

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-804/18 – 1

Zaak C-804/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 december 2018

Verwijzende rechter:

Arbeitsgericht Hamburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 november 2018

Verzoekende partij:

IX

Verwerende partij:

WABE e. V.

Arbeitsgericht Hamburg

Beslissing

[OMISSIS]

In het geschil tussen

[OMISSIS]

mevrouw

IX

[OMISSIS]

– verzoekster –

[OMISSIS]

tegen

Firma
WABE e. V.
[OMISSIS]

– verweerster –

[OMISSIS]

[Or. 2]

besluit het Arbeitsgericht Hamburg (arbeidsrechter te Hamburg), 8. Kammer,
na de terechtzitting op 21 november 2018

[OMISSIS]

I. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden krachtens artikel 267 VWEU de volgende vragen voorgelegd met het verzoek om een prejudiciële beslissing:

1. Vormt een eenzijdige instructie van de werkgever die het dragen van ieder zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen verbiedt, voor werknemers die vanwege religieuze bedekkingsgeboden bepaalde kledingvoorschriften opvolgen, een directe discriminatie op grond van godsdienst in de zin van artikel 2, lid 1, en lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep?

2. Vormt een eenzijdige instructie van de werkgever die het dragen van ieder zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen verbiedt, voor een werkneemster die, omdat zij moslim is, een hoofddoek draagt, een indirecte discriminatie op grond van godsdienst en/of geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, en lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78/EG?

Inzonderheid:

a) Kan volgens richtlijn 2000/78/EG een discriminatie op grond van godsdienst en/of geslacht ook dan worden gerechtvaardigd met de subjectieve wens van de werkgever om een beleid van politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit na te streven, als de werkgever daarmee wil voldoen aan de subjectieve wensen van zijn klanten? **[Or. 3]**

b) Verzetten richtlijn 2000/78/EG en/of het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap in de zin van artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie met het oog op artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG zich tegen een nationale regeling, op grond waarvan voor de bescherming van het grondrecht van de vrijheid van godsdienst een verbod op religieuze kledij niet reeds kan worden gerechtvaardigd met een abstract gevaar van aantasting van de

neutraliteit van de werkgever, maar slechts met een voldoende concreet gevaar, in het bijzonder de concrete dreiging van een economisch nadeel voor de werkgever of een betrokken derde?

II. De procedure wordt geschorst.

[OMISSIS] [handtekeningen]

[Or. 4]

Motivering

In het onderhavige geval is de uitlegging van de artikelen 2 en 4 van richtlijn 78/2000/EG van de Raad van 27 november 2000 alsmede van artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van belang voor de beslissing en zijn de partijen het hierover oneens, waardoor het geschil wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie met het verzoek om een prejudiciële beslissing. Totdat het Hof hierover heeft beslist, wordt de procedure [OMISSIS] geschorst.

A. Voorwerp van het hoofdgeding

Tussen partijen bestaat een geschil over een waarschuwing.

Verweerster exploiteert een groot aantal kinderdagverblijven met meer dan 600 werknemers en ca. 3 500 opgevangen kinderen. Verweerster is niet verbonden aan een bepaalde partij of godsdienst.

Op de website staat met betrekking tot het onderwerp diversiteit en vertrouwen:

„Of het nu gaat om geslacht, herkomst, cultuur, godsdienst of bijzondere behoeften – wij zijn ervan overtuigd dat diversiteit verrijkend werkt. Door open en nieuwsgierig te zijn, leren wij elkaar te begrijpen en verschillen te respecteren. Omdat bij ons alle kinderen en ouders welkom zijn, creëren wij een sfeer waarin geborgenheid, saamhorigheid en vertrouwen kunnen worden ontwikkeld – de basis voor een gezonde individuele ontwikkeling en een vreedzame samenleving met elkaar.”

