

Zaak C-341/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

30 april 2019

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

30 januari 2019

Verweerster in eerste aanleg, appelante en verzoekster tot „Revision“:

MH Müller Handels GmbH

Verzoekster in eerste aanleg, geïntimeerde en verweerster in „Revision“:

MJ

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Gelijke behandeling in arbeid en beroep, vrijheid van godsdienst met betrekking tot het dragen van een hoofddoek op het werk

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Kan een vastgestelde indirecte discriminatie op grond van godsdienst in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78/EG alleen dan passend zijn wanneer zij haar oorsprong vindt in een interne regel van een particuliere onderneming volgens welke het dragen van alle zichtbare

tekenen – en niet alleen van opvallende en grote tekenen – van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen verboden is?

2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

- a) Moet artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78/EG aldus worden uitgelegd dat de in artikel 10 van het Handvest en in artikel 9 EVRM neergelegde rechten mogen worden meegenomen in de toetsing of een vastgestelde indirecte discriminatie op grond van godsdienst passend is wanneer zij haar oorsprong vindt in een interne regel van een particuliere onderneming die verbiedt opvallende en grote tekenen van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen te dragen?
- b) Moet artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78/EG aldus worden uitgelegd dat nationale regelingen met constitutionele rang die de godsdienstvrijheid beschermen, als gunstigere bepalingen in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG mogen worden meegenomen in de toetsing of een vastgestelde indirecte discriminatie op grond van godsdienst passend is wanneer zij haar oorsprong vindt in een interne regel van een particuliere onderneming die verbiedt opvallende en grote tekenen van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen te dragen?

3. Indien de vragen 2 a) en 2 b) ontkennend worden beantwoord:

Moeten nationale regelingen met constitutionele rang die de godsdienstvrijheid beschermen, wegens primair Unierecht buiten toepassing blijven bij de toetsing van een instructie, op grond van een interne regel van een particuliere onderneming, die verbiedt opvallende en grote tekenen van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen te dragen, ook wanneer het primaire Unierecht, bijvoorbeeld artikel 16 van het Handvest, nationale wetgevingen en praktijken erkent?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), in het bijzonder de artikelen 10 en 16

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, in het bijzonder de artikelen 2 en 8

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „Grundgesetz”), in het bijzonder de artikelen 4 en 12

Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”), in het bijzonder § 134

Gewerbeordnung (Duitse wet tot regeling van ambacht, handel en industrie; hierna: „GewO”), in het bijzonder § 106

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Duitse algemene wet inzake gelijke behandeling; hierna: „AGG”), in het bijzonder §§ 1, 3 en 7

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Het geschil tussen partijen betreft in wezen de rechtmatigheid van de instructie om op het werk geen islamitische hoofddoek te dragen.
- 2 Verweerster is een vennootschap naar Duits recht, die in Duitsland drogisterijen exploiteert. Verzoekster is een gelovige moslima. Zij is sinds 2002 in dienst bij verweerster als verkoopconsulente en caissière.
- 3 Na haar terugkeer uit ouderschapsverlof in 2014 droeg zij, in tegenstelling tot voorheen, een hoofddoek. Het verzoek van verweerster om de hoofddoek op het werk af te doen, legde zij naast zich neer. Daarop werd haar aanvankelijk geen werk meer aangeboden en later werd zij met een andere activiteit belast waarbij zij haar hoofddoek niet moest afdoen. Op 21 juni 2016 werd zij echter andermaal verzocht om de hoofddoek af te doen. Nadat ze dit had geweigerd, werd zij naar huis gestuurd. In juli 2016 ontving zij de instructie om zonder opvallende en grote tekenen van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen op het werk te verschijnen (hierna: „de bestreden instructie”).
- 4 Verzoekster heeft daartegen een rechtsvordering ingesteld tot vaststelling van de ongeldigheid van de bestreden instructie. Voorts eist zij een schadevergoeding.
- 5 De vordering is in eerste en tweede aanleg toegewezen. In „Revision” concludeert verweerster nog steeds tot afwijzing van de vordering.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 6 Verzoekster voert aan dat de bestreden instructie ongeldig is aangezien zij haar grondwettelijk beschermde vrijheid van godsdienst schendt. Zij draagt haar hoofddoek uitsluitend ter vervulling van een religieus gebod dat zij als dwingend ervaart. Dit valt onder de vrijheid van godsdienst.

