een meer uitvoerige commentaar van het arrest ‘Achbita’: F. DORS-SEMONT, “Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar cuius regio, illius religio?”, *RRS* 2016, 65-105.

13. Vervolgens wordt onderzocht hoe het recente arrest van het Hof van Justitie IX tegen WABE eV (nr. C804/18) en MH Müller Handels GmbH tegen MJ (nr. C341/1) van 15 juli 2015 zich verhoudt tot de Achbita-doctrine. Wordt die doctrine nu bevestigd of eerder genuanceerd?¹¹

14. De meest efficiënte wijze om zicht te krijgen op de Belgische gepubliceerde en niet-gepubliceerde jurisprudentie inzake discriminatie op grond van godsdienst bestaat hierin om de databank van Unia te raadplegen¹². Een dergelijke raadpleging op basis van de grondslag ‘godsdienst of levensbeschouwing’ levert drie gerepertorieerde uitspraken op die volgden op het arrest Achbita van het Hof van Justitie.

15. In een eerste geschil dat leidde tot het arrest van het arbeidshof te Brussel van 7 mei 2020¹³ vorderden twee verpleegsters in een Franstalig centrum voor leerlingenbegeleiding in Brussel in een procedure als in kort geding de intrekking van een reglement dat het dragen van uiterlijke tekenen van een religieuze, politieke, filosofische of culturele opinie verbodt¹⁴. Zij vorderden in het kader van diezelfde procedure eveneens de forfaitaire schadevergoeding van zes maanden.

16. In een tweede zaak die leidde tot een arrest van het arbeidshof te Luik van 30 april 2021, werd een apotheker die na een lange verlofperiode haar werkzaamheden wilde hervatten in een officina die afhing van een co-operatieve die overwegend ‘neutrale’ mutualiteiten groepeerde, ontslagen om dringende redenen¹⁵. De reden van het ontslag was dat ze weigerde een hoofddoek af te leggen, in weerwil van een eerder gegeven instructie en een eerder recent aangepast arbeidsreglement. Het derde geschil betreft het eerder aangehaalde conflict tussen een gesluierde sollicitante en de MIVB. Enkele conclusies sluiten dit verhaal af.

III. PRO MEMORIE: DE ACHBITA-SAGA

A. Feiten

17. Op 12 oktober 2020 viel het doek in de gerechtelijke saga Achbita. Het arbeidshof te Gent sprak zijn eindoordeel uit¹⁶. De feiten speelden zich ruim veertien jaar eerder af, toen een mosli-

ma haar werkgever eerbiedig verzocht om een grondrecht uit te oefenen. Ze wou voortaan tijdens haar werkzaamheden die zij als receptioniste bij klanten van haar werkgever verrichtte, honderd procent haar authentieke zelf zijn door ter plekke haar vrijheid van godsdienst uit te oefenen. Die vrijheid houdt niet enkel het absolute recht in om een religieuze overtuiging *in pectore* te koesteren, maar ook om die overtuiging uit te drukken, bij voorbeeld door het dragen van een hidjab (een hoofddoek dat hoofd en nek bedekt). Haar werkgever wees dit verzoek af en gebod zijn werkneemster om dit hoofddoek bij de klanten waarnaar zij werd gestuurd steeds af te leggen. Mevrouw Achbita heeft die hoofddoek op haar werkplek uiteindelijk nooit gedragen. In de onderneming bestond voorafgaand aan dit ontslag volgens haar werkgever een *ongeschreven* regel die het dragen van religieuze symbolen verbood. Sterker, het formuleren van dit verzoek door een werknemer die haar werkgever eerbied en achting verschuldigd is¹⁷, werd als het bewijs aangezien van het bestaan van zulke regel. In de context van het aanslepend conflict stelde de ondernemingsraad wel een arbeidsreglement op dat op algemene wijze stipuleerde: “Het is aan de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen.” De werkgever wachtte evenwel de inwerkingtreding van dit reglement niet af. Achbita werd daags voordien op drieste wijze ontslagen met betaling van een opzeggingsvergoeding.

B. Gerechtelijke saga

18. Mevrouw Achbita vocht dit ontslag in eerste aanleg voor de arbeidsrechtbank te Antwerpen¹⁸ aan op basis van de theorie van het misbruik van ontslagrecht en later voor het arbeidshof te Antwerpen eveneens wegens de schending van de Antidiscriminatiewet. *Curia novit ius*. De arbeidsrechtbank te Antwerpen woog wel degelijk de Antidiscriminatiewet mee en onderzocht ook de daarmee samenhangende omkering van de bewijslast. Ze oordeelde dat de toepassing van het door de onderneming opgelegde neutraliteitsbeginsel dat later in een arbeidsreglement werd verankerd geen directe discriminatie opleverde en evenmin een onoorbare indirecte discriminatie. Er was volgens de arbeidsrechtbank evenmin sprake van een misbruik van ontslagrecht. De arbeidsrechtbank overwoog dat een onderneming peis en vrede probeerde te bewaren door via neutraliteit te beletten dat “uitingen van een bepaalde overtuiging andersdenkenden tegen de borst zouden kunnen stoten”. Deze redenering reduceert mijns inziens de vrijheid van meningsuiting tot overtuigingen die door niemand als schokkend mogen worden ervaren. De maatregel was adequaat en proportioneel. Het arbeidshof te Antwerpen kwam niet tot een ander oordeel¹⁹. Het woog evenwel uitdrukkelijk mee dat de werkgever in de huidige stand van de rechtspraak en de rechtsleer er alleszins redelijkerwijze kon vanuit gaan dat een dergelijk verbod en het daaruit

11 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (IX v. Wabe eV en MH Müller Handels GmbH v MJ).

12 <https://www.unia.be>

13 Arb. Brussel 7 mei 2020, JTT 2021, 305.

14 De formule luidde als volgt: “un signe extérieur ostentatoire, ou encore, visible d'appartenance à une opinion religieuse, politique, philosophique ou culturelle quelle qu'elle soit (sont visés les couvre-chefs dont notamment les kippas, voiles, foulards, turbans, chapeau ainsi qu'à titre exemplatif les grandes croix, ou autre grand pendentif ou bijou invoquant une appartenance religieuse, politique, philosophique, culturelle).”

15 Arb. Luik 30 april 2021, JTT 2021, 310.

16 Arb. Gent 12 oktober 2020, JTT 2021, 154. Voor een scherpe kritiek: E. BRIBOSIA, R. Médard Inghilterra en I. Rorive, “Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non discrimination”, JTT 2021, 145-143.

17 Art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet.

18 Arb. 27 april 2010, 06/397639/A.

19 Arb. Antwerpen 23 december 2011, Soc.Kron. 2014, 2014, 346.

volgend ontslag legitiem waren. Zijn handelswijze kon om die reden moeilijk als kennelijk onredelijk worden aangezien. Het arbeidshof oordeelde dat sprake was noch van directe discriminatie, noch van indirecte discriminatie. De regel maakte geen onderscheid en er was gewoon geen sprake van een groep die op specifieke wijze door de maatregel werd benadeeld. Om die reden hoefde het arbeidshof niet eens een rechtvaardiging voorop te stellen voor de indirecte discriminatie. Het stelde wel dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging desgevallend kon worden gevonden in het beschermen van secularisme, de gendergelijkheid en het pluralisme. Hoe minder diversiteit zichtbaar is, hoe beter het pluralisme wordt gevrijwaard. Begrijp wie begrijpe kan.

19. De eisers stelden een voorziening in bij Het Hof van Cassatie, dat een enkele prejudiciële vraag overmaakte aan het Hof van Justitie. Het Hof van Cassatie wilde weten of het verbod als moslima een hoofddoek te dragen een vorm van directe discriminatie betrof in de zin van Richtlijn nr. 2000/78. Het Hof van Justitie herformuleerde deze vraag terecht door te onderzoeken of een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk directe discriminatie opleverde in de zin van Richtlijn nr. 2000/78. Die vraag werd ontkennend beantwoord. Het Hof gaf de nationale rechters wel een kader mee om te beoordelen of geen sprake was van indirecte discriminatie. Het nastreven van een neutraliteitsbeleid in relatie tot de klanten van de onderneming werd daarbij uitdrukkelijk legitiem bevonden. Het Hof voerde die toetsing zelf niet uit.

20. De door het arbeidshof te Antwerpen gevolgde benadering spoorde nagenoeg naadloos met de zienswijze van het Hof van Justitie. Wel oordeelde het arbeidshof dat het voor de beoordeling van het misbruik van ontslagrecht niet relevant was of de werkgever aan mevrouw Achbita een andere functie zou hebben aangeboden waarbij zij geen contact met de klanten zou hebben. Het Hof van Justitie betreft dit punt van aandacht wel in zijn proportionaliteitstoets van de indirecte discriminatie. Het Hof van Cassatie heeft het arrest enigszins verrassend gecasseerd²⁰. Het Hof heeft immers een probleem met de door het arbeidshof geschetste ‘verschoonbaarheid’ van een vorm van rechtsmisbruik indien die eveneens discriminatoir kan zijn. De discriminatoire handeling wordt door het Hof van Cassatie volledig geobjectiveerd. Het komt me voor dat het arbeidshof te Antwerpen zich aan een dergelijke ‘fout’ heeft bezondigd omdat het niet geheel onlogisch de vordering onderzocht op basis van twee geheel onderscheiden grondslagen die door de eisers zelf waren voorgesteld. Beide kwalificaties werden onderscheiden en gescheiden.

