

DE OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING VAN NEUTRALITEITSBELEID DOOR PRIVATE WERKGEVERS

Een jurisprudentie lijn die zichzelf in de staart bijt

Sebastiaan Princen *

Samenvatting | In een reeks arresten heeft het HvJ EU bepaald dat een verbod door private werkgevers op het dragen van islamitische hoofddoekjes op de werkplek in beginsel kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de wensen van klanten of gebruikers. Dit artikel analyseert of deze jurisprudentie lijn in overeenstemming is met de eis uit de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling dat zo'n rechtvaardiging een objectief karakter moet hebben. Op grond van een analyse van de jurisprudentie van het Hof en een (rechts)theoretische reflectie op het begrip 'objectiviteit' wordt geconcludeerd dat het bij de huidige stand van de jurisprudentie feitelijk niet mogelijk is bij een beroep op de wensen van klanten of gebruikers te voldoen aan de vereiste van een objectieve rechtvaardiging onder de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling.

Trefwoorden | [gelijke behandeling], [Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling], [Richtlijn 2000/78], [neutraliteitsbeleid], [objectieve rechtvaardiging], [wensen van klanten en gebruikers]

DOI | 10.54195/NTM.22092

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Het dragen van hoofddoekjes op de arbeidsmarkt is een beladen onderwerp. Een recent onderzoeksrapport in opdracht van het Nederlandse Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid laat zien dat moslima's die een hoofddoek dragen minder kans hebben om te worden aangenomen bij een sollicitatie.¹ Volgens een rapport van het Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten ervaart 36 procent van de islamitische vrouwelijke immigranten die een hoofddoek dragen binnen de EU discriminatie bij het zoeken naar werk, tegen 24 procent van islamitische, vrouwelijke immigranten die geen hoofddoek dragen. Onder islamitische, vrouwelijke nakomelin-

■ Dr. S.B.M. Princen is Universitair Hoofddocent bij het Departement Bestuurs- en Organiseringswetenschap van de Universiteit Utrecht. Dit artikel is een uitwerking van het essay dat de auteur heeft geschreven ter afronding van zijn bacheloropleiding Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit. De auteur wil dr. Sien Devriendt bedanken voor haar begeleiding bij het schrijven van dat essay.

1 L. Blommaert e.a., *Eindrapportage verkenning arbeidsmarktdiscriminatie moslima's* (onderzoeksrapport in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Samenleving en Integratie), 8 maart 2024, bijlage bij *Kamerstukken II 2023/24*, 29544, nr. 1244, p. 65-66.

gen van immigranten is dat zelfs 64 procent tegen 44 procent.² Onderzoeken met behulp van veldexperimenten, waarbij verder identieke kandidaten met en zonder hoofddoek op een baan solliciteren en de reacties van werkgevers worden vergeleken, bevestigen dit beeld.³

Richtlijn 2000/78 van de Europese Unie (EU) tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling) beoogt dit type discriminatie te voorkomen.⁴ Deze richtlijn verbiedt directe en indirecte discriminatie op de werkplek op grond van een aantal kenmerken, waaronder godsdienst of overtuiging.⁵ In een reeks arresten uit 2017, 2021 en 2022 heeft het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) deze bepalingen toegepast op zaken waarin een private werkgever niet toestond dat een vrouwelijke, islamitische werknemer een hoofddoek droeg.⁶ Die verboden vloeiden voort uit een zogenaamd ‘neutraliteitsbeleid’ bij werkgevers. Dit houdt in dat werknemers op de werkplek geen zichtbare religieuze (en/of andere) kentekenen, zoals christelijke kruistekens of islamitische hoofddoekjes, mogen dragen.

Anders dan bij publieke werkgevers, kan een dergelijk neutraliteitsbeleid bij private werkgevers niet worden gerechtvaardigd door een principieel beroep op neutraliteit. Overheidsinstanties staat het vrij te kiezen voor een neutrale uitstraling als uitvloeisel van de visie op de verhouding tussen staat en godsdienst in een lidstaat.⁷ Neutraliteit kan daarmee voor publieke werkgevers een doel op zich zijn. Voor private werkgevers volstaat dit argument niet nu zij, zoals Hutten en Mustafa opmerken, ‘kerk noch staat [zijn]’.⁸ Een neutraliteitsbeleid van een private werkgever vereist daarom een nadere, achterliggende rechtvaardiging. Veel werkgevers voeren in dat kader aan dat zij met hun onderneming een (in godsdienstig opzicht) neutraal imago willen uitstralen om rekening te houden met de gevoeligheden en voorkeuren van klanten

- 2 European Union Agency for Fundamental Rights, *Being Muslim in the EU. Experiences of Muslims*, 2024, p. 54-55. In dit onderzoek wordt gekeken naar het dragen van religieuze kleding in bredere zin, dus naast hoofddoeken ook hijabs en niqabs. Met name vrouwelijke moslims in de leeftijd van 16 tot 24 jaar die religieuze kleding dragen, ervaren veel discriminatie bij het zoeken naar een baan (58 procent tegen 38 procent van hen die geen religieuze kleding dragen).
- 3 Zie bijvoorbeeld het onderzoek in Duitsland in D. Weichselbaumer, ‘Multiple discrimination against female immigrants wearing headscarves’, *ILR Review: The Journal of Work and Policy* 2020, p. 600-627 en vergelijkend onderzoek in Duitsland, Nederland en Spanje in M. Fernández-Reino, V. di Stasio & S. Veit, ‘Discrimination unveiled: a field experiment on the barriers faced by Muslim women in Germany, the Netherlands, and Spain’, *European Sociological Review* 2023, p. 479-497. In het laatstgenoemde onderzoek lag het niveau van discriminatie dat werd gevonden in Spanje overigens een stuk lager lag dan dat in Duitsland en Nederland. Dit sluit aan bij de verschillen tussen landen in algehele discriminatie tegen moslims die in het rapport van het Fundamental Rights Agency worden gerapporteerd; zie European Union Agency for Fundamental Rights, *Being Muslim in the EU. Experiences of Muslims*, 2024, p. 36-38.
- 4 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000, L 303).
- 5 Art. 1 en 2 Richtlijn 2000/78/EG.
- 6 Het gaat om vier arresten in vijf zaken: HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*Achbita*), HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, (*Bougnanou*), HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, (*WABE en Müller*) en HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20, (*S.C.R.L.*).
- 7 HvJ EU 28 november 2023, C-148/22, par. 33-34 (*Gemeente Ans*). Deze benadering bouwt voort op de lijn die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) eerder heeft gekozen bij de beoordeling van verboden op religieuze kentekenen in publieke instellingen. Zie daarvoor o.a. EHRM 10 november 2005, 44774/98 (*Leyla Şahin/Turkije*) en EHRM 26 november 2015, 64846/11 (*Ebrahimian/Frankrijk*).
- 8 W. Hutten & N. Mustafa, ‘De schijn van neutraliteit. Een kritische analyse van het juridische en maatschappelijke debat over neutraliteitsvoorschriften’, *NJCM-Bulletin* 2023, p. 362.

en gebruikers. Dit was ook het geval in de hierboven genoemde zaken onder de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling.