- 7 Verweersters wens om een neutraliteitsbeleid te voeren op grond van de vrijheid van ondernemerschap, heeft geen onvoorwaardelijke voorrang boven de vrijheid van godsdienst. Er moet veeleer een evenredigheidstoetsing plaatsvinden.
- 8 De rechtspraak van het Hof staat niet in de weg aan deze stelling. Het Unierecht bevat namelijk slechts minimumvereisten, zodat een Unierechtelijk toegestane ongelijke behandeling naar nationaal recht ontoelaatbaar kan zijn, wat hier het geval is.
- 9 Volgens verweerster is de instructie rechtmatig. Bij haar hebben altijd kledingvoorschriften gegolden, volgens welke onder meer geen hoofddeksels, van welke aard ook, op het werk mogen worden gedragen. Sinds juli 2016 geldt voor alle verkoopfilialen de regel dat het dragen van opvallende en grote tekenen van religieuze, politieke en andere levensbeschouwelijke overtuigingen op het werk verboden is. Verweerster beoogt hiermee de neutraliteit binnen de onderneming te bewaren. Onder meer conflicten tussen werknemers moeten worden voorkomen. Dergelijke problemen, die aan verschillen in religie en cultuur te wijten zijn, hebben zich in het verleden al tot drie keer toe voorgedaan. Ze hielden echter geen verband met het dragen van een hoofddoek of een ander religieus teken.
- 10 Verweersters stelling vindt steun in het arrest van 14 maart 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), waarin het Hof de door artikel 16 van het Handvest beschermde vrijheid van ondernemerschap een groter gewicht heeft toegekend dan de vrijheid van godsdienst. Voor de geldigheid van een verbod op religieuze uitingen moet niet noodzakelijk worden aangetoond dat er sprake is van economische nadelen en klanten wegblijven. De toepassing van de nationale grondrechten kan ook niet tot een andere uitkomst leiden.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 11 Het verzoek om een prejudiciële beslissing is noodzakelijk omdat de beslechting van het geding afhankelijk is van vragen van Unierecht waarover het Hof zich nog niet definitief heeft uitgesproken.

Toepasselijk nationaal recht

- 12 Op het niveau van het nationale recht steunt de bestreden instructie op § 106, eerste volzin, GewO, volgens welke de werkgever „inhoud, plaats en tijdstip van de arbeidsprestatie naar billijkheid nader mag bepalen”. Dit recht om instructies te geven is niet onbeperkt. Ten eerste moet een instructie, zoals rechtstreeks uit de bewoordingen van de bepaling valt op te maken, „naar billijkheid” worden gegeven. Ten tweede mag zij volgens de rechtspraak van de verwijzende rechter niet in strijd zijn met een wettelijk verbod. In het onderhavige geval kan een dergelijk verbod zijn neergelegd in § 7 juncto § 1 AGG, volgens welke werknemers onder meer niet wegens hun godsdienst mogen worden benadeeld. Ook verboden is een indirecte discriminatie, waarvan volgens § 3, lid 2, AGG

sprake is wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling personen onder meer wegens hun godsdienst in vergelijking met andere personen bijzonder benadeleelt, tenzij die bepaling wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