21. Het arbeidshof te Gent hoeft er zich *in liminis* voor dergelijke fout te maken. Het integreert in zijn onderzoek van het rechtsmisbruik het discriminatierecht, maar merkt daar-

aan voorafgaand op dat het zich voegt naar het arrest van het Hof van Cassatie. Het past de criteria van rechtsmisbruik toe, zonder noch te verwijzen naar de verschoonbaarheid van een gebeurlijk rechtsmisbruik. Het spitst dit onderzoek toe op de vraag of *in casu* sprake was van indirecte discriminatie. Het arbeidshof te Gent meent evenwel dat het vrij universeel geformuleerde verbod geen specifieke categorie van burgers bijzonder benadeelt op basis van een criterium dat ogenschijnlijk neutraal zou zijn. Er is hier eigenlijk sprake van een dubbel gebruik van de universaliteit van de regel. In een eerste beweging leidt die tot de verwerping van de vaststelling van de directe discriminatie en in een tweede tijd wordt die gebruikt om het bestaan van indirecte discriminatie te ontkennen.

22. De eisers meenden dat die categorie van burgers wel degelijk bestaat. Het betreft die gelovigen die in eer en geweten menen dat zij ingevolge hun geloofsovertuiging gehouden zijn bepaalde kledingvoorschriften te respecteren of voor wie het dragen van een uiterlijk teken een belangrijk element is in hun geloofsbeleving.

23. Indien die categorie kan worden geïdentificeerd, lijkt het me nogal wies dat die categorie wordt benadeeld. Deze categorie wordt immers ontslagen in tegenstelling tot diegenen die daar niet aan hechten. Het arbeidshof meent evenwel dat een dergelijke categorie van burgers niet bestaat of sterker niet mag worden geïdentificeerd. Het oordeelt dat het de rechterlijke macht niet toekomt om uit te maken of er al dan niet “meerdere religies zijn die het dragen van bepaalde kledij verplichten”, inzonderheid “of het dragen van een hoofddoek verplicht is en of mevrouw Achbita daaraan gevolg wenste te geven”.

Deze redenering lijkt me om twee redenen betwistbaar. Het is uiteraard niet aan een rechtbank om bepaalde geloofsplichten voor te schrijven. Wel is het relevant om na te gaan of religies vanuit de autonomie die de rechtbank moet erkennen bepaalde plichten voorschrijven. Het is evenwel niet noodzakelijk dit vast te stellen. Het EHRM heeft dit in de zaak *Eweida* reeds gesteld, toen het zich moest buigen over een dame die een crucifix rond haar nek droeg. Maatgevend is niet of iets een plicht is, maar wel of een persoon een bepaald gedrag aanziet als een uitdrukking van zijn of haar geloof. Er moet een redelijke band bestaan tussen de uitdrukking en het geloof, die niet normatief moet zijn²¹. Het arbeidshof meent evenwel dat alle burgers die de behoefte ervaren hun geloof via een teken te veruitwendigen, op gelijke wijze worden behandeld. Het weigert dan ook die groep te vergelijken met de groep die geheel niet wordt benadeeld: de burgers die geen religieuze overtuigingen koesteren of niet de behoefte ervaren die te veruitwendigen. In een kritische analyse hebben Bribosia, Medard Inghilterra en Rorive er ook op gewezen dat de vraag of personen bijzonder benadeeld worden in tegenstelling tot anderen, niet mag herleid worden tot de abstracte vraag of beide groepen al dan niet onder de regel vallen. Het is

²⁰ Cass. 9 maart 2015, S 12.0062.N

²¹ EHRM 15 Januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, §82.

niet omdat twee groepen onder eenzelfde regel vallen, dat die groepen op dezelfde wijze door die regel worden benadeeld²².

24. Het arbeidshof te Gent aarzelt blijkbaar zelf, door in ondergeschikte orde te stellen dat zelfs indien sprake is van een benadeling van een specifieke groep, dit onderscheid aan een legitiem doel (neutraliteitspolitiek) beantwoordt en dat die (indirect) discriminatoire behandeling vlot de proportionaliteitstoets doorstaat. Bij de beoordeling van die legitimiteit en proportionaliteit put het arbeidshof vooral uit de passages van het Hof van Justitie als zou het Hof in dit arrest de bedoeling hebben gehad om zelf de casuspositie aan haar interpretatie van de richtlijn te toetsen. Bribosia, Medard Inghilterra en Rorive betwisten mijns inziens terecht deze vooronderstelling²³. Het Hof van Justitie reikt immers slechts handvaten aan die de rechter *in concreto* moet toepassen aan de hand van de feiten van het geval. Het arbeidshof laat na om na te gaan welke achterliggende doelstellingen die neutraliteitspolitiek dient. De ondraaglijke lichtheid waarmee het arbeidshof deze toetsen uitvoert, is opmerkelijk. Eenmaal zou komen vast te staan dat sprake is van een indirecte discriminatie, is het aan de instantie die aan de basis ligt van die maatregel om een volledig bewijs te leveren van de conditionaliteit die in de *Achbita*-doctrine wordt gesteld aan de rechtvaardiging. Het arbeidshof heeft geen problemen met de vaststelling dat de litigieuze regel een algemene strekking had en ook van toepassing was op werknemers die geen contact hadden met het publiek. Het past die regel immers toe op een werknemer die wel degelijk in contact staat met het publiek. Bribosia, Medard Inghilterra en Rorive merken in dit verband evenwel op dat uitgerkend die ruime toepassingsfeer twijfels had kunnen doen rijzen over de geloofwaardigheid van de doelstelling van die regel²⁴.

25. Het arbeidshof te Gent gaat in tegenstelling tot het arbeidshof te Antwerpen wel over tot een onderzoek van de vraag of het de werkgever vrij stond om Achbita een functie in *backoffice* aan te bieden die geen contact met derden inhield. Het arbeidshof meent dat eisers het bestaan van die functie niet aantonen en oordeelt dat het (niet vereiste) bewijs van het tegendeel werd geleverd.

IV. EEN VERVOLGARREST VAN HET HOF VAN JUSTITIE: DE *ACHBITA*-DOCTRINE BEVESTIGD, MAAR GENUANCEERD

26. In *IX tegen Wabe eV* en *MH Müller Handels GmbH tegen MJ* staan twee casusposities centraal²⁵. De eerste casus betreft een

onderneming die 600 werknemers tewerkstelt in kinderdagverblijven. Centraal staat een kinderverzorgster die na een periode van ouderschapsverlof tot tweemaal toe probeert terug te keren naar haar werkplek. Bij die gelegenheid blijkt dat zij telkenmale een hoofddoek draagt. De werkgever draagt haar op die hoofddoek af te leggen. Deze instructie houdt verband met een interne regulering die uitdrukkelijk het dragen van zichtbare politieke, filosofische of religieuze tekenen op de werkplek verbiedt. Zij is enkel van toepassing op de leerkrachten die contact hebben met de kinderen en de ouders. Deze regulering kwam na het arrest *Achbita* tot stand en de modaliteiten lijken er een door-drukje van te vormen. De dame wordt tot twee keer toe bij wijze van ordemaatregel teruggestuurd en in haar personeelsdossier wordt tweemaal een disciplinaire waarschuwing geactiveerd. De procedure ten gronde heeft betrekking op de verwijdering van die beslissingen uit het personeelsdossier.

27. De tweede casuspositie betreft een verkoopsassistente-kassierster in een winkel die op een bepaald moment met een hoofddoek op het werk verschijnt. In een eerste tijd lost de werkgever dit op door haar een andere functie te geven, waar zij haar hoofddoek wel kon dragen. Hoewel het arrest noch de conclusie dit verduidelijken, lijkt het hier te gaan om een taak in *backoffice*. In juni 2016 vraagt de werkgever haar ook in die functie haar hoofddoek af te leggen. Zij weigert dit en wordt daarop naar huis gestuurd. De werkgever schakelt snel door binnen de maand een interne regulering vast te stellen, die het dragen van *grote, opvallende* politieke, levensbeschouwelijke of religieuze tekens op het werk verbodt. Daarop beveelt hij de dame haar werkzaamheden te hervatten zonder dergelijke grote en opvallende tekens te dragen. In de procedure ten gronde die tot de verwijzende rechter (het *Bundesarbeitsgericht*) wordt gevoerd, eist zij dat de instructie ongeldig wordt verklaard. De door de werkgever gehanteerde richtlijn ging aan het arrest *Achbita* vooraf en de formule wijkt op een belangrijk punt af van de in dit arrest gehuldigde 'doctrine'. Het verbod wordt immers beperkt tot 'grote en opvallende' tekenen. Een opvallend verschil met de feitelijke casuspositie in *Achbita* betreft de vaststelling dat de Duitse werkgever wel degelijk een functie in *backoffice* aanbod die haar toeliet met een hoofddoek te werken. Waarom hij op een bepaald ogenblik oordeelde dat het uitoefenen van die functie of de arbeidsorganisatie dit niet meer toeliet, is volstrekt onduidelijk.

28. Het Hof van Justitie ordent en parafraseert de ontvangen prejudiciële vragen in de hiernavolgende rangorde.

29. Vooreerst is er de vraag "of artikel 1 en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 aldus moeten worden uitgelegd dat een interne regel van een onderneming die werknemers verbiedt op het werk zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging te dragen, *directe* discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging in de zin van deze richtlijn vormt voor werknemers die wegens religieuze geboden bepaalde kledingvoorschriften volgen".

22 E. BRIBOSIA, R. MÉDARD INGHILTERRA en I. RORIVE, "Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non discrimination", *JTT* 2021, 148.

23 E. BRIBOSIA, R. MÉDARD INGHILTERRA en I. RORIVE, "Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non discrimination", *JTT* 2021, 152-153.

24 E. BRIBOSIA, R. MÉDARD INGHILTERRA en I. RORIVE, "Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non discrimination", *JTT* 2021, 149, 151.