In zijn arresten heeft het HvJ EU, kort samengevat, bepaald dat een algemeen toegepast neutraliteitsbeleid op de private werkplek in beginsel indirect onderscheid oplevert,⁹ maar dat dit onder voorwaarden kan worden gerechtvaardigd door de wensen van klanten en gebruikers.¹⁰ Deze jurisprudentie heeft in de literatuur veel vragen en kritiek opgeroepen. Deze betreffen onder meer de keuze van het HvJ EU om algemene verboden op het dragen van zichtbare religieuze kentekenen te beschouwen als een vorm van indirect in plaats van direct onderscheid,¹¹ de bepaling van de relevante vergelijkingsgroepen voor het vaststellen van discriminatie,¹² de verhouding tussen nationale rechters en het HvJ EU in de beoordeling van dit type zaken,¹³ de onderliggende visie op ‘neutraliteit’ in de arresten,¹⁴ hoe om te gaan met de samenloop van meerdere discriminatiegronden¹⁵ en de acceptatie van de wensen van klanten en gebruikers als rechtvaardiging voor een verbod op godsdienstige kentekenen.¹⁶

Dit laatste punt uit de jurisprudentie van het HvJ EU is in de literatuur zeer kritisch onthaald. Volgens Howard leidt de lijn van het Hof ertoe dat werkgevers mogen toegeven aan vooroor-

9 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 30-34 (*Achbita*); HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 59 (*WABE en Müller*).

10 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 64 en 76 (*WABE en Müller*); HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20, par. 40 (*S.C.R.L.*).

11 M. Bell, ‘Leaving religion at the door? The European Court of Justice and religious symbols in the workplace’, *Human Rights Law Review* 2017, p. 791-792; S. van Bijsterveld, ‘Godsdienst en gelijke behandeling. De uitspraken van het Hof van Justitie van de EU in de zaken WABE en Müller’, *TvRRB* 2021, p. 97; M. van den Brink, ‘The protected grounds of religion and belief: lessons for EU non-discrimination law’, *German Law Journal* 2023, p. 865-866; E. Cloots, ‘Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui’, *Common Market Law Review* 2018, p. 602-611; J. Mulder, ‘Religious neutrality policies at the workplace: tangling the concept of direct and indirect religious discrimination. WABE and Müller’, *Common Market Law Review* 2022, p. 512. Voor overzichten van de verschillende standpunten, niet alleen in de literatuur, maar ook tussen advocaten-generaal van het HvJ EU onderling en met het HvJ EU, zie S. van Bijsterveld, ‘Discriminatie, indirecte discriminatie of geen discriminatie? De geforceerde discriminatierechtspraak van het Hof van Justitie van de EU in godsdienstzaken’, *TvRRB* 2023, p. 37-57 en E. Howard, ‘Headscarves and the CJEU: protecting fundamental rights or pandering to prejudice’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, p. 652-655.

12 Van Bijsterveld 2023 (*supra* noot 11), p. 46-48; Van den Brink 2023 (*supra* noot 11), p. 868-872; Cloots 2018 (*supra* noot 11), p. 601-602; E. Howard, ‘Islamic headscarves and the CJEU: *Achbita* and *Bougnaoui*’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2017, p. 352; A.P. van der Mei, ‘Nogmaals: hoofddoeken en interne neutraliteitsregels van particuliere ondernemingen’, annotatie bij HvJEU 13 oktober 2022, C-344/20 (*S.C.R.L.*), *TRA* 2023/45, p. 31-34; Mulder 2022 (*supra* noot 11), p. 1510; P.C. van Nunes, ‘Neutraliteitsbeleid bij stagiaires’, *ArbeidsRecht* 2023/5, p. 2.

13 Van Bijsterveld 2023 (*supra* noot 11), p. 57; Cloots 2018 (*supra* noot 11), p. 621-624; M. Hunter-Henin, ‘Religious neutrality at Europe’s highest courts: shifting strategies’, *Oxford Journal of Law and Religion* 2022, p. 28-32.

14 Hunter-Henin 2022 (*supra* noot 13); Hutten en Mustafa 2023 (*supra* noot 8).

15 Howard 2021 (*supra* noot 11), p. 655-656; Hutten & Mustafa 2023 (*supra* noot 8), p. 367-369; S. Olney, ‘Banning headscarves at work: discrimination and religious intolerance or neutrality?’, *International Labor Rights Case Law* 2022, p. 81-82; R. Xenidis, ‘Intersectionality from critique to practice: towards an intersectional discrimination test in the context of “neutral dress codes”’, *European Equality Review* 2022, p. 21-37. In de zaken waar het om ging, kon betoogd worden dat naast discriminatie op grond van religie (potentieel) ook sprake was van discriminatie op grond van geslacht (omdat alleen vrouwen hoofddoekjes dragen) en etniciteit (omdat de meeste moslims immigranten zijn).

16 Van den Brink 2023 (*supra* noot 11), p. 877-879; Van der Mei 2023 (*supra* noot 12); Mulder 2022 (*supra* noot 11), p. 1514-1517; D.A. Zuther, ‘The headscarf debate returns to Luxembourg: a second chance for religious freedom?’, *LSE Law Review* 2021, p. 110-111. Milder is Van Bijsterveld 2021 (*supra* noot 11), p. 97.

delen van hun klanten en gebruikers,¹⁷ terwijl Cloots benadrukt dat antidiscriminatiewetgeving juist mede bedoeld is om werkgevers ‘te bevrijden van de discriminerende grillen van hun klanten’.¹⁸ Deze kritiek komt erop neer dat subjectieve voorkeuren, zo niet vooroordelen, worden geaccepteerd als rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid. Dit staat op gespannen voet met de vereiste dat een rechtvaardiging van indirect onderscheid volgens artikel 2 lid 1 sub b onder i van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling een objectief karakter moet hebben. Dat roept de vraag op hoe een beroep op de (in wezen subjectieve) wensen van klanten of gebruikers verenigd kan worden met het vereiste objectieve karakter van een rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid. De arresten van het HvJ EU en de literatuur over die jurisprudentie geven daar geen duidelijk antwoord op.

Daarom staat in dit artikel de volgende vraag centraal: onder welke voorwaarden levert een beroep op de wensen van klanten en gebruikers voor het voeren van een neutraliteitsbeleid door private werkgevers een objectieve rechtvaardiging op in de zin van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling? Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een analyse van zeven arresten van het HvJ EU en een (rechts)theoretische reflectie op het begrip ‘objectiviteit’. Een antwoord op deze vraag is van belang voor zowel de toepassing van het beoordelingskader van het HvJ EU door verwijzende rechters als de verdere ontwikkeling van de rechtspraak van het HvJ EU zelf.