- 13 Indien de bestreden instructie indruist tegen § 7 AGG, is zij ongeldig krachtens § 134 BGB, volgens welke een rechtshandeling nietig is wanneer zij in strijd is met een wettelijk verbod.
- 14 Bij de toetsing van de genoemde nationale bepalingen moet ook rekening worden gehouden met de in het Grundgesetz verankerde grondrechten. Met name moet worden nagegaan of de bestreden instructie en de algemene regel die eraan ten grondslag ligt en waarop verweerster zich beroept, aan te merken zijn als een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van godsdienst die door artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz wordt beschermd.
- 15 Volgens de vaste rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland) heeft de bescherming van grondrechten ook een indirecte invloed op de rechtsbetrekkingen tussen particulieren. Bij de uitlegging van rechtsbepalingen moeten rechters de grondrechten als grondwettelijke waardeoordelen in aanmerking nemen, met name bij de uitlegging van algemene civielrechtelijke bedingen en vage rechtsbegrippen. Daarbij moeten eventuele botsende grondrechten afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval in hun onderlinge samenhang in overweging worden genomen en in overeenstemming worden gebracht.
- 16 Voorts volgt uit de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht dat het dragen van een islamitische hoofddoek valt binnen de beschermings sfeer van de godsdienstvrijheid in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz. Dit grondrecht betreft zowel de innerlijke vrijheid om al dan niet te geloven, alsook de uiterlijke vrijheid om het geloof te belijden en te verkondigen. Hiertoe behoort het recht van het individu om zijn gehele gedrag op de leer van zijn geloof af te stemmen en in overeenstemming met die overtuiging te handelen. Moslima's die een voor hun geloof kenmerkende hoofddoek dragen, kunnen zich ook bij de uitoefening van hun beroep op deze bescherming beroepen. Dat binnen de islam uiteenlopende opvattingen over het zogeheten hoofddoekgebod worden verdedigd, doet niet ter zake.
- 17 De godsdienstvrijheid kan echter door botsende grondrechten worden ingeperkt. In het onderhavige geval moet rekening worden gehouden met de vrijheid van de werkgever om economische activiteiten te ontplooien, als beschermd door artikel 12, lid 1, van het Grundgesetz. Volgens de gelijklopende rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht en de verwijzende rechter moeten botsende grondrechten aldus worden beperkt dat de effectiviteit ervan voor alle betrokkenen zo groot mogelijk blijft. In deze context verlangt de verwijzende rechter echter van de werkgever dat hij reële risico's aantoonde die erin bestaan dat een verdere inschakeling van de betrokken werknemers met islamitische hoofddoek gepaard

zou gaan met concrete operationele verstoringen of economische verliezen. Loutere vermoedens en vrees volstaan niet.

Toepasselijke bepalingen van het Unierecht en van het EVRM

- 18 Het volstaat echter niet om de relevante bepalingen van de GewO en het AGG uitsluitend aan de hand van de nationale grondrechten uit te leggen. Met name moet in acht worden genomen dat de bepalingen van het AGG ertoe strekken om richtlijn 2000/78 in Duits recht om te zetten. Om het begrip „indirecte discriminatie” in de zin van § 3, lid 2, AGG te begrijpen is de uitlegging van artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78 dan ook van belang. Bovendien is het Handvest van toepassing, aangezien het AGG uitvoering geeft aan het Unierecht (zie ook artikel 51, lid 1, eerste volzin, van het Handvest). In het onderhavige geval zijn zowel de door artikel 10 van het Handvest beschermde vrijheid van godsdienst als de in artikel 16 ervan verankerde vrijheid van ondernemerschap relevant.
- 19 Met betrekking tot artikel 10 van het Handvest moet voorts in acht worden genomen dat het daarin gewaarborgde recht volgens de toelichtingen bij het Handvest correspondeert met het recht dat in artikel 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) wordt gewaarborgd en volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als het door het EVRM gewaarborgde recht. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) is het dragen van religieuze kleding, zoals een hoofddoek, een door artikel 9 EVRM beschermde handeling (zie onder meer EHRM, 18 september 2018, Lachiri tegen België, CE:ECHR:2018:0918JUD000341309, § 31). Nationale rechters die zich over een hoofddoekverbod van particuliere werkgevers moeten uitspreken, dienen het recht uit hoofde van artikel 9 EVRM voldoende te beschermen en een billijk evenwicht tussen de rechten van de betrokken personen en die van de andere partijen te bereiken. In het geval van een kledingvoorschrift moet het recht van de werknemers om hun geloof te belijden, worden afgewogen tegen de wens van de werkgever om een bepaald bedrijfsimago uit te stralen (EHRM, 15 januari 2013, Eweida e.a. tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:2013:0115JUD0004842010, §§ 84, 91 en 94).