25 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV* en *MH Müller Handels GmbH v MJ*).

30. Het Hof ontkent die vraag ondubbelzinnig. Dit antwoord is niet verrassend. Het Hof had dit reeds met zoveel identieke bewoordingen gesteld in het arrest *Achbita*. Maatgevend is dat “een dergelijke regel, voor zover die op algemene en niet-gedifferentieerde wijze wordt toegepast, geen verschil in behandeling creëert op grond van een criterium dat onlosmakelijk met godsdienst of overtuiging verbonden is”. Het Hof bevestigt het arrest *Achbita* door geen onderscheiden behandeling te zien met burgers die geen overtuiging hebben en om die reden door dergelijke regel niet echt worden geraakt. Het merkt immers op dat iedereen “hetzij een godsdienst hetzij een overtuiging kan hebben”. Een overtuiging kan immer zowel betrekking hebben op een religieuze overtuiging als op een levensbeschouwelijke of spirituele overtuiging²⁶. Het Hof onderscheidt die overtuigingen in de zin van Richtlijn nr. 2000/78 wel van ‘politieke of andere denkbeelden’²⁷. Dit *obiter dictum* belet allicht het nuttige gebruik dat van Richtlijn nr. 2000/78 kan worden gemaakt om discriminatie op basis van politieke of syndicale overtuigingen te beteugelen. Positiever geformuleerd blijkt hieruit de meerwaarde van de actuele Belgische omzettingwetgeving die discriminatie op beide gronden wel verbiedt.

31. Wat het Hof weigert te aanvaarden is dat er zich mogelijk wel een onderscheid aandient tussen burgers die overtuigingen willen uitdrukken en diegene die een dergelijke behoefte niet ervaren. Indien een religie een bepaalde praxis oplegt, is dergelijke behoefte evident aanwezig.

32. De tweede vraag heeft volgens het Hof betrekking op de kwestie “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”.

33. Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag mijns inziens met veel meer nuance dan in het arrest *Achbita* het geval was, waar het oordeelt dat dergelijke rechtvaardiging veronderstelt dat

1. het beleid beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever, wat hij moet aantonen aan de hand van onder meer de legitieme verwachtingen van zijn klanten of gebruikers en de nadelige gevolgen die hij, gezien de aard of de context van zijn activiteiten, zonder dat beleid zou ondervinden;
2. het verschil in behandeling geschikt is om een goede toepassing van het neutraliteitsbeleid te verzekeren, wat ver-

onderstelt dat het beleid coherent en systematisch wordt nagestreefd;

3. het verbod niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is gezien de ware omvang en ernst van de nadelige gevolgen die de werkgever met het verbod tracht te vermijden²⁸.

34. Ter vergelijking: in *Achbita* oordeelde het Hof slecht dat “het nastreven door de werkgever, in de relaties met zijn klanten, van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit” een legitiem doel vormde en dat de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk moesten zijn²⁹.

35. Een wezenlijk verschil met *Achbita* lijkt me vooral de eerste voorwaarde te betreffen. In *Achbita* gaf het Hof de indruk er voetstoots vanuit te gaan dat een neutraliteitsbeleid *per se* een legitieme doelstelling vormde.

“ In *Achbita* gaf het Hof de indruk er voetstoots vanuit te gaan dat een neutraliteitsbeleid per se een legitieme doelstelling vormde.

36. De fundering die het Hof voor die legitimiteit gaf, betrof de vrijheid van ondernemerschap. Artikel 16 HGEU werkte als een katalysator om indirecte discriminatie te legitimeren en te faciliteren. De benadering van die vrijheid was zeer subjectief en grensde aan willekeur. Precies op dit punt liet zich een onderscheid gevoelen tussen de objectieve benadering van de rechtvaardiging van directe discriminatie en de meer subjectieve rechtvaardiging van de indirecte discriminatie. In het geval van een directe discriminatie volgt die objectiviteit uit de wijze waarop de wezenlijke beroepsvereisten worden gedefinieerd in artikel 4 van Richtlijn nr. 2000/78. Directe discriminatie kan immers slechts worden gerechtvaardigd voor zover lidstaten uitdrukkelijk bepalen dat “een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden, 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.” Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Micropole* een objectiverende interpretatie nagestreefd van die noties ‘aard’ en ‘context’³⁰.

37. Het Hof bouwt nu ook voor de legitieme doelstellingen die indirecte discriminatie rechtvaardigen een stuk objectiviteit in, in weerwil van wat de fundering in de vrijheid van onder-

26 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §47.

27 *Ibid.*

28 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*) (beschikkend gedeelte).

29 HvJ 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*) (beschikkend gedeelte).

30 HvJ 14 maart 2017, C-188/15 (*Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) v. Micropole SA*).

nemerschap van die werkgever zou kunnen doen vermoeden. De wens is immers niet meer de vader van de gedachte en nog minder van de legitimiteit. Het Hof stelt letterlijk: “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.”³¹.

38. In een recent verdedigd proefschrift over de neutraliteit van de onderneming dat aan dit arrest voorafging, besteedt Leopold Van Bellingen aandacht aan twee onderscheiden dimensies van de neutraliteit³². Het proefschrift heeft de grote verdienste om de doelstellingen van neutraliteit helder in kaart te brengen. Het recente arrest van het Hof van Justitie toont de juridische relevantie van dit onderzoek treffend aan. De auteur beschouwt die neutraliteit zowel vanuit de interne dimensie van het beheer van de onderneming als arbeidsgemeenschap als vanuit de externe dimensie van de onderneming in haar verhouding tot de buitenwereld. In dit laatste geval is haar imago in het geding. Zijn analyse heeft de verdienste de instrumentele dimensie van de neutraliteit te onderscheiden van een meer teleologische dimensie. De instrumentele neutraliteit staat ten dienste van andere doestellingen zoals het efficiënte beheer van de onderneming, de sociale vrede of een zorg voor het imago, daar waar in een meer teleologische opvatting de neutraliteit gepromoveerd wordt tot een doelstelling op zich. De neutraliteit wordt dan een deel van de identiteit van de onderneming. Zo men wil, wordt de onderneming dan geschapen naar het beeld van de neutrale Staat. De benadering van het Hof van Justitie lijkt te getuigen van een noodzaak om een neutraliteitspolitiek objectiverend te verankeren binnen de vrijheid van ondernemerschap. De vraag rijst dan ook of binnen dat kader na dit arrest nog ruimte bestaat om de neutraliteit als een doel op zich te beschouwen wars van een achterliggende doelstelling.

39. Een stuk subjectiviteit blijft overeind. Vooreerst vooronderstelt de rechtvaardiging in tegentelling tot wat voor de directe discriminatie geldt, niet enig initiatief van de lidstaten. Ten tweede stelt het Hof dat de rechtvaardiging een *prima facie* aan de werkgever gelieerde “werkelijke behoefte van die werkgever” veronderstelt “waarbij het aan hem staat om die aan te tonen”³³.

40. Het gebruik van het woord ‘behoefte’ is enigszins ambigu. Het Hof maakt wel duidelijk dat de objectiviteit van de behoefte niet kan worden aangetoond door zich te verschuilen achter subjectieve klachten van klanten of discriminatoire eisen van klanten³⁴.

41. Rechten en legitieme verwachtingen van klanten en gebruikers moeten van klachten en discriminatoire eisen worden onderscheiden³⁵. In het geval van de kinderczorgcentra houdt het Hof om die reden rekening met “het in artikel 14 van het Handvest erkende recht van ouders om te verzekeren dat hun kinderen worden opgevoed en onderwezen in overeenstemming met hun godsdienstige, levensbeschouwelijke en opvoedkundige overtuiging”.

42. Indien men die redenering zou toepassen op de feiten in de *Achbita*-zaak, kan de vraag gesteld worden welke rechten of legitieme verwachtingen de klanten van G4 Secure Solutions *in concreto* konden voorleggen, opdat de onderneming daar rekening mee zou moeten houden. Wat mijns inziens vaststaat is dat het niet (meer) opgaat om niet legitieme verwachtingen te sublimeren via een in een regel vervat abstract beginsel van neutraliteit.

43. Het Hof stelt immers in overweging 67 dat “het bij de vraag of er voor de werkgever een werkelijke behoefte bestaat in de zin van punt 64 van het onderhavige arrest van bijzonder belang is dat hij het bewijs levert dat zijn vrijheid van ondernemerschap, die in artikel 16 van het Handvest wordt erkend, zonder zo’n beleid van politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit zou worden aangetast omdat hij, gezien de aard of de context van zijn activiteiten, nadelige gevolgen zou ondervinden.”³⁶.

44. De noties ‘aard’ of ‘de context van de activiteiten’ duiken op in de bepaling over ‘wezenlijke beroepsactiviteiten’. Het ligt dan ook in de rede dat dezelfde begrippen in de context van indirecte discriminatie een gelijkaardige restrictieve uitleg moeten krijgen. Het gebruik van het woord ‘nadelige gevolgen’ introduceert evenwel een erg mercantiele dimensie in een belangenafweging op een moment van de architectuur waarin de proportionaliteit nog niet aan de orde is. Dit onderdeel slaat immers op de legitimiteit. Aangezien het hier cumulatieve voorwaarden betreft, kunnen nadelige gevolgen van het niet honoreren van niet-legitieme redenen op zich echter geen verschil maken.

45. De aanpak van het Hof getuigt mijns inziens nog om een andere reden van een objectiverende benadering. Objectiveren betekent onder meer dat men aangeeft welke doelstellingen (lees: objectieven) een beleid dient. Werkgevers zullen in feite moeten aangeven welk achterliggend doel de “neutraliteitspolitiek dient”. In een ander onderdeel van het arrest noemt het Hof al enkele legitieme achterliggende doelstellingen van een neutraliteitsbeleid “het vermijden van sociale conflicten” en “een neutrale *opstelling* naar klanten toe”. De tweede doelstelling is evident ongelukkig geformuleerd. De enige zinvolle manier om

31 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §64.