Het vervolg van dit artikel is als volgt opgebouwd. In de hiernavolgende paragraaf worden de toepasselijke supranationale regelgeving en jurisprudentie besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag wanneer een rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid een objectief karakter heeft, aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ EU en (rechts)theoretische inzichten over de betekenis van ‘objectiviteit’. Op basis van deze analyse wordt bekeken of een beroep op de wensen van klanten of gebruikers voldoet aan de eisen die gesteld mogen worden aan een ‘objectieve’ rechtvaardiging. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

2 Toepasselijke regelgeving en jurisprudentie

De Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling ziet op de bestrijding van discriminatie in arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De kernbepaling is artikel 2 van de richtlijn, waarin de begrippen ‘directe’ en ‘indirecte’ discriminatie worden gedefinieerd. Bij directe discriminatie wordt rechtstreeks onderscheid gemaakt op basis van een in de richtlijn opgenomen kenmerk. Bij indirecte discriminatie is sprake van een op het oog neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, die echter personen met een in de richtlijn opgenomen kenmerk ‘in het bijzonder benadeelt’.¹⁹ Deze benadeling geldt evenwel niet als indirecte discriminatie indien ‘die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’.²⁰ Daarnaast kunnen de lidstaten op grond van artikel 4 lid 1 van de richtlijn een uitzonderingsgrond voor zowel direct als indirect onderscheid creëren voor ‘wezenlijke en bepalende beroeps-

17 Howard 2021 (*supra* noot 11), die spreekt van ‘pander[ing] to the prejudice of customers’.

18 Cloots 2018 (*supra* noot 11), p. 613 (eigen vertaling).

19 Art. 2 lid 2 sub b Richtlijn 2000/78.

20 Art. 2 lid 2 sub b onder i Richtlijn 2000/78.

vereisten'. Artikel 4 lid 2 van de richtlijn bevat een vergelijkbare mogelijkheid voor beroepsactiviteiten binnen kerken en organisaties op religieuze grondslag.

De eerste twee arresten waarin deze richtlijn werd toegepast op het dragen van religieuze kentekenen op de private werkplek stammen uit 2017. In *Achbita* was de naamgeefster van het arrest ontslagen als receptioniste omdat zij tijdens het werk een hoofddoek wilde dragen, terwijl het arbeidsreglement van de onderneming het dragen van alle kentekenen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen verbodt.²¹ Het HvJ EU bepaalde dat een dergelijke algemene regel een indirect onderscheid kan opleveren, omdat (en voor zover) hij de aanhangers van (bepaalde) religies meer benadeelt dan anderen.²² In dit geval vond het Hof dit onderscheid echter gerechtvaardigd, omdat (1) de wens van een onderneming om ten aanzien van klanten neutraliteit uit te stralen een legitiem doel vormde,²³ (2) de regel 'daadwerkelijk coherent en systematisch [werd] nagestreefd' en daarmee 'passend' was²⁴ en (3) het verbod zich beperkte tot werknemers die contact hadden met klanten en dus niet verder ging dan noodzakelijk was.²⁵

De legitimiteit van de wens om naar klanten toe blijk te geven van neutraliteit werd onderbouwd met een verwijzing naar artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, waarin de vrijheid van onderneming is vastgelegd. Daarnaast vond het Hof steun voor zijn positie in het arrest *Eweida* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat betrekking had op een verbod op het dragen van een (christelijk) kruisteken bij vliegtuigmaatschappij British Airways. In dat arrest had het EHRM geoordeeld dat 'the employer's wish to project a certain corporate image' een legitiem belang was, dat moest worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer.²⁶

In *Bougnaoui* was een projectingenieur ontslagen door haar werkgever na klachten van een klant over haar hoofddoek.²⁷ Dit leverde volgens het HvJ EU directe discriminatie op, omdat het ontslag, anders dan in *Achbita*, niet was gebaseerd op een algemene regel binnen de onderneming.²⁸ Dit betekende dat het ontslag alleen gerechtvaardigd kon worden door een 'wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' in de zin van artikel 4 lid 1 van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling, maar daar was volgens het Hof in dit geval geen sprake van.²⁹

21 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 11-16 (*Achbita*).

22 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 34 (*Achbita*).

23 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 37-39 (*Achbita*).

24 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 40 (*Achbita*). Zie ook HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 70 en 77 (*WABE en Müller*). In *S.C.R.L.* gebruikt het HvJ EU de omschrijving 'op algemene en niet-gedifferentieerde wijze' (HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20, par. 42 (*S.C.R.L.*)), maar daarmee lijkt geen andere invulling van dit criterium te zijn bedoeld.

25 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 42 (*Achbita*). Zie ook HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 63 (*WABE en Müller*).

26 EHRM 15 januari 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, par. 94 (*Eweida/Verenigd Koninkrijk*). Het EHRM beoordeelde deze zaak aan de hand van art. 9 EVRM (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst), mede in combinatie met het (accessoire) art. 14 EVRM (verbod van discriminatie). Omdat het ging om een private werkgever, deed het EHRM dat op basis van het leerstuk van positieve verplichtingen, waarbij de vraag was of de Britse staat zich voldoende had ingespannen om de vrijheid van godsdienst van mw. Eweida te beschermen. In de betreffende zaak vond een meerderheid van het EHRM overigens dat in de uiteindelijke belangenafweging de vrijheid van godsdienst van mw. Eweida zwaarder moest wegen.

27 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (*Bougnaoui*).

28 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, par. 32 en 34-35 (*Bougnaoui*).

29 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, par. 41 (*Bougnaoui*).

Opvallend in dit arrest is dat waar de systematische toepassing van een ‘neutrale’ interne regel in *Achbita* werd besproken in het kader van de passendheid van de maatregel (en daarmee als onderdeel van de proportionaliteitstoets van artikel 2 lid 2 sub b onder i van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling), het ontbreken van zo’n regel in *Bouagnaoui* leidde tot het oordeel dat sprake was van directe discriminatie (waardoor de uitzondering van artikel 2 lid 2 sub b van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling niet van toepassing was). Dit laat zien dat de verschillende stappen in het toetsingskader van *Achbita* niet altijd strikt gescheiden zijn, nu dezelfde overweging bij verschillende stappen een rol kan spelen, afhankelijk van de concrete casus.

Vier jaar later kregen *Achbita* en *Bouagnaoui* een vervolg in de gevoegde zaak *WABE en Müller*.³⁰ *WABE* was een kinderdagverblijf dat het dragen van religieuze kentekenen door zijn werknemers had verboden om naar de kinderen (en hun ouders) toe religieuze neutraliteit uit te stralen. Müller was een drogisterijketen die een neutraliteitsbeleid voerde, zowel naar klanten toe als om conflicten tussen werknemers onderling te vermijden. Een verschil met *WABE* was dat Müller alleen grote, opvallende kentekenen verbood.