Eerste prejudiciële vraag

- 20 Volgens de verwijzende rechter is de bestreden instructie aan te merken als een indirecte discriminatie van verzoekster [in de zin van een potentiële benadeling respectievelijk discriminatie overeenkomstig § 3, lid 2, AGG en artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78], aangezien de op een algemene regel berustende instructie verzoekster wegens haar godsdienst bijzonder benadeelt in vergelijking met andere personen. Voor de beslechting van het geding is het van belang of de instructie overeenkomstig de in artikel 2, lid 2, onder b), punt i), van richtlijn

2000/78 vastgestelde uitzondering objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

- 21 In lijn met het Hof gaat de verwijzende rechter ervan uit dat de wens van een werkgever om ten aanzien van de klanten blijf te geven van neutraliteit, verband houdt met de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap en bijgevolg een legitiem doel heeft [zie ook het arrest van 14 maart 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, punt 38)].
- 22 In het licht van het voornoemde arrest, en tevens gelet op het arrest van 14 maart 2017, Bougnaoui en ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204), rijst echter de vraag of alleen een algeheel verbod op zichtbare tekenen van geloofsbelijdenis geschikt is om de doelstelling van een neutraliteitsbeleid binnen de onderneming te verwezenlijken, dan wel of, zoals in het onderhavige geval, het ook volstaat om een verbod uit te vaardigen dat zich tot opvallende en grote tekenen beperkt, voor zover het coherent en systematisch wordt gehandhaafd.
- 23 Aan de uitspraak van het Hof in de zaak G4S Secure Solutions lag een regel ten grondslag die het dragen van zichtbare tekens van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen verbodt. In het arrest van het Hof in de zaak Bougnaoui en ADDH wordt naar deze uitspraak verwezen. Voor de verwijzende rechter blijkt daaruit niet duidelijk of het Hof alleen in de zaak G4S Secure Solutions met de feiten van het geding rekening heeft gehouden en daaraan heeft gerefereerd in het op dezelfde dag gewezen arrest in de zaak Bougnaoui en ADDH, dan wel of in de overwegingen van het Hof een algemeen geldende uitspraak besloten ligt. Om die reden wordt de eerste prejudiciële vraag gesteld.

Prejudiciële vragen 2 a) en 2 b)

- 24 De vragen 2 a) en 2 b) hebben betrekking op de evenredigheidstoetsing in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), punt i), van richtlijn 2000/78. Indien het Hof tot de conclusie komt dat ook een verbod dat zich tot opvallende en grote tekenen beperkt, geschikt kan zijn om de doelstelling van een neutraliteitsbeleid binnen de onderneming te verwezenlijken, moet met name worden getoetst of dit verbod noodzakelijk en passend is.
- 25 De verwijzende rechter gaat ervan uit dat een regel als die waarop verweerster zich beroept, niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is (zie ook het arrest van 14 maart 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punt 42), aangezien deze alleen het dragen van opvallende en grote tekenen verbiedt en uitsluitend geldt voor de werknemers die contact hebben met de klant.
- 26 De vraag of het verbod ook passend is in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), punt i), van richtlijn 2000/78, kan niet worden beoordeeld zonder het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