32 L. VAN BELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise privée*, Louvain La Neuve, 2021, 663 p.

33 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §64.

34 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §66.

35 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §65.

36 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §67.

er een uitleg aan te geven is die neutraliteit uit te leggen in de zin van de inclusieve neutraliteit.

46. De derde door het Hof onderzochte vraag betrof de kwestie of een soort neutraliteitsbeleid *light* door de beugel kon, waarbij een verbod enkel zou gelden voor het dragen van grote, opvallende tekens die een politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging uitdrukken. Nu is er niet veel verbeeldingskracht voor nodig om in te zien dat dergelijk beleid christenen spaart die kleine crucifixen dragen en joodse broeders die een keppeltje dragen, maar dat dit criterium bijzonder nadelig zou kunnen uitvallen voor die moslima's en waarom niet sikhs die hoofddoeken en tulbanden dragen. Men kan immers wel kleine crucifixen dragen maar geen kleine hoofddoekjes.

47. Het antwoord van het Hof is in een eerste tijd categorisch. Indirecte discriminatie als gevolg van een interne regel van een onderneming volgens dewelke op het werk geen zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging mogen worden gedragen, met de bedoeling een neutraliteitsbeleid binnen de onderneming te garanderen, kan enkel worden gerechtvaardigd indien het verbod geldt voor *elke* zichtbare uiting van een politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging. Het Hof vervolgt die stelling in het beschikkende gedeelte door een stelling die minder categorisch klinkt. Immers, een verbod dat enkel geldt voor het dragen van grote, opvallende tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging *kan* directe discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging opleveren, die in geen geval kan worden gerechtvaardigd op basis van artikel 2 (2) (b) (i) Richtlijn nr. 2000/78³⁷.

48. Niettegenstaande deze formule genuanceerder klinkt, stelt het Hof zelf dat “een neutraliteitsbeleid binnen een onderneming zoals het beleid in de eerste vraag van zaak C-341/19 alleen doeltreffend kan zijn indien bij contacten tussen werknemers en klanten of tussen werknemers onderling geen enkele zichtbare uiting van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging is toegestaan: 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.”³⁸.

49. Het Hof lijkt daarbij zijn oordeel in de plaats van de feitenrechter te stellen. De kwestie van de grootte van de hoofddoeken roept uiteraard herinneringen op aan een belangwekkende overweging in het arrest *Eweida* van het Straatsburgs Hof. In dit arrest weegt het Straatsburgs Hof immers wel degelijk het ‘discrete’ karakter van het religieuze teken dat mevrouw Eweida droeg mee in de afweging tussen de vrijheid van religie en het belang van British Airways om het ‘corporate image’ veilig te

stellen. Volgens het Hof kon de in omvang bescheiden crucifix onmogelijk afbreuk doen aan haar ‘*apparence professionnelle*’³⁹. Sterker, die passage werd door de advocaat-generaal Rantos gebruikt om te beargumenteren dat een bedrijfsreglement dat slechts opvallende en grote tekens verbood, te billijken⁴⁰.

50. Een vergelijking tussen beide arresten toont aan dat voor het Straatsburgse Hof de grootte van het teken relevant is, daar waar dat voor het Luxemburgse Hof de omvang niet relevant is.

51. Hoe dit te verklaren? Het Hof van Justitie is sterk gefocust op de voorvraag of een bepaalde situatie directe dan wel indirecte discriminatie oplevert. Indien op basis van een aan een grondslag gelieerd kenmerk een ongelijke behandeling opduikt, speelt directe discriminatie. De *Achbita*-doctrine stimuleert in feite werkgevers om regels te ontwerpen die alle werknemers op voet van gelijkheid beperken in het genot van de vrijheid van religie. De benadering van het Straatsburgs Hof is gefocust op de beperking van de vrijheid van religie. Hoe fijnmaziger het net dat de werknemers vangt is, hoe meer proportioneel die beperking zal zijn. Die vaststelling laat evenwel onverlet dat werknemers in deze hypothese nog steeds dergelijke beperkingen kunnen toetsen aan de combinatie van artikel 9 en artikel 11 EVRM.

52. In het vierde en laatste onderdeel van het arrest synthetiseert het Hof twee prejudiciële vragen om te komen tot een heel fundamenteel punt: de verhouding van de vrijheid van godsdienst tot het beginsel van non-discriminatie.

53. Deze discussie wordt aangeknoopt aan de draagwijdte van artikel 8 van Richtlijn nr. 2000/78. Dit artikel bepaalt dat “De lidstaten bepalingen mogen vaststellen of handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling *gunstiger* zijn dan die van deze richtlijn.”

54. De verwijzende rechter laat daarbij het potentieel onbenut dat vervat ligt in artikel 2 (5) van Richtlijn nr. 2000/78 dat bepaalt dat de richtlijn de nationale wettelijke bepalingen onverlet laat die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en *de bescherming van de rechten en vrijheden van derden*.

55. Het Hof oordeelt ter zake dat “nationale bepalingen die de godsdienstvrijheid beschermen, als gunstigere 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.”⁴¹.

37 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*) (beschikkend gedeelte).

38 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*), §77.

39 EHRM 15 Januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 an 36516/10, §94.

40 Zie conclusie AG Rantos bij HvJ, nr. C-804/18 en nr. C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*).

41 HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadels GmbH v MJ*) (beschikkend gedeelte).

56. Het beroep op dit artikel suggereert dat bepalingen die de vrijheid van godsdienst waarborgen een meer ruimhartige bescherming toelaten van burgers die menen slachtoffer te zijn van discriminatie op basis van godsdienst overheen de rechtvaardiging van dergelijke vormen van discriminatie die de richtlijn toelaat.

57. Het Hof verwijst in dit verband naar de '*margin of direction*' die lidstaten hebben om het discriminatiebegrip op te rekken en hogere eisen te stellen aan wat een rechtvaardiging kan bieden voor het beginsel van gelijke behandeling⁴². Aangezien artikel 9 EVRM doorwerkt in het nationale recht mag gewezen worden op enkele opmerkelijke discrepanties die wel degelijk bestaan tussen de toets waaraan het Straatsburgs Hof beperkingen van de vrijheid van religie onderwerpt en de Luxemburgse toets⁴³. In dit verband wees ik in een vorige bijdrage reeds op het feit dat het Straatsburgs Hof een *prescribed-by-law* vereiste stelde die mijns inziens onderscheiden is van de systematische toepassing van een neutraliteitspolitiek. Ook mag worden opgemerkt dat het loutere feit dat Eweida wel degelijk een job in *backoffice* kreeg toegewezen *niet* bevrijdend heeft gewerkt voor *British Airways*. Het Straatsburgse Hof heeft ook duidelijk te kennen gegeven dat het bedrijfsimago geenszins een waarde betreft die een gelijke bescherming behoeft als de conventionele vrijheid van religie.

V. DE RECEPTIE VAN HET ARREST *ACHBITA* IN DE BELGISCHE RECHTSPRAAK

58. De drie hierboven aangehaalde zaken kunnen procedureel worden opgesplitst in één zaak die werd ingeleid als in kort geding (Arbrb. Brussel 3 mei 2021), één zaak die werd ingeleid volgens de gemeenrechtelijke procedure (Arbh. Luik 30 april 2021) en een hybride zaak. De zaak die diende voor het arbeidshof te Brussel (Arbh. Brussel 7 mei 2020) betrof een vordering tot staking en een vordering tot schadevergoeding. Het arbeidshof te Brussel oordeelde dat om die reden de vordering tot het betalen van een forfaitaire schadevergoeding van zes maanden terecht naar de rol werd verwezen, omdat deze in het kader van een procedure zoals in kort geding werd ingeleid. In de MIVB-zaak werd de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel, oordelend als in kort geding geconfronteerd met een stakingsvordering vanwege de vorderende partijen en met een vordering tot schadevergoeding in vrijwillige tussenkomst. De voorzitter nam van al deze vorderingen kennis⁴⁴.

59. De MIVB-zaak heeft betrekking op een sollicitatie, terwijl de andere twee zaken werknemers betreffen die reeds waren

aangeworven. In de Luikse zaak werd die werknemster om dringende reden ontslagen. In de zaak voor het arbeidshof te Brussel probeerden twee moslima's dit ontslag te vermijden door geen hoofddoek te dragen, maar de litigieuze regel nietig te laten verklaren.

60. Het arbeidshof te Brussel bevestigde in zijn arrest van 7 mei 2020 de beschikking van de voorzitter van de arbeidsrechtbank waarin werd geoordeeld dat de vordering tot intrekking van het reglement ontvankelijk maar niet gegrond was. Deze beschikking ging aan het arrest *Achbita* vooraf. Het arbeidshof te Brussel weegt dit arrest in de motivering mee. Het oordeelt dat *in casu* geen sprake kan zijn van directe discriminatie, aangezien het in het reglement vervatte verbod een algemene strekking had en zonder onderscheid werd toegepast op *alle* werknemers van het centrum. Het Hof onderzoekt of de regel indirect discriminatoir kan zijn. Het Hof oordeelt dat die discriminatie aan een legitieme doelstelling beantwoordt. Er wordt vooreerst gewezen op enkele doelstellingen die *in se* ontegensprekelijk legitiem zouden zijn. Het arbeidshof wijst op de noodzaak om proselitisme te vermijden en op het feit dat de doelgroep van het kindercentrum bestaat uit minderjarigen die behoefte hebben aan een omgeving die hen vertrouwen en vertrouwelijkheid inboezemt. In dergelijke context moeten immers problemen (zoals voeding, obesitas, seksualiteit en huidziekten) ter sprake worden gebracht waarvan sommige vanuit levensbeschouwelijk of religieus perspectief dreigen te worden ingekleurd. Het is opmerkelijk dat eveneens een louter venaal argument wordt aangehaald. Het verbod moet het centrum in staat stellen zo veel mogelijk 'klanten' aan te trekken, inclusief die scholen die zelf een neutraliteitsbeleid voeren. De subsidies van het centrum hangen immers af van het aantal scholen met wie het centrum contracten kon sluiten.