Verweerster volgt in haar dagelijks werk de „Hamburger Bildungsempfehlung[en] für die Bildung und Erziehung von Kindern in Tageseinrichtungen” (adviezen voor onderwijs en opvoeding van kinderen in dagverblijven van de stad Hamburg), die de Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration (Hamburgs ministerie voor arbeid, sociale aangelegenheden, gezin en integratie) in maart 2012 heeft gepubliceerd.

Deze luidt, voor zover hier relevant:

„Alle kinderdagverblijven hebben de taak principiële ethische vragen alsmede religieuze en andere levensbeschouwingen als onderdeel van de

leefomgeving van kinderen te behandelen en inzichtelijk te maken. Kinderdagverblijven bieden kinderen daarom de ruimte om zich bezig te houden met zinfragen naar vreugde en verdriet, gezondheid en ziekte, gerechtigheid en onrechtvaardigheid, schuld en mislukking, vrede en ruzie alsmede met [Or. 5] de vraag naar god. Zij stimuleren de kinderen om hun gevoelens en overtuigingen met betrekking tot deze vragen te uiten. De mogelijkheid om nieuwsgierig en onderzoekend bezig te zijn met deze vragen leidt ertoe dat de inhoud en tradities van de binnen de groep kinderen vertegenwoordigde religieuze en culturele opvattingen worden besproken. Op deze wijze worden waardering en respect ten opzichte van andere religies, culturen en levensbeschouwingen ontwikkeld. Het bezig zijn met deze vragen ondersteunt het kind in zijn zelfbeeld en bij het beleven van een functionerende maatschappij. Hierbij hoort ook dat de kinderen in de loop van het jaar feesten kunnen meebeleven en actief kunnen vormgeven die bij een bepaalde godsdienst horen. Bij de kennismaking met andere religies komen kinderen in aanraking met verschillende vormen van bezinning, geloof en spiritualiteit.”

Verzoekster onderschrijft deze „Hamburger Bildungsempfehlungen” ten volle.

Verzoekster is opgeleid als begeleider/verzorgster in de gehandicaptenzorg en is sinds 1 juli 2014 werkzaam bij verweerster op basis van een arbeidsovereenkomst van 14 april 2014, laatstelijk met een gemiddeld bruto-inkomen van 2 900 EUR per maand.

In de periode van 15 oktober 2016 tot en met 30 mei 2018 was verzoekster met ouderschapsverlof. Verzoekster is moslima. Sinds begin 2016 draagt zij een hoofddoek. Gedurende het ouderschapsverlof van verzoekster werd in het bedrijf van verweerster op 12 maart 2018 de „Dienstabweisung zur Einhaltung des Neutralitätsgebots” (dienstinstructie voor de inachtneming van het neutraliteitsgebod) vastgesteld [OMISSIS], die eind mei 2018 aan verzoekster bekend werd gemaakt.

Daarin staat, voor zover hier relevant:

[Verweerster]

„is niet verbonden aan een bepaalde godsdienst en is uitdrukkelijk voorstander van diversiteit op het gebied van godsdienst en cultuur. Om een individuele en vrije ontwikkeling van de kinderen ten aanzien van godsdienst, levensbeschouwing en politiek te waarborgen, zijn de medewerkers [van verweerster] verplicht het geldende neutraliteitsgebod ten opzichte van ouders, kinderen en andere derden strikt in acht te nemen. Het door [verweerster] in dat verband gevoerde beleid is gericht op politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit. In dit verband dienen de volgende regelingen als beginselen voor de concrete inachtneming van het neutraliteitsgebod op de werkplek.

- *De medewerkers onthouden zich op de werkplek van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze uitingen tegenover ouders, kinderen en derden. [Or. 6]*
- *De medewerkers dragen bij contact met ouders, kinderen en derden op de werkplek geen zichtbare tekenen van hun politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen.*
- *De medewerkers geven op de werkplek jegens ouders, kinderen en derden geen uitdrukking aan daaruit voortvloeiende gebruiken.*
- *[...]*

Verzoekster heeft op 31 maart 2018 kennis genomen van deze instructie.