Ten aanzien van *WABE* kwam het HvJ EU tot eenzelfde oordeel als in *Achbita*. Het verbod leverde weliswaar indirect onderscheid op, maar dat kon worden gerechtvaardigd door de wensen van klanten dan wel gebruikers zolang sprake was van een coherente en systematische toepassing van het verbod en het verbod niet verder ging dan noodzakelijk. Wel scherpte het Hof de voorwaarden voor een beroep op de wensen van klanten en gebruikers aan door te eisen dat er sprake moet zijn van een ‘werkelijke behoefte’ aan de kant van de werkgever. De aanwezigheid van zo’n werkelijke behoefte hangt af van de ‘rechten en legitieme verwachtingen van de klanten of gebruikers’ en de ‘nadelige gevolgen’ die de ondernemer zou ondervinden zonder het voeren van een neutraliteitsbeleid. Het is aan de werkgever om aan te tonen dat sprake is van een dergelijke ‘werkelijke behoefte’.³¹ Ten aanzien van Müller oordeelde het Hof dat een verbod van alleen grote, opvallende kentekenen niet voldoet aan de eisen van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling, nu niet voldaan is aan de vereiste van coherent en systematisch beleid.³²

Het meest recente arrest uit de reeks is *S.C.R.L.* uit 2022.³³ In deze zaak had woningbouwcorporatie *S.C.R.L.* een stageplaats geweigerd omdat de sollicitant een hoofddoek wilde dragen. In dit arrest bevestigde het HvJ EU het toetsingskader dat in *WABE en Müller* uiteen was gezet. Als onderbouwing daarvan voegde het Hof in een rechtsoverweging toe dat ‘deze uitlegging is ingegeven door het streven om tolerantie, respect en acceptatie van meer diversiteit principieel aan te moedigen en om te voorkomen dat een neutraliteitsbeleid binnen de onderneming wordt misbruikt ten nadele van werknemers die vanwege religieuze geboden bepaalde kledingvoorschriften volgen.’³⁴

30 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19 (*WABE en Müller*).

31 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 64-67 (*WABE en Müller*).

32 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 78 (*WABE en Müller*).

33 HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20 (*S.C.R.L.*).

34 HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20, par. 41 (*S.C.R.L.*).

3 Wanneer is de rechtvaardiging van indirect onderscheid objectief?

3.1 Objectiviteit in de jurisprudentie van het HvJ EU

Het HvJ EU heeft zich in zijn jurisprudentie niet in algemene, abstracte zin uitgelaten over de vraag wat in de vereiste van een objectieve rechtvaardiging door een legitiem doel in artikel 2 lid 2 sub b onder i van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling moet worden verstaan onder 'objectief'. Ook is niet duidelijk hoe deze eis zich verhoudt tot de vereiste van een 'legitiem doel'. Zijn dit twee losse vereisten die naast elkaar staan? Of is het veeleer zo dat een rechtvaardiging objectief wordt doordat het doel legitiem is of dat het doel legitiem wordt indien de rechtvaardiging objectief is?³⁵

Wel zijn er in specifieke arresten elementen te vinden die kunnen helpen bij het beantwoorden van deze vragen. De meest expliciete verwijzing naar de betekenis van de term 'objectief' is te vinden in het arrest *Bougnaoui*, waar het Hof een 'objectief vereiste dat is ingegeven door de aard van de betrokken beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd' afzet tegen 'subjectieve overwegingen, zoals de wil van de werkgever om rekening te houden met de bijzondere wensen van de klant'.³⁶ Deze verwijzing heeft weliswaar betrekking op de uitzonderingsgrond van artikel 4 van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling, maar laat ook in bredere zin zien dat het Hof een verschil maakt tussen subjectieve wensen (in dit geval van klanten) en vereisten die voortvloeien uit andere, objectieve omstandigheden.

Het arrest *Egenberger* betrof iemand die was afgewezen voor een functie bij een organisatie van de Evangelische Kerk omdat zij niet het geloof van die kerk aanhing. De organisatie beriep zich in deze op artikel 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling, dat lidstaten de mogelijkheid biedt om te bepalen dat organisaties op religieuze grondslag eisen mogen stellen aan de godsdienstige overtuigingen van hun werknemers indien dit een 'wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie'. De vraag was nu wie mag bepalen of het voor een beroepsactiviteit relevant is dat de werknemer een bepaald geloof aanhangt: de kerkgemeenschap zelf of de rechter? Het HvJ EU zegt hierover dat 'het toezicht op de naleving van deze criteria geheel betekenisloos zou worden indien dit [...] niet zou zijn toevertrouwd aan een onafhankelijke autoriteit [...] maar aan de kerk of organisatie die een verschil in behandeling op grond van godsdienst of overtuiging wil toepassen'.³⁷ Later in het arrest voegt het Hof daaraan toe dat de toetsing aan de criteria van artikel 4 lid 2 zich moet richten op het 'objectief verifieerbare bestaan van een rechtstreeks verband tussen de door de werkgever gestelde beroepsvereiste en de betrokken activiteit'.³⁸ Objectieve verificatie door een onafhankelijke rechter wordt zo tegenover een (niet-objectieve) beoordeling door het kerkgenootschap zelf geplaatst.

Een andere aanwijzing is te vinden in het arrest *Feryn*,³⁹ dat niet is gewezen op basis van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling, maar op basis van Richtlijn 2000/43 over gelijke behande-

35 Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Kokott bij *Achbita*, waarin zij het in het kader van art. 4 lid 1 van richtlijn 2000/78 heeft over 'beroepsvereisten [die] de uitdrukking vormen van een legitiem doel en *bijgevolg* een objectieve grond vormen' (cursivering toegevoegd); Concl. A-G J. Kokott 31 mei 2016, Zaak C-157/15 (*Achbita*), punt 66.

36 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, par. 40 (*Bougnaoui*).

37 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, par. 46 (*Egenberger*).

38 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, par. 63 (*Egenberger*).