61. Deze motivering die ten dele rekening houdt met de kwetsbaarheid van de betrokken patiënten reminisceert aan het arrest *Ebrahimian* van het Straatsburgse Hof. In dit arrest woog het Hof de kwetsbaarheid van patiënten in een psychiatrische afdeling van een zorgcentrum mee die met hoofddoeken werden geconfronteerd⁴⁵. Het ware mijns inziens verkeerd om in dit arrest dat *prima facie* een minder tolerante houding aanneemt ten aanzien van religieuze tekenen op de werkplek, een soort omkering te zien van de meer tolerantere attitude waarvan het Hof in *Eweida* blijk gaf. De feiten zijn wezenlijk anders, aangezien mevrouw Eweida klanten van *British Airways* moest te woord staan, die per definitie nog zeer mobiel, zeer weerbaar en lucide waren. Daar waar de Franse Staat uitdrukkelijk de '*laïcité*' inriep als een legitieme doelstelling voor de beperking van de vrijheid van godsdienst, stelde het Hof enkel dat de religieuze neutraliteit *in casu* en gelet op de specifieke omstandigheden

⁴² HvJ 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*IX v. Wabe eV en MH Müller Hadel's GmbH v MJ*), §87.

⁴³ F. DORSSEMONT, "Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar *cuius regio, illius religio*?", *RRS* 2016, 65-105.

⁴⁴ Zie immers art. 20 §2 Antidiscriminatiewet.

⁴⁵ EHRM 26 november 2015, nr. 64846/11 (*Ebrahimian t. Frankrijk* Voor een hoofddoekenverbod dat een kleuterleidster trof omwille van de kwetsbaarheid van de aan haar toevertrouwde kleuters: EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Lucia Dahlab t. Zwitserland*)).

een hoofddoekenverbod kon rechtvaardigen. Het verwees in dit verband uitdrukkelijk naar “*un contexte de vulnérabilité des usagers du service public*”⁶⁶. Het gaat dan ook mijns inziens niet op om te veronderstellen dat het Hof in dit arrest de exclusieve neutraliteit zou hebben gebillijkt voor de ganse publieke sector als een legitieme doelstelling om de vrijheid van godsdienst te beperken.

62. Bij die motivering van het arrest van het arbeidshof te Brussel passen enkele kanttekeningen. Niettegenstaande de goede trouw in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zich mijns inziens verzet tegen praktijken van proselitisme in dergelijke werkomgeving, lijkt het mij betwistbaar om het dragen van een hoofddoek als een uiting van proselitisme te zien. Dit bezwaar kan niet ontzenuwd worden door te zwaaien met het excessieve argument van preventie van proselitisme. Er moet ook vastgesteld worden dat het arbeidshof over de belangrijke nuance heen stapt die in het arrest *Achbita* wordt uitgedrukt dat de toepassingssfeer van de regel moet worden beperkt tot werknemers die in contact treden met het publiek. De regel in kwestie bevatte geenszins een dergelijke beperking. Die vaststelling is relevant omdat uit de feiten bleek dat de verpleegsters in kwestie een overplaatsing in een puur administratieve functie hadden gevraagd, in de hoop daar een hoofddoek te dragen. Dit verzoek werd afgewezen, omdat een dergelijke herverdeling van de taken tussen de leden van het team tot spanningen aanleiding had gegeven. Deze moeilijkheid zou de redelijkheid van een dergelijke aanpassing mijns inziens in het gedrang hebben gebracht. Het Hof van Justitie had in *Achbita* geoordeeld dat een werkgever een aanpassing kon weigeren, indien dit zelfs maar tot mineure problemen zou leiden. Overigens werd die weigering in het geschil voor het arbeidshof niet in rechte aangevochten.

63. In het licht van het meest recente arrest van het Hof van Justitie kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij het gebruik van het woord ‘ostentatoir’ in de formule van het arbeidsreglement. Dit euvel wordt slechts ten dele weggewerkt doordat het reglement eveneens elk zichtbaar teken verbiedt, ongeacht of het opvallend is of niet. Het lijkt immers problematisch dat kleine christelijke symbolen impliciet wel worden getolereerd. Die slordigheden of juridische ineleganties lijken me reden te zijn om deze formule *anno* 2021 wel degelijk als direct discriminatoir te kwalificeren.

64. Indien dergelijke formule zou worden aangepast, blijft eveneens de vraag overeind of de door het arbeidshof *in casu* gebillijkte legitieme doelstelling de eerder genoemde objectiviteitstoet van het Hof van Justitie zou doorstaan.

65. Het daaropvolgende arrest van het arbeidshof te Luik van 30 april 2021 betreft een ontslagzaak in tegenstelling tot beide andere arresten. De apotheker werd om dringende reden ontsla-

gen omdat ze weigerde een hoofddoek af te leggen. De behoefte om een hoofddoek te dragen manifesteerde zich na een periode van ouderschapverlof. De apotheker verzocht voor haar terugkeer eerbiedig om een onderhoud met haar directeur waarin zij haar wens uitte een hoofddoek te dragen. Dit verzoek werd schriftelijk afgewezen. In de onderneming die ruim 300 werknemers tewerkstelde bestond op het ogenblik dat dit verzoek viel nog geen enkel reglementaire bepaling over het neutraliteitsbeginsel. Wel volgde een allerindividueelste schriftelijke instructie aan de apotheker, om bij terugkeer naar de werkplek een geheel ‘neutrale’ outfit te dragen zonder enige verwijzing naar een godsdienst.

66. De apotheker riep daarop in een schriftelijk antwoord haar vrijheid van geweten in en het beginsel van non-discriminatie. De werkgever maakte gebruik van een verlenging van haar verlofregeling om snel het arbeidsreglement aan te passen. De volgende bepaling werd toen ingelast:

« *Il est [...] défendu au travailleur: 1° de porter sur les lieux de travail des signes visibles de ses convictions politiques, philosophiques ou religieuses. 2° de porter sur les lieux de travail un couvre-chef qui ne soit pas prévu ou autorisé par l'employeur; [...] »*

67. Het conflict met de werkgever escaleerde en de posities van beide partijen bleven onvereenigbaar. Wanneer de apotheker zich finaal met een hoofddoek en een djellaba aanmeldde en nadat zij weigerde de hoofddoek af te leggen, werd ze ontslagen om dringende reden.

68. Het arbeidshof bevestigde het vonnis van de arbeidsrechtbank te Luik waarin alle vorderingen van de apothekeres werden afgewezen. Het arrest van het arbeidshof te Luik bevat een interessante reflectie over de vraag of een neutraliteitspolitiek in een arbeidsreglement moet vervat liggen en hoe gebeurlijk het bewijs van die politiek moet worden geleverd. Het arbeidshof meent immers uit het feit dat de dame verzocht een hoofddoek te dragen af te kunnen leiden dat zij perfect wist dat er een ongeschreven verbod bestond op het dragen van een hoofddoek. Het loutere feit dat zij juridische argumenten aanhaalt om haar vrijheid van religie te verdedigen na de afwijzing van dit verzoek zou het bestaan van dit argument bevestigen. Het komt mij voor dat dergelijke redenering uitgaat van een verkeerd begrip van de arbeidsverhouding waarin het bestaan van een ondergeschikt verband wordt miskend. Werknemers zijn hun werkgever eerbied en achting verschuldigd⁴⁷. Deze verplichting is weliswaar wederkerig, maar volstaat op zich om te begrijpen waarom iemand die zich in een ondergeschikte relatie bevindt in plaats van een werkgever te verschalken, een toestemming vraagt. Men kan de redenering evengoed omdraaien. Indien het zonneklaar was dat er een verbod bestond, zou een werknemer die toestemming niet eens *durven* vragen.

46 EHRM 26 november 2015, nr. 64846/11 (*Ebrahimian t. Frankrijk*) §53.

47 Art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet.

69. Het arbeidshof te Luik volgt de *Achbita*-doctrine vrij getrouw. Het wijst het bestaan van directe discriminatie af en onderzoekt of de maatregel tot een vorm van onoorbare indirecte discriminatie leidt. Het arbeidshof erkent dat de maatregel indirect discriminatoir is. Die indirecte discriminatie beantwoordt evenwel aan een legitieme doelstelling (het voeren van een neutraliteitspolitiek) en is proportioneel. De objectieve noodzaak van die neutraliteit wordt geenszins toegelicht. Het arbeidshof te Brussel noemt daarentegen in dit verband de volksgezondheid, de vrijheid van vereniging en van ondernemen van de vennootschap. De verwijzing naar de vrijheid van ondernemen is voor de hand liggend in het licht van het arrest *Achbita*. De vraag rijst of dergelijke verwijzing in het licht van het arrest *Wabe/Müller* voldoende is. Er wordt niet echt duidelijk gemaakt waarom de vrijheid van ondernemen in het geding is of welke doelstelling de neutraliteit dient. Het beroep op de volksgezondheid ontgaat me, nu niet valt in te zien waarom gesluierde verpleegsters de volksgezondheid in het gedrang zouden brengen. Een mogelijke verklaring kan hierin bestaan dat het arbeidshof belang hecht aan de eerdergenoemde kwetsbaarheid van de kinderen die aan het zorgcentrum zijn toevertrouwd.