In het „Informationsblatt zum Neutralitätsgebot” (informatieblad inzake het neutraliteitsgebot) staat met betrekking tot de vraag of een christelijk kruis, een islamitische hoofddoek of een Joodse kippa (keppel) mag worden gedragen:

„Nee; omdat de kinderen ten aanzien van een godsdienst niet mogen worden beïnvloed door de pedagogisch medewerkers, is dit niet toegestaan. De bewuste keuze voor door een godsdienst of levensbeschouwing bepaalde kleding is in strijd met het neutraliteitsgebot.”

Op de dag van hervatting van het werk na het ouderschapsverlof, 1 juni 2018, werd verzoekster gevraagd haar hoofddoek dat het haar volledig bedekte, af te nemen. Verzoekster weigerde dit. Hierop werd zij door de directrice van het kinderdagverblijf vooralsnog vrijgesteld van de werkverplichting.

Op 4 juni 2018 verscheen verzoekster wederom met hoofddoek op het werk. Zij ontving naar aanleiding daarvan een waarschuwing van dezelfde datum [OMISSIS], waarbij zij een waarschuwing kreeg voor het dragen van de hoofddoek op 1 juni 2018 en met verwijzing naar het neutraliteitsgebot werd gevraagd haar werkzaamheden in de toekomst zonder hoofddoek te verrichten. Aangezien verzoekster ook op 4 juni weigerde haar hoofddoek af te nemen, werd zij opnieuw naar huis gestuurd en vooralsnog van het werk vrijgesteld. Zij ontving een verdere waarschuwing gedateerd op dezelfde dag [OMISSIS].

Verweerster heeft daarna ook in het geval van een werkneemster die een kruis aan een halsketting droeg, ervoor gezorgd dat deze haar ketting afnam. Voor de werknemers van verweerster in de bedrijfscentrale gelden de voorschriften van het neutraliteitsgebot – tenzij zij pedagogisch advies verstrekken – niet, omdat zij geen contact hebben met klanten. [Or. 7]

Verzoekster is van mening dat het verbod – ondanks het algemene verbod op zichtbare tekens van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging – doelt op het dragen van het islamitische hoofddoek. Het hoofddoekverbod raakt bovendien uitsluitend vrouwen en dient daarom ook te worden getoetst vanuit het

gezichtspunt van discriminatie op grond van geslacht, aldus verzoekster. Bovendien raakt een hoofddoekverbod onevenredig vaak vrouwen met een migratieachtergrond waardoor een discriminatie op grond van etnische herkomst aan de orde zou kunnen zijn. Een verbod op het dragen van de hoofddoek gedurende werktijden in een kinderdagverblijf vormt volgens het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof van Duitsland) een zware inmenging in het grondrecht van vrijheid van geloof en overtuiging van de betrokkenen. Zelfs bij de overheid kunnen dergelijke verboden slechts worden gebaseerd op een aangetoond, concreet gevaar. Volgens de Duitse grondwet is een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van religieuze, levensbeschouwelijke, politieke symbolen / kledij niet toegestaan.

Hoe de ontwikkeling van de kinderen in het kinderdagverblijf met betrekking tot waardering en respect volgens de „Hamburger Bildungsempfehlungen” moet verlopen, als verweerster de opvoedende personen in hun vrijheid van godsdienst beperkt, is volgens verzoekster onduidelijk.

Ook de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Achbita (arrest van 14 maart 2017, [C-]157/15, ECLI:EU:C:2017:203) verzet zich niet tegen haar recht op intrekking van de waarschuwing. Met de juiste uitlegging door het Hof worden volgens verzoekster slechts Unierechtelijke minimumnormen vastgesteld. De in Duitsland door de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht inzake artikel 4, lid 1, GG (Duitse grondwet) en door § 8 AGG (Duitse wet op gelijke behandeling) gerealiseerde bescherming tegen discriminatie mag niet worden afgezwakt. Overeenkomstig § 8 AGG is een verschil in behandeling op grond van godsdienst uitsluitend toegestaan, als deze voor de aard van de beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is, voor zover het doel legitiem en het vereiste passend is.