39 HvJ EU 10 juli 2008, C-54/07 (*Feryn*).

ling ongeacht ras of etnische afstamming.⁴⁰ Deze twee richtlijnen zijn inhoudelijk sterk verwant. Zo bevat Richtlijn 2000/43 dezelfde definities van directe en indirecte discriminatie als de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling en kent het identiek geformuleerde uitzonderingsgronden. De jurisprudentie onder Richtlijn 2000/43 is daarmee ook relevant voor de interpretatie van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling.⁴¹ *Feryn* ging over een Belgische installateur die openlijk had verkondigd geen allochtonen in dienst te willen nemen omdat de klanten van de onderneming die niet in hun huis zouden willen hebben. De ondernemer verdedigde dit beleid door te stellen dat niet hij racistisch was maar de Belgische samenleving en dat hij slechts deed wat nodig was om zijn bedrijf draaiende te houden.⁴² Het Hof stelde dat de werkgever zich met deze uitlatingen in beginsel schuldig maakte aan directe discriminatie, tenzij hij kon bewijzen dat 'de praktijk die de onderneming bij aanwerving *in feite* toepast, niet overeenstemt met die verklaringen'.⁴³

Een laatste relevant arrest is *CHEZ*, dat ook is geweest onder Richtlijn 2000/43.⁴⁴ Deze zaak betrof een Bulgaarse elektriciteitsmaatschappij die elektriciteitsmeters op veel grotere hoogte hing in wijken met veel Roma-bewoners. Dit maakte het voor bewoners van de betreffende wijken moeilijker om hun meters af te lezen. Volgens de energiemaatschappij was deze maatregel nodig, omdat in die wijken vaker met meters werd gefraudeerd en het hoger ophangen van de meters dat kon tegengaan. Het HvJ EU stelde dat het tegengaan van misbruik op zichzelf een legitiem doel is.⁴⁵ De vereiste objectieve rechtvaardiging bestond er vervolgens uit dat *CHEZ* 'objectief [moet] aantonen dat en in welke mate die illegale gedragingen daadwerkelijk voorkomen' in de specifieke wijken waar het om ging.⁴⁶

3.2 Objectiviteit in de (rechts)theorie: twee benaderingen

Om deze overwegingen uit de jurisprudentie nader te duiden, is het behulpzaam om te bekijken wat de (rechts)theoretische literatuur in algemenere zin verstaat onder 'objectiviteit'. In de wetenschapsfilosofie wordt met 'objectiviteit' bedoeld dat een feitelijk oordeel niet wordt 'gekleurd' of 'vertekend' door waardeoordelen of iemands persoonlijke perceptie.⁴⁷ Dit veronderstelt een onderscheid tussen de waarnemer en het object dat wordt waargenomen, waarbij het

40 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEG* 2000, L 180).

41 Zoals ook blijkt uit de verwijzingen in het onder Richtlijn 2000/78 gewezen arrest *WABE en Müller* naar de onder richtlijn 2000/43 gewezen zaken *Feryn* en *CHEZ*. Zie HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 61 en 66 (*WABE en Müller*).

42 Zie het citaat uit een interview met de ondernemer in de conclusie van A-G Poirares Maduro; Concl. A-G M. Poirares Maduro 12 maart 2008, Zaak C-54/07 (*Feryn*), punt 4.

43 HvJ EU 10 juli 2008, C-54/07, par. 32 (*Feryn*) (cursivering in het citaat toegevoegd).

44 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (*CHEZ*).

45 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, par. 113-114 (*CHEZ*). Behalve het tegengaan van fraude en misbruik, noemde het elektriciteitsbedrijf ook de bescherming van particulieren tegen de gevaren van het knoeien met elektriciteitsmeters en de bescherming van de kwaliteit en veiligheid van de elektriciteitsdistributie als doelen van de maatregel. Deze waren volgens het Hof eveneens legitiem.

46 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, par. 116 (*CHEZ*).

47 Zie M. Risjord, *Philosophy of social science. A contemporary introduction*, New York en Londen: Routledge, 2014, p. 22-23; A. Rosenberg, *Philosophy of social science*, Boulder: Westview Press, 2016, p. 284; 2016; M. Williams, *Key concepts in the philosophy of social research*, Los Angeles etc.: SAGE, 2016, p. 143-144.

bestaan en de kenmerken van het object onafhankelijk zijn van de waarnemer. Hoe de waarnemer denkt dat het object is staat los van hoe dat object ('feitelijk' of 'werkelijk') is. Een objectieve uitspraak over een object is dan een uitspraak die overeenkomt met hoe dat object 'echt' is.

In het recht gaat het echter niet alleen om het vinden van de 'juiste' feiten maar ook om het vaststellen van de 'juiste' normen waarmee die feiten moeten worden gewaardeerd.⁴⁸ Marchettoni omschrijft deze vorm van objectiviteit als 'juistheid' ('correctness'): 'een rechter past het recht op een objectieve wijze toe als hij/zij de juiste normen op de juiste manier toepast'.⁴⁹ Raitio koppelt deze objectiviteit aan rechtszekerheid.⁵⁰ Rechtszekerheid vereist dat burgers weten wat het geldende recht is. Dit vereist weer een objectieve bepaling van dat recht. Hieraan zitten volgens Raitio twee dimensies: de *formele* rechtszekerheid, die betrekking heeft op de voorspelbaarheid van een juridisch oordeel, en de *materiële* rechtszekerheid, die betrekking heeft op de aanvaardbaarheid of legitimiteit van dat oordeel.⁵¹ Een oordeel dat voorspelbaar maar onaantvaardbaar is, is in zijn ogen niet 'objectief' correct.

Daarmee bouwt hij voort op het werk van Dworkin, die heeft betoogd dat een juridisch oordeel niet alleen is gebaseerd op concrete regels maar ook op de onderliggende beginselen van een rechtssysteem.⁵² Bij Dworkin is dit verbonden met zijn visie dat rechtsvinding een kwestie van interpretatie is, waarbij het gaat om het bepalen van de betekenis van een rechtsregel. De vraag is vervolgens hoe die betekenis kan worden vastgesteld indien er (in een bepaald geval) meerdere mogelijke interpretaties van een rechtsregel bestaan. Volgens Dworkin dient hierbij het beginsel van 'adjudicative integrity' te worden gevolgd, dat ervan uitgaat dat het rechtssysteem een coherent samenstel van normen en principes is, zodat de betekenis van rechtsregels mede bepaald wordt door de (rechtvaardigheids)beginselen die aan die regels ten grondslag liggen.⁵³ Objectiviteit verwijst in de rechtsvinding dan niet naar een buiten het recht of de waarnemer bestaande 'waarheid' over het recht, maar naar de correcte identificatie van de betekenis van een rechtsregel in het licht van deze interpretatieve strategie.⁵⁴

Volgens Raitio onderstreept Dworkin's benadering 'het belang van politieke moraliteit in rechterlijke oordeelsvorming'.⁵⁵ Tegelijkertijd betekent dat niet dat persoonlijke voorkeuren uiteindelijk beslissend zijn voor een rechtsoordeel. Hoewel de beginselen van een rechtssysteem minder scherp omlind zijn dan concrete regels, staat het een rechter (of een ander die een 'objectief' rechtsoordeel wil vellen) niet vrij om ze naar eigen believen te interpreteren. De interpretatie is immers gebonden aan de bestaande regels en beginselen (en de bestaande interpretaties daarvan) binnen het rechtssysteem. Dworkin maakt dan ook een onderscheid tussen uitspraken die alleen gelden voor 'personen met bepaalde overtuigingen' en uitspraken die 'onpersoonlijk gelden voor iedereen'.⁵⁶ Uiteindelijk wordt de juistheid van een rechtsoordeel

48 Vgl. L. Marchettoni, 'Objectivity and Law', in: M. Sellers & S. Kirste (red.), *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*, Dordrecht: Springer 2023, p. 2583.