70. In het kader van het onderzoek naar de proportionaliteit houdt het arbeidshof rekening met het adequaat karakter (*ap-propriété*) et met het noodzakelijk karakter van de maatregel. Het arbeidshof stelt in het kader van de adequaatheid van de maatregel, dat de neutraliteitspolitiek systematisch en coherent werd toegepast en dat de maatregel noodzakelijk was om de eerder aangehaalde doelstelling te verwezenlijken. Het is interessant om vast te stellen dat het arbeidshof in dit verband het weinig discreet karakter van het religieuze symbool in rekening brengt. Aangezien het een groot teken was, was de maatregel in die optiek 'noodzakelijk' om de legitieme doeleinden te verwezenlijken. De vraag is of dit onderdeel van de overweging in het licht van het arrest *Wabe/Müller* nog wel dienend is.

71. Een evident punt van kritiek lijkt me erin te bestaan dat het litigieuze reglement eveneens van toepassing was op werknemers die geen contact hadden met het publiek. Aangezien het reglement evenwel werd toegepast op een verpleegster die wel in contact stond met het publiek, weigert het arbeidshof dit punt te betrekken in de analyse van de proportionaliteitstoets. Het arbeidshof weigert eveneens te besluiten dat de maatregel disproportioneel zou zijn geweest omdat men haar geen job in *backoffice* had aangeboden. Het overweegt in dit verband dat zij nooit heeft gevraagd om een dergelijke functie en dat de toekenning een bijkomende arbeid organisatorische last met zich zou meebrengen. Het betreft hier immers – uiteraard – een wijziging van haar functie.

72. De MIVB-beschikking van de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel van 3 mei 2021 is de enige uitspraak in het post-*Achbita*-tijdperk waarin een gesluierde werkneemster in het gelijk werd gesteld. Het is opvallend dat enkel deze zaak tot politieke commotie heeft geleid en tot een opgemerkt optreden van professor Marc Uyttendaele die op 5 juni 2021 gedurende

bijna drie kwartier een platform zonder tegenspraak kreeg aangeboden op een uitzending van *Le grand oral* op de Rtbf om onder meer deze beschikking te hekelen.

“ **De MIVB-beschikking van de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel van 3 mei 2021 is de enige uitspraak in het post-Achbita-tijdperk waarin een gesluierde werkneemster in het gelijk werd gesteld.** ”

73. De meest saillante passages van dit optreden werden op de webstek van de Rtbf getranscribeerd. Men kan er de volgende uitspraken terugvinden:

« *Il faut dire les choses comme elles sont: jamais, dans ma carrière, je n'ai vu un jugement aussi insultant pour l'une des parties. Jamais je n'ai vu un jugement qui ressemblait à ce point plus à un tract qu'à une décision de justice. Et là il y a quelque chose de terriblement choquant. Et je l'ai dit à la STIB: ce juge, il vous hait. Parce que dans cette décision de justice, il y a des propos très violents à l'égard de la STIB et de ses conseils. On y voit vraiment des insultes au travail des avocats, notamment. Ce sont des propos qu'on tient au bar tabac, mais pas dans une décision de justice.* »

« *Cette décision de justice est plus que militante, elle est combative. Le magistrat dans cette affaire affirme que la neutralité exclusive est une conception discriminatoire de la neutralité. Mais la Cour constitutionnelle a dit exactement l'inverse dans un arrêt du 4 juin 2020. On a donc un juge qui va à l'encontre de ce que dit la plus haute juridiction du pays.* »

74. Het komt me voor dat een beschikking van ruim vijftig pagina's waarin de complexe architectuur van het discriminatiebeginsel conceptueel wordt geduid en ontleed moeilijk als een militant pamflet kan worden geduid. Ik heb zelden pamfletten gelezen die met bijna tweehonderd voetnoten werden gelardeerd. Zo het al een pamflet is, moet worden gezegd dat het een zeer slecht en onleesbaar pamflet is.

75. Daaraan doet geen afbreuk dat de voorzitter zich terdege bewust is van de maatschappelijke discussie en uitvoerig toelicht waarom de niet-aanwerving *in casu* discriminatoir was. *Pro memorie*, ook in de arresten van de arbeidshoven te Antwerpen en te Gent in de zaak *Achbita* hebben de rechters kosten noch moeite gespaard om met hand en tand de visie van deze rechtscolleges uit te leggen die voor gesluierde werknemers bijzonder nefast waren, omdat ze zich bewust waren van het polemische karakter van het onderwerp. Hoewel ik hun opvattingen moeilijk kan delen, kan ik slechts waardering hebben voor die inspanning een rechterlijk standpunt tegen de achtergrond van een maatschappelijk zeer geladen

problematiek te duiden. Het komt mij dan ook voor dat een maatschappelijke duiding ook toegelaten is in arresten waarin een inclusieve visie op neutraliteit wordt gehuldigd en niet het monopolie mag zijn van rechters die een exclusieve visie op neutraliteit verdedigen.

76. De kritiek van mijn collega verrast bovendien, aangezien aan de toon van een rechterlijk oordeel moeilijk een juridisch argument kan worden ontleend. Het staat iedereen vrij de partijdigheid van een rechter te betwisten, maar dit moet dan wel *in tempore non suspecto* gebeuren en niet nadat men met een voor een partij ongunstig vonnis wordt geconfronteerd. Het loutere feit dat de voorzitter in een passage aangeeft dat twee pagina's van de conclusies van de MIVB (lees: van de advocaat, maar de voorzitter is vriendelijk) niet aantonen dat het verbod verband hield met wezenlijke beroepsvereisten en dat de argumenten pertinentie en coherentie missen, is ietwat direct geformuleerd. De voorzitter zou evenwel zeker het verwijt hebben gekregen niet alle argumenten te hebben behandeld, indien hij niet zou zijn ingegaan op de argumentatie van de MIVB. Het enige inhoudelijke, want niet op de vorm gebaseerde argument dat mijn Brusselse collega aanhaalt om het gelijk van de MIVB te staven die hem om advies had gevraagd na de beschikking, betreft een arrest van 4 juni 2020 van het Grondwettelijk Hof⁴⁸. Volgens de collega zou dit arrest aantonen dat de exclusieve neutraliteit geenszins als discriminatoir kon worden aangemerkt. Een lectuur van dit arrest leert dan weer dat het onderscheid tussen exclusieve en inclusieve neutraliteit niet wordt geproblematiseerd, laat staan geëxpliciteerd en dat de casuspositie geen uitstaans heeft met het onderzochte feitencomplex. Er is geen sprake van een arbeidsverhouding waarin een werkgever zijn werknemers een hoofddoekenverbod oplegt, maar van de vraag of de inrichtende macht van het Franstalig Gemeenschapsonderwijs een hoofddoekenverbod aan (*in casu* overwegend meerderjarige) leerlingen (*in casu* van een Hogeschool) mag opleggen in naam van de neutraliteit. Nu lijkt het mij dat de band van ondergeschiktheid van een werknemer niet kan worden gelijkgesteld met de band die bestaat tussen leerlingen en de inrichtende macht van een school. Een relevant onderscheid betreft immers de niet-toepasselijkheid van richtlijn nr. 2000/78 op deze leerlingen.

77. Niettegenstaande de eigenlijke recruteringsprocedure zich situeert in een tijdsscharnier tussen december 2015 en januari 2016, dagvaardt Unia samen met de tussenkomende werknemers en de *Ligue des droits de l'homme* de MIVB pas in 2019. Unia heeft in de tussenliggende periode ruimschoots maar tevergeefs getracht te bemiddelen.

⁴⁸ GwH 4 juni 2020, nr. 2020/81, *NJW* 2020, afl. 433, 926. In dezelfde zin naar aanleiding van een hoofddoekenverbod in een Turkse openbare universiteit: EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98 (*Leyla Sahin t. Turkije*).

78. Waar Unia een verzoek tot staking inleidde, eiste de werknemer zelf de forfaitaire schadevergoeding van zes maanden te verkrijgen voor de beide functies waarvoor zij solliciteerde. Het resultaat is dat de voorzitter van de arbeidsrechtbank oordelend in kort geding zich over beide eisen moest buigen.

79. De wijze waarop de voorzitter erin slaagde de *Achbita*-doctrine te omzeilen, verdient bijzondere aandacht. Van een formele insubordinatie is overigens geen sprake. De voorzitter onderscheidt de casuspositie *sub iudice* van de *Achbita*-case. Maatgevend is de motivering van de weigering de sollicitante aan te werven. Die werd niet formeel gemotiveerd op basis van de interne regel die een verbod om levensbeschouwelijke, religieuze, politieke of filosofische tekenen te dragen. De weigering werd volgens de MIVB formeel niet gebaseerd op basis van de neutraliteitspolitiek, noch op basis van haar weigering een hoofddoek af te leggen. De MIVB stelde dat de kandidaturen werden geweigerd op basis van het feit dat het profiel van de kandidaat niet overeenstemde met de functie.

80. In de onderneming was nochtans sedert 1969 een bepaling van kracht die uitdrukkelijk stipuleerde

« *Le port de tout insigne autre que de service est interdit aux membres du personnel en uniforme ainsi qu'à ceux en tenue civile pendant la durée de leur service* ».