Verzoekster verzoekt verweerster te veroordelen

de waarschuwing van 4 juni 2018 (dragen van hoofddoek 1 juni 2018) alsmede de correspondentie hierover uit het persoonsdossier van verzoekster te verwijderen en te vernietigen,

de waarschuwing van 4 juni 2018 (dragen van hoofddoek 4 juni 2018) alsmede de correspondentie hierover uit het persoonsdossier van verzoekster te verwijderen en te vernietigen. [Or. 8]

Verweerster verzoekt

het beroep te verwerpen.

Verweerster is van mening dat de waarschuwingen terecht zijn afgegeven. De toepasselijke instructie met betrekking tot het neutraliteitsgebod die door verzoekster is geschonden, is op grond van § 106, eerste zin, GewO (Duitse wet tot regeling van ambacht, handel en industrie) juncto §§ 7, leden 1, 2 en 3, AGG rechtmatig. Deze nationale wettelijke bepalingen dienen te worden uitgelegd

conform het Unierecht. Volgens het Achbita-arrest van het Hof kan een particuliere werkgever een neutraliteitsbeleid nastreven, zolang hij dit coherent en systematisch doet en beperkt tot die werknemers die contact hebben met klanten. Er is geen sprake van een indirecte discriminatie, wanneer de betreffende bepaling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. De wil van de werkgever om in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijkt te geven, is door het Hof in beginsel aangemerkt als legitiem. Het vastgestelde neutraliteitsgebod is ook passend en noodzakelijk, omdat het alleen die werknemers betreft, die in direct contact staan met ouders en kinderen, aldus verweerster.

Een overplaatsing van verzoekster naar een afdeling zonder klantencontact is voor verweerster niet mogelijk, omdat verzoekster in dienst is als begeleidster/verzorgster, waardoor werkzaamheden zonder contact met kinderen en ouders niet tot de taken en verantwoordelijkheden horen waartoe verzoekster is opgeleid en gekwalificeerd.

Het onderhavige geval is volgens verweerster vergelijkbaar met de zaak Achbita, aangezien de ouders bijzondere waarde hechten aan de politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit van het kinderdagverblijf. Ouders zouden hun kinderen zonder het neutraliteitsgebod van het kinderdagverblijf van verweerster af halen en broertjes of zusjes van deze kinderen niet meer toevertrouwen aan verweerster. De inschrijvingen zouden minder worden. De weging door het Hof van de grondrechten volgens het Handvest in het geval van een door een werkgever vastgesteld neutraliteitsgebod is definitief. Aangezien § 3, lid 2, AGG dient ter uitvoering van het Unierecht, is een andere weging van de vrijheid van godsdienst – zoals die van het Bundesverfassungsgericht overeenkomstig artikel 4, lid 1, GG – door Duitse rechterlijke instanties niet mogelijk zonder dat inbreuk wordt gemaakt op de voorrang van het Unierecht en het beginsel van de uitlegging conform het Unierecht, aldus verweerster. **[Or. 9]**

Voor het geval dat de rechter tegen de verwachting in met de Duitse rechtspraak vereist dat er sprake is van een concreet gevaar respectievelijk concrete economische nadelen opdat de vrijheid van godsdienst kan worden beperkt, is dit naar de opvatting van verweerster hier ook daadwerkelijk aan de orde. Uit de uitingen van verzoekster op haar eigen Facebook-profiel waar zij verschillende video's over dit onderwerp heeft gedeeld, kan volgens verweerster worden afgeleid dat zij derden gericht en bewust wil beïnvloeden. Het dragen van de hoofddoek als religieus teken in samenhang met de uitingen op Facebook heeft bijgevolg een doelbewuste, beïnvloedende werking. De doelbewuste, beïnvloedende werking moet vooral worden beoordeeld met het oog op de bijzondere situatie van de kinderen in het kinderdagverblijf die vanwege hun leeftijd zeer ontvankelijk zijn voor invloeden van welke aard dan ook en zich in een fase van hun leven bevinden waarin de persoonlijkheid aanzienlijk wordt gevormd. Deze overwegingen leiden ertoe dat concrete verstoringen van het bedrijf of economische nadelen moeten worden gevreesd. Verweerster moet er