49 Marchettoni 2023 (*supra* noot 48), p. 2583 (eigen vertaling).

50 J. Raitio, 'Legal certainty as an element of objectivity in law', in: J. Husa & M. van Hoecke (red.), *Objectivity in law and legal reasoning*, Oxford en Portland OR: Hart Publishing 2013, p. 85-108.

51 Raitio 2013 (*supra* noot 50), p. 96.

52 Raitio 2013 (*supra* noot 50), p. 90-93.

53 R. Dworkin, *Law's empire*, Oxford: Hart Publishing, 1986; 1998 (heruitgave), p. 225.

54 Dworkin 1986 (*supra* noot 53), p. 80; zie ook Marchettoni 2023 (*supra* noot 48), p. 2586.

55 Raitio 2013 (*supra* noot 50), p. 86 (eigen vertaling).

56 Dworkin 1986 (*supra* noot 53), p. 81 (eigen vertaling).

daarmee bepaald door de mate waarin de onderdelen van een rechtssysteem met elkaar in overeenstemming worden gebracht.⁵⁷ Hoe beter dat wordt gedaan, hoe meer zo een oordeel een ‘objectief’ oordeel kan worden genoemd.⁵⁸

Voor een nadere duiding van de rechtspraak van het HvJ EU onder de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling is van belang dat de term ‘objectiviteit’ dus op twee manieren kan worden gebruikt: in feitelijke zin, als overeenstemming van een uitspraak met een object buiten de waarnemer, en in interpretatieve zin, als de interpretatie die het best aansluit bij de regels en beginselen in het rechtssysteem. In beide gevallen is pas sprake van ‘objectiviteit’ als een uitspraak of oordeel niet voortvloeit uit de persoonlijke ideeën, voorkeuren of (mis)percepties van degene die de uitspraak doet of het oordeel velt.⁵⁹ Tegelijkertijd hanteren deze twee benaderingen andere criteria om te bepalen wanneer sprake is van objectiviteit. Voor een beter begrip van de term ‘objectief’ in de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling is nu van belang welke van de twee benaderingen wordt gehanteerd door het HvJ EU.

3.3 Feitelijke en interpretatieve objectiviteit in de jurisprudentie van het HvJ EU

De hierboven gegeven conceptuele analyse kan helpen om scherper te krijgen hoe het begrip ‘objectiviteit’ in de jurisprudentie van het HvJ EU wordt gebruikt. In termen van de twee vormen van ‘objectiviteit’ die werden onderscheiden, kan de jurisprudentie van het Hof het beste worden begrepen vanuit de verwevenheid van objectiviteit en legitimiteit zoals Dworkin en Raitio die benadrukken. Waar ‘objectiviteit’ in *CHEZ* lijkt te worden gebruikt in de feitelijke zin (omdat het feitelijk vóórkomen van fraude in verschillende wijken moest worden aangetoond), leggen *Bouagnaoui*, *Egenberger* en *Feryn* een verband tussen ‘objectiviteit’ en de onderliggende doelen van een neutraliteitsbeleid.

In al deze arresten komt het ‘onpersoonlijke’ karakter van objectiviteit naar voren. Dit blijkt onder meer uit de overweging in *Bouagnaoui* die ‘de wil van de werkgever om rekening te houden met de bijzondere wensen van klanten’ ziet als een ‘subjectieve’ (dus het tegenovergestelde van een objectieve) overweging.⁶⁰ In vergelijkbare zin stelt *Egenberger* objectieve toetsing door een onafhankelijke rechter tegenover een beoordeling door een kerkgenootschap zelf. Dit kan begrepen worden vanuit de (in het arrest niet expliciet uitgesproken) gedachte dat het oordeel van iemand die belang heeft bij de uitkomst van een beoordeling gekleurd en dus niet-objectief is, terwijl een onafhankelijke instantie de zaak op een onpartijdige en daarmee objectieve wijze bekijkt.

Tegelijkertijd is het onpersoonlijke karakter van een rechtvaardiging niet voldoende om deze ‘objectief’ te laten zijn. Het duidelijkst komt dit naar voren in *Feryn*, waar het HvJ EU de redenering van de werkgever dat hij slechts reageerde op de discriminatoire wensen die leven in de samenleving, niet honoreerde. Dit is niet goed te begrijpen vanuit een zuiver feitelijke conceptualisering van objectiviteit. Dan zou de cruciale toetssteen immers zijn of deze discriminatoire wensen feitelijk bestaan binnen de samenleving, vanuit de veronderstelling dat het bestaan

57 Raitio 2013 (*supra* noot 50), p. 92.

58 Vgl. Marchettoni 2023 (*supra* noot 48), p. 2586.

59 Vgl. Marchettoni 2023 (*supra* noot 48), p. 2582-2583.

60 HvJEU 14 maart 2017, C-188/15, par. 40 (*Bouagnaoui*) (cursivering toegevoegd).

of niet bestaan van die wensen een gegeven is dat los staat van de voorkeuren of ideeën van de waarnemer. Als kan worden aangetoond dat feitelijk (een groot deel van) de samenleving discriminatoire voorkeuren heeft, zou in dat geval sprake zijn van een objectief gegeven.

Dit is echter niet de lijn die het HvJ EU volgt. Het al dan niet feitelijk bestaan van discriminatoire wensen en de mate waarin deze voorkomen is voor de redenering van het Hof volkomen irrelevant. Het enkele feit dat het gaat om *discriminatoire* wensen maakt al dat deze niet kunnen gelden als objectieve rechtvaardiging, of die wensen nu feitelijk bestaan of niet. Dit kan alleen begrepen worden vanuit de gedachte dat een rechtvaardiging, om objectief te zijn, aan bepaalde normatieve eisen moet voldoen. In dit geval stelt het Hof dat geen sprake kan zijn van een objectieve rechtvaardiging als deze (direct of indirect) is gebaseerd op discriminatoire wensen. De objectiviteit van een rechtvaardiging moet derhalve worden gezien in het licht van het onderliggende principe van non-discriminatie achter de betreffende richtlijn (en het rechtssysteem van de EU als geheel).⁶¹ Een rechtvaardiging is pas 'objectief' als zij in overeenstemming is met dat onderliggende principe. Dit laat zien dat de termen 'objectieve rechtvaardiging' en 'legitiem doel' niet los van elkaar staan, maar veeleer twee kanten zijn van dezelfde medaille. Dit sluit aan bij Dworkins visie op interpretatieve objectiviteit, die stelt dat bij een objectieve interpretatie de betekenis van een rechtsregel moet worden bepaald in het licht van de (normatieve) beginselen die aan die regel ten grondslag liggen.