81. Het betreft een bepaling die in tegenstelling tot de andere zaken *in tempore non suspecto* werd gedecreteerd. De voorzitter meende dat er voldoende aanwijzingen waren om aan te nemen dat de niet-aanwerving was gebaseerd op de specifieke weigering van de sollicitante om een hoofddoek af te leggen. De voorzitter neemt aanstoot aan het feit dat er in de vacature geen melding werd gemaakt van het bestaan van een exclusieve neutraliteitspolitiek en dat aan de sollicitante gedurende de sollicitatieprocedure nooit een uittreksel van dit reglement werd voorgelegd. Kortom, er wordt de MIVB een gebrek aan diligentie verweten. Om die reden kwam de directe discriminatie in het vizier die enkel door wezenlijke en bepalende beroepsvereisten kon worden gerechtvaardigd.

82. De voorzitter van de arbeidsrechtbank merkt bovendien op dat de stuntelijke wijze waarop de neutraliteitspolitiek werd gevoerd de sollicitante dwong om haar wens een hoofddoek te dragen te motiveren als een uiting van een religieuze overtuiging teneinde zich op het discriminatieverbod te kunnen beroepen. Dit gesofistikeerd argument is interessant. De voorzitter merkt mijns inziens terecht op dat een hoofddoek niet *per se* als een uiting van een religieuze overtuiging moet worden beschouwd. Men zou uit dit argument evenwel evengoed kunnen afleiden dat een sollicitant zou kunnen opwerpen dat het insigneverbod niet op hoofddoeken van toepassing is, door te ontkennen dat het om een insigne gaat. De werkgever kan in dergelijke optiek immers niet meer de neutraliteit invoeren. Men kan deze overweging ook zien als een impliciete kritiek op het arrest *Achbita* door te stellen dat een algemeen verbod wel degelijk tot een on-

gelijke behandeling leidt tussen sollicitanten die een behoefte ervaren om een bepaalde overtuiging uit te drukken en diegene die dat niet zo ervaren.

83. Aangezien een vermoeden gold van directe discriminatie lag het in de rede dat het arbeidshof de werkgever de kans bood om dit vermoeden te weerleggen en indien dit niet mogelijk zou zijn om aan te tonen dat deze directe discriminatie kon worden gerechtvaardigd door de zogenaamde wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. De voorzitter van de rechtbank is alleszins niet overtuigd door het feit dat de kandidaturen zouden verworpen zijn wegens de onverenigbaarheid van die kandidatuur met de vereisten voor de functie. Maatgevend was onder meer dat de 'betere' kandidaat werd gehoord nadat de kandidatuur reeds was afgewezen. De voorzitter van de arbeidsrechtbank acht dat er geen bewijzen worden aangebracht voor het feit dat de kandidaat niet geschikt zou zijn wegens de vermeende reden dat ze op zoek was naar een functie in het buitenland of dat zij een te starre houding zou hebben aangenomen.

84. De motivering die de rechtbank aanwendt om te besluiten tot de afwezigheid van een afdoende rechtvaardiging van de directe discriminatie is bevreemdend. De voorzitter geeft eerst duidelijk aan dat enkel wezenlijke en bepalende beroepsvereisten directe discriminatie kunnen aantonen. De voorzitter definieert dit begrip in de lijn van de Europese rechtspraak dat de noodzaak van een kenmerk dat met godsdienst verband houdt moet worden beoordeeld in het licht van de aard van de activiteit en van de voorwaarden voor de uitoefening van die activiteit. Die finaliteitstoets is aanzienlijk smaller dan de toets waaraan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie moet voldoen. Naast die finaliteitstoets geldt ook een proportionaliteitstoetsing. Nu had het arbeidshof mijns inziens makkelijk kunnen volstaan met de stelling dat de finaliteit van de neutraliteit geenszins een finaliteitstoets kon doorstaan die verband hield met de aard van de activiteit (*in casu* een juridische expertise) of met de voorwaarden waaronder de activiteit moest worden uitgeoefend. Men zou dan niet eens meer toekomen aan de proportionaliteit. De beschikking volgt evenwel een ander stramien.

85. De voorzitter maakt van deze gelegenheid gebruik om de *neutraliteit* als legitieme doelstelling uitgebreid te evalueren. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat dit onderzoek in een breder kader wordt geplaatst dat de maatstaf van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten ver te buiten gaat. Indien evenwel dit onderdeel van de motivering aantoont dat de exclusieve neutraliteit niet proportioneel is, zal dit oordeel *a fortiori* de smallere toets niet doorstaan van de rechtvaardiging van de directe discriminatie. De oefening die de voorzitter maakt, is wel relevant in het licht van het recente arrest van het Hof van Justitie. De voorzitter beklemtoont de noodzaak om de eerder holle frase van de neutraliteit te herleiden tot achterliggende motieven of doelstellingen. In dit verband worden naast de neutraliteit van de dienstverlening (inclusieve neutraliteit) gelijkheid, diversiteit en sociale vrede genoemd.

86. Daar deze doelstellingen op zich als legitiem worden beschouwd, vindt het vernietigend oordeel plaats binnen een proportionaliteitstoets. De voorzitter hekelt het feit dat de neutraliteit van de dienstverlening niet dienstig is voor functies waarin de werknemers van de MIVB geen contact hebben met het publiek. Die bedenking is *in casu*, uiterst relevant daar de te begeven juridische functie geen contact met het cliënteel veronderstelde. De voorzitter acht het algemene verbod dat in wezen bijna elke overtuiging raakt disproportioneel. Voor wat betreft de concrete doelstelling van de diversiteit, oordeelt de voorzitter dat het verbod contraproductief werkt en de diversiteit ondermijnt. De voorzitter overweegt dat die diversiteit op vlak van geslacht en nationaliteit bovendien ondermaats is. Voorts plaatst de voorzitter twijfels bij de gedachte dat het litigieuze verbod zou bijdragen tot sociale vrede. In dit verband wordt erop gewezen dat levensbeschouwelijke spanningen reeds bestonden op de werkvloer in weerwil van het verbod. Tot slot herinnert de voorzitter eraan dat gelijkheid en egalitarisme moeten worden onderscheiden. Het gelijkheidsbeginsel wordt immers eveneens geschonden, indien personen die zich in een diverse situatie bevinden op dezelfde wijze worden behandeld.

CONCLUSIES

87. De gerechtelijke saga *Achbita* legt een fundamenteel onbehagen bloot omtrent het religieuze fenomeen. De rechtsfilosoof Martha Nussbaum kwalificeerde dit onbehagen eerder als *'The New Religious Intolerance'*⁴⁹. Vrienden en vijanden van religie zullen erkennen dat de vrijheid van religie tot stand kwam om paal en perk te stellen aan de intolerantie waarvan al dan niet georganiseerde gelovigen in het verleden hebben blijk gegeven. Voltaire, één van de meest vrijzinnige pleitbezorgers van de vrijheid van religie, schreef een *Traité sur la tolérance*, een pleidooi dat vooral werd geschreven ten gunste van andersgelovigen (Joden en Hugenoten). In Nussbaums boek is sprake van een nieuwe intolerantie ten aanzien van het religieuze fenomeen, inzonderheid ten aanzien van de islam. Intolerantie en vrijheid van godsdienst verdragen zich slecht met elkaar. Het Hof van Justitie heeft overigens uitdrukkelijk deze vorm van intolerantie veroordeeld in het arrest *Micropole* dat gelijktijdig met het arrest *Achbita* werd uitgesproken. Het besliste naar analogie met het arrest *Feryn* dat het ontslag van een werknemer omwille van zure opmerkingen van een klant die zich op lafhartige wijze verzette tegen de komst van een gesluierde ICT-experte een vorm van directe discriminatie vormde en dat de subjectieve wil van de werkgever om op vraag van die klanten enkel nog ICT-specialisten te sturen die geen hoofddoek droegen onmogelijk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kon vormen.

49 M. NUSSBAUM, *The new Religious Intolerance*, Harvard University Press, 2013.

De werkgever in kwestie kon zich niet verbergen achter de islamofobie van zijn klant, welke laatste zich even lafhartig verborg achter de zure opmerkingen van zijn werknemers.

88. Het Hof heeft deze dam tegen intolerantie in *Achbita* vakkundig gesloopt door een werkgever in een volstrekt gelijkaardige constellatie toe te laten om zich te beroepen op een beleid, men leze dus een ongeschreven regel, dat het verbod van intolerantie offert op, *excusez-moi le mot*, het altaar van de neutraliteit. Neutraliteit wordt hier mijns inziens gebruikt om diezelfde intolerantie te sublimeren⁵⁰. De oorzaak van alle kwaad is de weigering van het Hof van Justitie om in een dergelijke politiek niets meer of minder dan een vorm van directe discriminatie te zien.

“ **De oorzaak van alle kwaad is de weigering van het Hof van Justitie om in een dergelijke politiek niets meer of minder dan een vorm van directe discriminatie te zien.** ”

89. De vraag welke achterliggende doestelling die neutraliteit dient, wordt daarbij niet door het Hof van Justitie gesteld en evenmin wordt verduidelijkt waarom de neutraliteit van de onderneming ook de neutraliteit van de werknemers met zich hoeft mee te brengen. Kleurloosheid, geurloosheid en smaakloosheid zijn kwaliteiten die ik in een glas water apprecieer, maar minder in mensen. De boodschap die daarmee wordt uitgedragen is erg problematisch. Religie wordt verbannen naar de louter private sfeer. Ze wordt slechts erkend op voorwaarde dat men ze niet uitdrukt. De mate waarin de vrijheid van religie erkend wordt, is zaak van de baas, niet van de titularis van die vrijheid. *Cuius regio, illius religio is back*.