rekening mee houden dat verzoekster de aan haar toevertrouwde kinderen op een bepaalde wijze beïnvloedt doordat zij het dragen van een hoofddoek als iets positiefs brengt en het gedachtegoed van Pierre Vogel deelt, een op haar Facebook-profiel genoemde prediker die meermaals onderwerp is geweest van een onderzoek van het Bundesamt für Verfassungsschutz (Duitse dienst voor de bescherming van de grondwet).

B. Nationaal rechtskader

1. Duitse grondwet

Artikel 4, lid 1, van de grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland (GG) luidt:

„De vrijheid van geloof en geweten en de vrijheid om religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen te belijden, zijn onschendbaar.”

Artikel 6, lid 2, GG luidt:

„De verzorging en opvoeding van de kinderen zijn het natuurlijke recht van de ouders en de bovenal op hen rustende verplichting. De gemeenschap waakt over de uitoefening daarvan.”

Artikel 7 GG luidt:

„Lid 1: Het gehele schoolwezen staat onder toezicht van de staat.

[Or. 10]

Lid 2: De personen die het ouderlijk gezag of de voogdij over kinderen hebben, zijn bevoegd te beslissen of kinderen deelnemen aan het godsdienstonderwijs.

Lid 3: Het godsdienstonderwijs behoort op openbare scholen met uitzondering van de niet-confessionele scholen tot een van de reguliere vakken. Onverminderd het toezichtrecht van de staat wordt het godsdienstonderwijs in overeenstemming met de beginselen van de religieuze gemeenschappen gegeven. Geen leraar mag tegen zijn wil in worden verplicht om godsdienstonderwijs te geven.”

Het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vordert voor een inmenging in het grondrecht voortvloeiende uit artikel 4, lid 1, GG (vrijheid van godsdienst) – in de vorm van directe ofwel van indirecte discriminatie – volgens zijn vaste rechtspraak dat de beperking voortvloeit uit de grondwet, aangezien artikel 4, lid 1, GG – in tegenstelling tot andere grondrechten van de Duitse grondwet – geen wettelijk voorbehoud bevat. Dergelijke aan de Duitse grondwet inherente beperkingen zijn onder meer de grondrechten van derden alsmede gemeenschappelijke waarden die constitutionele rang hebben [OMISSIS].

Concreet komen hier het opvoedingsrecht van ouders (artikel 6, lid 2, GG) en de negatieve vrijheid van geloof van de scholieren (artikel 4, lid 1, GG) in aanmerking. Het door de staat nagestreefde neutraliteitsgebod kan zich met betrekking tot kinderdagverblijven niet beroepen op een dergelijke gemeenschappelijke waarde met constitutionele rang, aangezien de opvoedkundige taak van de staat (artikel 7, lid 1, GG) uitsluitend betrekking heeft op scholen.

Met betrekking tot een verbod op religieuze uitingen van opvoedsters en kinderdagverblijven heeft het BVerfG vastgesteld dat van een naar buiten gerichte religieuze uiting een voldoende concreet gevaar of concrete verstoring van de orde in het kinderdagverblijf of van de neutraliteit van de publieke exploitant van een instelling uit moet gaan [OMISSIS]. Een algemeen neutraliteitsgebod zonder dat enig verband bestaat met de te verrichten werkzaamheden, is evenwel niet geschikt om een inmenging in artikel 4, lid 1, GG te rechtvaardigen.