3.4 Implicaties van de vereiste van objectiviteit voor een rechtvaardiging op grond van de wensen van klanten en gebruikers

De benadering van 'objectiviteit' die het HvJ EU in zijn jurisprudentie volgt, heeft implicaties voor het bewijs dat een werkgever moet aanleveren voor de rechtvaardiging van zijn neutraliteitsbeleid. Nu een objectieve rechtvaardiging niet gebaseerd kan zijn op (illegitieme) discriminatoire intenties aan de kant van de werkgever, moet een werkgever aantonen dat dergelijke intenties niet ten grondslag liggen aan zijn neutraliteitsbeleid. Zoals *Egenberger* en *Feryn* laten zien, is een enkele verklaring van de werkgever dat dit niet het geval is, niet voldoende. Er zijn 'objectieve' (in de zin van los van de verklaringen van de werkgever bestaande) feiten nodig.⁶² Het Hof zoekt daarom naar geobjectiverde indicaties van die intentie.

De eis dat het neutraliteitsbeleid 'coherent en systematisch' wordt toegepast kan mede in dat licht worden begrepen. Het Hof bespreekt deze eis in *Achbita* en *WABE en Müller* weliswaar onder de passendheid van het neutraliteitsbeleid en dus als onderdeel van de proportionaliteits-toets,⁶³ maar het ontbreken van een algemene regel leidt in *Bougnaoui* tot het oordeel dat sprake is van directe (want blijkbaar op subjectieve discriminatoire wensen gebaseerde) discriminatie.

61 Voor het beginsel van non-discriminatie als algemeen beginsel van EU-recht, zie art. 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en art. 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

62 A-G Kokott verwoordt dit in haar conclusie bij *CHEZ* als volgt: '[het is] aan degene die zich in het hoofdgeding op dergelijke belangen beroept, te bewijzen dat met de litigieuze praktijk inderdaad de genoemde doelstellingen werden nagestreefd en dat deze niet is ingegeven door motieven die te maken hebben met de etnische afstamming van de meerderheid van de bewoners van [de betreffende wijk]'; Concl. A-G J. Kokott 12 maart 2015, Zaak C-83/14 (*CHEZ*), punt 115.

63 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, par. 40 (*Achbita*); HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 77 (*WABE en Müller*).

Een coherente en systematische toepassing kan daarmee ook worden gezien als indicatie dat het de werkgever niet te doen is om het benadelen van een bepaalde godsdienst. Ook sluit deze eis situaties uit, zoals in de zaak *Bougnaoui*, waarin een werkgever reageert op de (toevallige, dus ‘subjectieve’) wens van één klant.

Deze interpretatie roept echter nieuwe vragen op, want een coherente en systematische toepassing van neutraliteitsbeleid is zowel een te brede als een te beperkte manier om vast te stellen of een werkgever daadwerkelijk geen discriminatoire intenties heeft. Te breed, omdat ook een niet-volledig verbod ‘oprecht’ kan zijn, als het is ingegeven door de wens om niet verder te gaan dan nodig. Te beperkt, omdat ook een volledig verbod ingegeven kan zijn door discriminatoire intenties, zeker wanneer in feite slechts werknemers met één godsdienst erdoor worden geraakt. In de continentale West-Europese context, waarin islamitische hoofddoekjes veruit het meest voorkomende zichtbare religieuze kentekens zijn dat werknemers dragen, is deze laatste mogelijkheid verre van denkbeeldig.

De aanvullende eis uit *WABE en Müller* dat de werkgever moet aantonen dat het neutraliteitsbeleid in een ‘werkelijke behoefte’ voorziet biedt een directere toets van de intenties achter een neutraliteitsbeleid.⁶⁴ Dorssemont merkt hierover op dat deze eis leidt tot een meer objectiverende benadering omdat neutraliteit niet langer wordt gezien als doel op zich maar moet worden onderbouwd als middel tot een (ander, objectief te bepalen) doel.⁶⁵

Hiermee wordt het probleem echter alleen verschoven. Indien een werkgever nadelige gevolgen ondervindt van het negeren van de wensen van klanten of gebruikers, heeft blijkbaar op zijn minst een deel van hen bezwaren tegen zichtbare religieuze tekenen. Als de jurisprudentie van het HvJ EU consequent wordt doorgetrokken, moet dan de vervolgvraag worden gesteld of die bezwaren wel berusten op (objectief gezien) legitieme gronden. Het Hof heeft immers aangegeven dat alleen de ‘rechten en *legitieme* verwachtingen van klanten of gebruikers’ worden erkend als basis voor een objectieve rechtvaardiging.⁶⁶ Dit betekent dat een werkgever moet aantonen dat de wensen van de klanten en gebruikers geen discriminatoire achtergrond hebben. Anders zouden die wensen niet legitiem zijn. Deze interpretatie wordt ondersteund door de overweging in *S.C.R.L.*, waarin het HvJ EU uiteenzet dat de eisen die hij stelt zijn ‘ingegeven door het streven om tolerantie, respect en acceptatie van meer diversiteit principieel aan te moedigen’.⁶⁷ Wil deze ‘principiële aanmoediging’ iets waard zijn, dan mag zij zich niet alleen beperken tot de werkgever zelf, maar moet zij ook diens klanten en gebruikers omvatten.

Het imago dat een onderneming wil uitstralen is echter niet alleen gericht op de huidige klanten en gebruikers, maar ook op potentiële klanten en gebruikers. Door een imago probeert een onderneming niet alleen klanten en gebruikers te behouden maar ook aantrekkelijk(er) te zijn voor mogelijke nieuwe klanten en gebruikers. Dit impliceert dat de werkgever moet aantonen dat ook die potentiële klanten en gebruikers geen discriminatoire wensen hebben. Anders zou hij immers, in de woorden van Howard, slechts ‘*pander to the prejudice of customers*’.⁶⁸

64 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 65 en 67 (*WABE en Müller*).

65 F. Dorssemont, ‘Vrijheid van religie voor werknemers. Nog mogelijk in het post-Achbita-tijdperk?’, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2021/450, punt 38.

66 Zie HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-804/18 en C-341/19, par. 65 (*WABE en Müller*) (cursivering in het citaat toegevoegd). Zie ook Concl. A-G E. Sharpston 13 juli 2016, Zaak C-188/15 (*Bougnaoui*), punt 133.