Waarvoor hier gepleit wordt zijn twee zaken: actief pluralisme gebaseerd op een positieve waardering van de diversiteit en een inclusieve visie op neutraliteit die loutere schijn doorprijkt. Het arbeidshof te Gent kantte zich uitdrukkelijk tegen de idee dat rechtbanken verplicht zouden zijn dergelijke vorm van actief pluralisme te ondersteunen. De notie van inclusieve neutraliteit veronderstelt dat van werknemers wordt verwacht dat zij alle gebruikers van een dienst behandelen zonder onderscheid van hun geloofsovertuiging. Er is evident geen enkele reden om aan te nemen dat een gesluierde receptioniste de werknemers of bezoekers van een onderneming op gedifferentieerde wijze zou helpen. Wat heden gelegitimeerd wordt, is dat ook de schijn moet worden hooggehouden dat die werknemers dit op geen enkele wijze zouden doen. Dit zegt meer

over perceptie dan over realiteit. Het betekent dat men toegeeft aan wat Nussbaum een cultuur van angst noemt. De voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel verwierp in de *Actiris*-beschikking eerder die exclusieve vorm van neutraliteit⁵¹. De MIVB-zaak is schatplichtig aan een gelijkaardige benadering in hetzelfde Brusselse Gewest dat officieel lippendienst bewijst aan ‘diversiteit’.

90. Het beginsel van discriminatie kan slechts functioneel zijn indien men de intellectuele moed kan opbrengen om vast te stellen dat werknemers op gedifferentieerde wijze worden behandeld op basis van godsdienst. De gerechtelijke saga verdient op dit punt geen schoonheidsprijs. Geen enkel rechtscollege was in staat in te zien dat *in casu* sprake was van een directe discriminatie van werknemers op basis van geloof. Wanneer het erop aankomt om directe discriminatie te erkennen, speelt de uitdrukking van een overtuiging gewoon niet meer. Die uitdrukking wordt zonder meer gereduceerd tot een neutraal criterium dat geen verband houdt met geloof. Die houding is in strijd met de gedachte dat discriminatie op basis van godsdienst en de vrijheid van godsdienst zowel het *forum internum* als de uitdrukking daarvan betreft. Indien een algemene regel elke vorm van uitdrukking van religieuze, politieke of filosofische overtuigingen verbiedt, wordt staalhard ontkend dat nog van een gedifferentieerde behandeling op basis van geloof sprake is. Dit soort redenering werd in de zaak *P versus S and Cornwall City* nog door het Hof van Justitie weggehoond⁵². In deze zaak beweerde het Verenigd Koninkrijk dat het ontslag van een transseksueel die een geslachtscorrectie onderging geen directe discriminatie betrof op basis van geslacht. Het Verenigd Koninkrijk beweerde dat alle mannen en vrouwen die van geslacht veranderden in de betrokken school zouden worden ontslagen (*sic*). Bij het onderzoek van de indirecte discriminatie slaagt het arbeidshof te Gent er evenmin in om in te zien dat een specifieke categorie van werknemers door de gevoerde politiek werd benadeeld. Het kan overigens enkel betreurd worden dat ongeschreven en eenzijdig werkgeversbeleid dat uiteraard geen voorwerp uitmaakt van enig democratisch debat nu ook al een bron kan zijn van beperkingen van de vrijheid van religie. *Prescribed by law* komt van pre-scribere, voorschrijven.

91. Het hier gegeven overzicht van uitspraken uit het post-*Achbita*-tijdperk toont aan dat de Belgische rechtspraak verdeeld blijft. Die verdeeldheid loopt overigens door de taalgrens heen. In het eerder genoemde interview met collega Uyttendaele stelt de Brusselse collega:

50 Zie ook Janneke Gerards die op de inconsequentie van het Hof wijst in haar noot onder *Achbita* (EHRC nr. 2017/6, 318). De auteur gewaagt van een ‘omzeilen’ van het arrest *Micropole* door hetzelfde Hof van Justitie. De barokke term ‘sublimatie’ is enkel mij verwijtbaar.

51 Vz. Arbrb. Brussel 16 november 2015 (13/7828/A). Zie ook H. RIAD “Arbeidsrechtbank veroordeelt Actiris wegens indirecte discriminatie”, *Juristenkrant* 2016/322, 4 en I. RORIVE “Etre et avoir l’air: une scénographie baroque des principes de neutralité et de non-discrimination. Commentaire de l’ordonnance du Tribunal du travail francophone de Bruxelles siégeant comme en référé du 16 novembre 2015”, *APT* 2016, 504-516.

52 HvJ 30 april 1996, C-13/94 (*P v S and Cornwall Country Council*).

« Ceux qui défendent la neutralité exclusive commencent à se sentir manifestement mal à l'aise et n'osent plus affirmer trop fermement leurs convictions. Je le vois, je le sens, je le sais: il y a des gens dont le silence est assourdissant parce qu'ils sont honteux face à une sorte de pensée dominante qui fait qu'ils n'osent plus dire. »⁵³

92. Het doet me oprecht verdriet dat aanhangers van de zogenaamde exclusieve neutraliteit zich ongemakkelijk zouden voelen en zich niet meer zouden durven uitdrukken. Ik kan hen dan ook geruststellen. Van die aangehaalde pudeur valt heus niets te merken in de Belgische rechtspraak. In de zaak *Achbita* kwam op geen enkel niveau een voor de betrokkene gunstig arrest tot stand. Het Hof van Cassatie volgde immers het oordeel van het Hof van Justitie. Ook andere rechters velden reeds oordelen die weinig gunstig waren voor de vrijheid om een hoofddoek te dragen en ze aarzelden niet om indirecte discriminatie vlot te legitimeren. Een blik op de database van Unia toont aan dat het hier eerder een meerderheidsopvatting betreft. Het *pensée dominante* keert zich in de rechtspraak eerder tegen de hoofddoek.

93. Het hier gebrachte overzicht toont eveneens aan dat de door het Hof van Justitie ingebouwde verplichting om een functie in *backoffice* aan te bieden louter cosmetisch is. Geen enkele rechter gaat mijns inziens een werkgever tegenspreken die stelt dat het verstrekken van een job in *backoffice* een complicatie oplevert voor de arbeidsorganisatie. De loutere vaststelling dat een functie in *backoffice* een wijziging van de arbeidsorganisatie met zich meebrengt volstaat om een dergelijk aanbod niet te moeten doen.

94. Indien de te begeven functie in het kader van een sollicitatieprocedure een job in *backoffice* is, speelt een ander aspect van de *Achbita*-doctrine. Het verbod kan slechts van toepassing zijn op personen in contact met het publiek. Daarnaast leert het arrest van het arbeidshof te Luik dat een werknemer die wel in contact staat met het publiek zich niet op die disproportionaliteit van die regel *in abstracto* kan beroepen om de staking van dergelijk disproportioneel geformuleerde regel *in concreto* en in zijn voordeel te vorderen. Het arbeidshof te Gent nam evenmin aanstoot aan een te ruim geformuleerde regel in de *Achbita*-zaak en vond het nuttig om in een *obiter dictum* te stellen dat er voor een dergelijke politiek “zonder twijfel veel te zeggen is”.

95. De *Achbita*-code kan overigens wel op een andere wijze worden gekraakt. Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat het niet volstaat om *in abstracto* te zwaaien met het sacrosancte neutraliteitsbeginsel, indien men niet hard kan maken

waarom het opgeven van de exclusieve neutraliteit het functioneren van de onderneming objectief dient. Op deze wijze wordt een stuk objectiviteit ingebouwd die door de consecratie van de zeer subjectieve vrijheid van ondernemen verloren dreigde te gaan.

96. Het Hof van Justitie gooit nog een andere reddingsboei naar rechters die recht willen doen aan de vrijheid van religie die in het arrest *Achbita* dreigde te worden geofferd op het altaar van de vrijheid van ondernemen. Het laat hen toe om zich te beroepen op in hun interne rechtsorde bestaande normen die via de vrijheid van religie individuele werknemers beter beschermen tegen discriminaties dan het Hof van Justitie. Die benadering is welgekomen, nu ditzelfde Hof door zijn onwil om in de zaak *Achbita* een directe discriminatie te onderkennen de deur naar de legitimering van die discriminatie wagenwijd heeft opengezet en werkgevers ertoe aanzet om de expressie van schier alle overtuigingen te onderdrukken. De enige overtuiging die werd gespaard is de syndicale overtuiging. Ik mag er niet aandenken dat een werkgever ooit zou bedenken dat de expressie van die overtuigingen maar in de huiselijke sfeer moet plaats vinden.

97. De benadering van de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel is interessant omdat ze precies toelaat die klip van de ontkenning van de directe discriminatie te ontwijken. Het oordeel van de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel noopt praktisch tot iets wat nergens bij wet wordt voorgeschreven: een zorgvuldige formele motivering van de beslissing tot niet-aanwerving waarbij duidelijk en ondubbelzinnig verwezen wordt naar een algemeen verbod op het dragen van tekenen die overtuigingen uitdrukken. Werkgevers moeten erover waken dat dit verbod bovendien op een systematische en coherente manier moet worden toegepast. Een onvertogen woord of schriftelijke correspondentie waarin bezwaar wordt gemaakt tegen een hoofddoek zonder te verwijzen naar deze algemene politiek zal een werkgever blootstellen aan de nagenoeg onmogelijke opgave om aan te tonen dat een dergelijk verbod gelet op de aard van de activiteit en de voorwaarden waaronder die activiteit wordt uitgeoefend, noodwendig is gelet op een specifieke legitieme doestelling. Ook wie het netjes aanpakt en tijdig de neutraliteit inroept, zal in een later geschil over het indirect discriminatoir karakter van het ontslag moeten aantonen dat die neutraliteitseis objectief kan worden verantwoord.

⁵³ https://www.rtbfb.be/info/societe/detail_marc-uyttendaele-constitutionnaliste-ulb-le-jugement-qui-condamne-la-stib-n-est-pas-une-decision-de-justice-c-est-un-tract-militant?id=10776141