Overeenkomstig § 31 van de Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (wet op de hoogste Duitse constitutionele rechter; hierna: BVerfGG) zijn de arresten van het BVerfG bindend voor de constitutionele organen van de Bond en de deelstaten alsmede voor alle rechterlijke instanties en overheden. De verwijzende rechter is derhalve gebonden aan deze uitlegging door het BVerfG van de aan de vrijheid van godsdienst overeenkomstig artikel 4, lid 1, GG gestelde grenzen. **[Or. 11]**

2. Gewone wetgeving

a) Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Richtlijn 2000/78/EG werd omgezet door de AGG. Deze wet regelt voor zover hier relevant:

§ 1 Doel van de wet

„Deze wet heeft tot doel elke benadeling op grond van ras, etnische herkomst, geslacht, godsdienst dan wel overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te voorkomen of op te heffen.”

§ 2 Toepassingsgebied

„Lid 1: Discriminatie op basis van een van de in § 1 genoemde gronden is krachtens de onderhavige wet verboden met betrekking tot:

- 1. de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen,*

2. *de voorwaarden voor arbeid en beroep, met inbegrip van de beloning en de ontslagvoorwaarden, met name in individuele arbeidsovereenkomsten en in collectieve arbeidsovereenkomsten, en de maatregelen die worden genomen bij de uitvoering en de beëindiging van de arbeidsverhouding en bij bevordering,*

(...)”

§ 3 Definities

„Lid 1: Er is sprake van een directe discriminatie, wanneer iemand op een van de in § 1 genoemde gronden minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Met betrekking tot § 2, lid 1, punten 1 tot en met 4, is er ook sprake van een directe discriminatie op grond van geslacht als een vrouw wegens zwangerschap of zwangerschapsverlof minder gunstig wordt behandeld. [Or. 12]

Lid 2: Er is sprake van een indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen op een van de in § 1 genoemde gronden in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij 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.”

§ 7 Discriminatieverbod

„Lid 1: Werknemers mogen op geen van de in § 1 genoemde gronden worden gediscrimineerd; dit verbod geldt ook wanneer de discriminerende persoon bij die discriminatie enkel veronderstelt dat sprake is van een van de in § 1 genoemde gronden.

Lid 2: Bepalingen in overeenkomsten die het discriminatieverbod in de zin van lid 1 schenden, zijn nietig.

Lid 3: Een discriminatie zoals bedoeld in lid 1 door werkgevers of werknemers vormt een schending van contractuele verplichtingen.”

§ 8 Toelating van een verschil in behandeling op grond van beroepsvereisten

„Lid 1: Een verschil in behandeling op basis van een van de in § 1 genoemde gronden is toegestaan, indien een dergelijke grond, vanwege de aard van een beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is.”

§ 15 Schadeloosstelling en schadevergoeding

„Lid 1: In geval van schending van het discriminatieverbod moet de werkgever de daardoor veroorzaakte schade vergoeden. Dit geldt niet indien de werkgever niet aansprakelijk is voor de schending van het verbod.

Lid 2: Wanneer de schade geen vermogensschade is, kan het personeelslid een passende financiële schadeloosstelling vorderen. Ingeval de werknemer niet in dienst wordt genomen, mag de schadeloosstelling niet meer bedragen dan drie maanden salaris indien de werknemer ook bij een niet door benadeling gekenmerkte selectieprocedure niet zou zijn aangesteld. [Or. 13]

Lid 3: Indien een collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is, heeft de werkgever alleen een verplichting tot schadeloosstelling wanneer hij opzettelijk of met grove nalatigheid heeft gehandeld.”

b) Gewerbeordnung

§ 106 Instructiebevoegdheid van de werkgever

„De werkgever kan de inhoud, plaats en tijd van de te verrichten werkzaamheden in redelijkheid naar eigen inzicht nader bepalen, voor zover deze arbeidsvoorwaarden niet zijn vastgelegd in de arbeidsovereenkomst, in bepalingen van een bedrijfsakkoord, een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst of in wettelijke bepalingen. Dit geldt ook ten aanzien van de orde en het gedrag van de werknemers binnen het bedrijf. Bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid dient de werkgever ook rekening te houden met de beperkingen van de werknemer.”