67 HvJ EU 13 oktober 2022, C-344/20, par. 41 (*S.C.R.L.*).

68 Howard 2021 (*supra* noot 11).

De onderbouwing die volgens bovenstaande analyse van de werkgever wordt vereist, kan praktisch gezien niet door hem worden geleverd. Het is immers onmogelijk om aan te tonen dat de wens van klanten en gebruikers om niet geconfronteerd te worden met zichtbare religieuze tekens, niet is ingegeven door discriminatoire voorkeuren, laat staan als dat ook voor potentiële klanten en gebruikers moet gebeuren.⁶⁹ De besproken jurisprudentie maakt immers duidelijk dat daarvoor niet mag worden afgegaan op de verklaringen van de (potentiële) klanten en gebruikers alleen, maar dat gegevens moeten worden aangeleverd die los van die verklaringen staan. In haar conclusie bij de zaak *CHEZ* noemt advocaat-generaal Kokott in dit verband bijvoorbeeld documentatie aan de hand van interne stukken als manier om aan te tonen dat discriminatoire intenties geen rol hebben gespeeld in de besluitvorming binnen een organisatie.⁷⁰ Deze specifieke vorm van bewijs is weliswaar toegespitst op de situatie van een bedrijf dat een (potentieel discriminerend) besluit heeft genomen, maar als de eis serieus wordt genomen dat (openlijke) verklaringen niet voldoende zijn om het ontbreken van discriminatoire intenties aan te tonen, zal ook voor klanten en gebruikers aanvullend bewijs moeten worden aangeleverd naast zulke verklaringen.

Het is praktisch (en wellicht ook fundamenteel) onmogelijk om dat bewijs te leveren voor alle (of zelfs: de meeste) klanten en gebruikers. Dat impliceert dat een werkgever voor de rechtvaardiging van een neutraliteitsbeleid uiteindelijk moet terugvallen op een gegeneraliseerde (maatschappelijke) wens om zichtbare religieuze kentekenen te beperken tot de privésfeer. Maar dat is niet verenigbaar met de jurisprudentie van het HvJ EU, die immers afscheid heeft genomen van de gedachte dat neutraliteitsbeleid voor private werkgevers een doel op zich kan zijn en vereist dat concrete nadelen worden aangetoond.

4 Conclusie

In dit artikel staat de vraag centraal onder welke voorwaarden een beroep op de wensen van klanten en gebruikers een objectieve rechtvaardiging oplevert in de zin van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling. De jurisprudentie van het HvJ EU laat een ontwikkeling zien in de eisen die het Hof aan zo een rechtvaardiging stelt. In *Achbita* werd de wens van een werkgever om een neutraal imago uit te stralen aanvaard als voldoende rechtvaardiging voor een neutraliteitsbeleid. In *WABE en Müller* en *S.C.R.L.* zijn daar nadere voorwaarden aan toegevoegd, die inhouden dat een werkgever concreet moet aantonen dat hij nadelige gevolgen ondervindt als hij niet inspeelt op legitieme wensen van klanten of gebruikers.

Deze eisen vloeien voort uit een interpretatieve benadering van het begrip 'objectiviteit', waarin een rechtvaardiging slechts als objectief kan gelden indien zij in overeenstemming is met de onderliggende beginselen van de richtlijn. Nu deze beginselen gericht zijn op het bevorderen van tolerantie en diversiteit en het uitbannen van discriminatie, mag het neutraliteits-

69 Vgl. de 'schaduwconclusie' van voormalig A-G Sharpston bij de zaak *WABE en Müller*, waarin zij (schijnbaar nog categorischer) tot de conclusie komt dat een beroep op de wensen van klanten nooit een 'objectieve rechtvaardiging' in de zin van art. 2 lid 2 sub b onder i van richtlijn 2000/78 kan opleveren; E. Sharpston, 'Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)', *EU Law Analysis*, 23 March 2021, punt 312.

70 Conclusie A-G J. Kokott 12 maart 2015, Zaak C-83/14 (*CHEZ*), punt 115.

beleid van een onderneming niet zijn gebaseerd op discriminatoire wensen van klanten en gebruikers, maar alleen op wensen van klanten en gebruikers die een niet-discriminatoire achtergrond hebben. Aan het bewijs voor die achtergrond heeft het HvJ EU ook nadere eisen gesteld, door te stellen dat het niet slechts mag berusten op verklaringen maar ook geschraagd moet worden door los daarvan staande gegevens.

Zoals hierboven is betoogd, maakt deze combinatie van eisen het feitelijk onmogelijk om aan te tonen dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging in de zin van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling. Zo'n rechtvaardiging kan slechts worden geleverd door een van de eisen uit de jurisprudentie van het HvJ EU op te geven, door ofwel te aanvaarden dat een neutraliteitsbeleid mag worden gerechtvaardigd op grond van een gegeneraliseerde voorkeur voor 'neutraliteit' op de private werkplek, ofwel (mogelijk) discriminatoire wensen van klanten en gebruikers te accepteren als legitieme grond voor een neutraliteitsbeleid. Beide benaderingen zijn echter in strijd met de staande jurisprudentie van het HvJ EU.

Daarmee is dit een jurisprudentielijn geworden die zichzelf in de staart bijt. De eisen die worden gesteld aan een objectieve rechtvaardiging maken het onmogelijk daaraan te voldoen zonder andere eisen uit de jurisprudentie te schenden. Het antwoord op de centrale vraag van dit artikel moet dan ook luiden dat het bij de huidige stand van de jurisprudentie feitelijk niet mogelijk is bij een beroep op de wensen van klanten en gebruikers te voldoen aan de vereiste van een objectieve rechtvaardiging in de zin van de Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling.

Deze conclusie heeft implicaties op twee niveaus. Ten eerste voor de nationale rechters die de criteria van het HvJ EU moeten toepassen in concrete zaken. Het HvJ EU geeft immers alleen een toetsingskader en laat de toepassing daarvan op de feiten in een concreet geval over aan de nationale rechter. Op basis van de hierboven gegeven analyse, zijn de eisen die feitenrechters daarbij moeten stellen dermate hoog dat betoogd kan worden dat zij vrijwel nooit tot de conclusie kunnen komen dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid op grond van de wensen van klanten of gebruikers.

Ten tweede kan vanuit de analyse ook de jurisprudentie van het HvJ EU zelf worden bekritiseerd. Door de combinatie van eisen die het HvJ EU stelt, heeft het een toetsingskader gecreëerd dat er feitelijk op neerkomt dat de wensen van klanten of gebruikers nooit een objectieve rechtvaardiging voor neutraliteitsbeleid kunnen vormen. De jurisprudentie van het Hof, dat het toetsingskader van *WABE en Müller* nogmaals heeft bevestigd in *S.C.R.L.*, lijkt er echter op te wijzen dat het Hof zelf wel meent dat dit mogelijk is. Hiermee lijkt het Hof zijn ogen te sluiten voor de consequenties van zijn eigen toetsingskader. Het zou in dat licht helderder en juridisch zuiverder zijn als het Hof die consequenties wel trok en concludeerde dat een neutraliteitsbeleid nooit kan worden gerechtvaardigd op grond van de wensen van klanten en gebruikers.