- 27 Voor de verwijzende rechter rijst vooreerst de fundamentele vraag of bij een evenredigheidstoetsing een afweging van de tegenstrijdige belangen kan worden gemaakt. Zo ja, dient zich vervolgens de vraag aan of deze afweging van de tegenstrijdige belangen – in het voorliggende geval artikel 16 van het Handvest enerzijds en artikel 10 van het Handvest respectievelijk artikel 9 EVRM anderzijds – reeds moet worden gemaakt bij de toetsing van de evenredigheid van een verbodsregel inzake geloofsbelijdenis of pas bij een individuele toepassing van die regel, bijvoorbeeld bij een instructie aan de werknemer of bij de aanzegging van een ontslag.
- 28 Indien de uit het Handvest en het EVRM voortvloeiende rechten in aanmerking mogen worden genomen bij de evenredigheidstoetsing in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), punt i), van richtlijn 2000/78, moet volgens de verwijzende rechter voorrang worden gegeven aan de door artikel 10 van het Handvest en artikel 9 EVRM beschermde vrijheid van godsdienst. De door verweerster gehanteerde regel verbiedt zonder voldoende aanleiding onder meer het dragen van opvallende en grote religieuze symbolen.
- 29 Ook in haar verhouding met verweerster – dat wil zeggen, een betrekking tussen particulieren – kan verzoekster zich beroepen op de bescherming door deze rechten [zie ook het arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 49)].
- 30 Volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest zijn evenwel beperkingen van de vrijheid van godsdienst mogelijk. In navolging van het EHRM gaat de verwijzende rechter er derhalve van uit dat de tegenstrijdige belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. In het onderhavige geval weegt de vrijheid van godsdienst echter zwaarder dan het door artikel 16 van het Handvest beschermde doel van een neutraliteitsbeleid van de onderneming, aangezien de door verweerster aangevoerde verstoringen niet voldoende zwaarwegend zijn om een verbod op geloofsbelijdenis te verantwoorden.
- 31 Bovendien is de vrijheid van godsdienst volgens het EHRM onontbeerlijk voor het pluralisme in een democratische samenleving. De oplossing van conflicten tussen gelovigen en anders- of niet-gelovigen ligt niet besloten in de opheffing, maar wel in het behoud van de religieuze diversiteit (EHRM, 16 december 2004, Supreme Holy Council of the Muslim Community tegen Bulgarije, CE:ECHR:2004:1216JUD003902397, § 93).
- 32 Indien het Hof oordeelt dat botsende grondrechten uit het Handvest en het EVRM niet in aanmerking mogen worden genomen bij de evenredigheidstoetsing, rijst vervolgens de vraag of een nationale regeling met constitutionele rang, met name de door artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz beschermde vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, kan worden aangemerkt als een gunstigere bepaling in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78. Op grond van deze bepaling mogen de lidstaten bepalingen vaststellen of handhaven die voor de

bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn dan die van deze richtlijn.

- 33 Zonder adiëring van het Hof is de verwijzende rechter niet bij machte om na te gaan onder welke voorwaarden van een gunstigere bepaling in de zin van de richtlijn moet worden uitgegaan. De vraag rijst of hiermee uitsluitend wordt bedoeld op nationale regelingen die bescherming tegen discriminatie beogen, dan wel of daaronder ook bepalingen vallen die de vrijheden moeten beschermen, zoals de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging op grond van artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz. Deze vraag, waarover in de literatuur veel controverse bestaat, is in de rechtspraak van het Hof – voor zover kan worden nagegaan – tot dusver nog niet beantwoord.
- 34 De verwijzende rechter gaat ervan uit dat ook vrijheden als gunstigere bepalingen in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78 in aanmerking komen, voor zover zij er uiteindelijk toe leiden dat het niveau van wettelijke bescherming tegen discriminatie wordt verhoogd.
- 35 Voor het geval dat het Hof een tegenovergestelde opvatting zou huldigen, zou de door artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz beschermde vrijheid van godsdienst en levensovertuiging echter niet worden aangemerkt als een gunstigere bepaling in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78 en zou zij derhalve in de evenredigheidstoetsing niet kunnen worden meegenomen.

Derde prejudiciële vraag

- 36 De derde prejudiciële vraag betreft de verhouding van het Unierecht tot het nationale constitutionele recht. Indien het Hof de vragen 2 a) en 2 b) aldus beantwoordt dat noch uit het Handvest en het EVRM voortvloeiende rechten, noch nationale regelingen met constitutionele rang kunnen worden meegenomen in de toetsing of sprake is van een ongeoorloofde discriminatie op grond van godsdienst, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht – in casu artikel 16 van het Handvest – zich bijgevolg geheel verzet tegen het meenemen van nationale grondrechten in de toetsing of een instructie van de werkgever rechtsgeldig is.
- 37 De vraag van de niet-toepasselijkheid van nationaal recht rijst telkens wanneer het Unierecht aan particulieren een recht verleent dat zij als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht valt en wanneer een met het Unierecht conforme uitlegging van de nationale bepaling niet mogelijk is (arrest van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punten 75 en 76). Een dergelijk subjectief recht heeft rechtstreekse werking (zie ook, met betrekking tot artikel 31, lid 2, van het Handvest, het arrest van 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punt 67 en punten 69 e.v.). Bestaat er geen subjectief recht met rechtstreekse werking in een privaatrechtelijke rechtsverhouding, dan kan van de lidstaat hooguit een vergoeding voor de geleden schade worden

verkregen wanneer „zuiver” richtlijnrecht – waaraan geen primair recht met rechtstreekse werking ten grondslag ligt – niet correct is omgezet (zie ook de arresten van 7 augustus 2018, *Smith*, C-122/17, EU:C:2018:631, punten 43 e.v., en 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 43).

- 38 Volgens de verwijzende rechter komt in het hoofdeding alleen artikel 16 van het Handvest – en niet richtlijn 2000/78 – in aanmerking als een dergelijk subjectief recht. Voor zover kan worden nagegaan, is de vraag of een particulier zich op artikel 16 van het Handvest kan beroepen in het kader van een geding dat uitsluitend tussen particulieren loopt, tot dusver nog niet beantwoord in de rechtspraak van het Hof. Er bestaat wel rechtspraak over het identiek geformuleerde voorbehoud in artikel 27 van het Handvest, waarin gerefereerd wordt aan het Unierecht en de „nationale wetgevingen en praktijken”. Volgens het Hof volgt hieruit dat dit artikel nader moet worden bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften zodat een niet met de richtlijn overeenstemmende nationale bepaling alleen op grond van dit artikel niet buiten toepassing moet worden gelaten (arrest van 15 januari 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punten 44 e.v.). Zonder prejudiciële verwijzing kan de verwijzende rechter echter niet beoordelen of de gewezen rechtspraak over artikel 27 van het Handvest ook van toepassing is op de door artikel 16 van het Handvest beschermde vrijheid van ondernemerschap.
- 39 Zelf vat de verwijzende rechter het Unierecht aldus op dat artikel 16 van het Handvest en de voorrang van het Unierecht zich niet ertegen verzetten dat nationale regelingen met constitutionele rang worden meegenomen in de toetsing van een instructie als aan de orde in het onderhavige geding. Indien het Hof deze stelling aanvaardt, kan rekening worden gehouden met de door artikel 4, leden 1 en 2, van het Grundgesetz beschermde vrijheid van geloof en levensovertuiging. In dat geval is de bestreden instructie volgens de verwijzende rechter ongeldig, aangezien de vrijheid van ondernemerschap in de uit te voeren afweging minder zwaar weegt dan verzoeksters vrijheid van godsdienst. Het beroep in „Revision” zou derhalve niet slagen. Indien artikel 16 van het Handvest zich echter verzet tegen het in aanmerking nemen van nationale grondrechten, dan moet het beroep in „Revision” daarentegen worden toegewezen. De derde prejudiciële vraag is bijgevolg relevant voor de beslechting van het geding.