C. Unierecht

De prejudiciële vragen betreffen de uitlegging van artikel 2 en artikel 4 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep juncto artikel 16 van het Handvest van de grondrechten.

D. Relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslissing in het hoofdgeding

Eerste prejudiciële vraag:

Vormt een eenzijdige instructie van de werkgever die het dragen van ieder zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen verbiedt, voor werknemers die vanwege religieuze bedekkingsgeboden bepaalde kledingvoorschriften opvolgen, een directe discriminatie op grond van godsdienst in de zin van artikel 2, lid 1, en lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep? [Or. 14]

(1) Het Hof heeft in het [arrest] van 14 maart 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203) vastgesteld dat een interne regel als in het hoofdgeding geen verschil in behandeling creëert dat rechtstreeks gebaseerd is op godsdienst of overtuiging, in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG, omdat de regel op alle werknemers op dezelfde wijze is toegepast. De verwijzende rechter is echter van mening dat steeds sprake is van een directe discriminatie, als een regel rechtstreeks refereert aan een bepaald, door artikel 1 van richtlijn 2000/78/EG beschermd kenmerk. Zo staat in artikel 2, lid 2, van richtlijn 2000/78/EG:

„directe discriminatie’, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden”.

Ook volgens de definitie van § 3, lid 1, AGG zou er in casu sprake zijn van directe discriminatie, omdat de nadelige behandeling verband houdt met het kenmerk godsdienst.

(2) Er is daarentegen sprake van een indirecte discriminatie, als een ogenschijnlijk neutraal kenmerk (bijvoorbeeld deeltijdaanstelling) empirisch gezien meer personen van een bepaalde groep (in het voorbeeld: vrouwen) betreft. Dit is in casu niet het geval: de regeling sluit juist expliciet aan bij het kenmerk godsdienst door religieuze kenmerken te verbieden.

Verzoekster in het hoofdgeding was anders behandeld (had geen waarschuwing gekregen), als zij niet gelovig was geweest en haar geloof niet tot uitdrukking had gebracht. Zij was ook anders behandeld, als zij weliswaar een hoofddoek had gedragen, echter niet om religieuze, maar om modieuze redenen. Het algemene neutraliteitsgebod van de werkgever verbindt expliciet een negatief gevolg (verbod op het dragen van religieuze kenmerken) aan een in artikel 1 van richtlijn 200/78/EG genoemd kenmerk (godsdienst). In de literatuur zijn daarom overtuigende betogen te vinden waarin ervoor wordt gepleit regelingen zoals de onderhavige – in strijd met de vaststellingen van het Hof in de zaak Achbita – aan te merken als een directe discriminatie op grond van een religieuze uiting [OMISSIS] [Or. 15] [OMISSIS].

(3) Het verschil tussen indirecte en directe discriminatie kan naar de opvatting van de verwijzende rechter niet worden bepaald doordat ook andere personen met andere (beschermd of niet beschermd) kenmerken vergelijkbaar slecht worden behandeld, maar uitsluitend op grond van de vraag of een minder gunstige behandeling expliciet refereert aan een beschermd kenmerk of niet [OMISSIS]. Op grond daarvan zou voor de directe discriminatie overeenkomstig artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG de individuele beoordeling doorslaggevend zijn of de concrete betrokkene door de behandeling op grond van haar herkenbare godsdienst een nadeel ondervindt doordat rechtstreeks wordt gerefereerd aan het beschermde kenmerk godsdienst. De directe discriminatie op grond van godsdienst wordt geen indirecte discriminatie doordat het verbod op

bepaalde gedragingen ook voor niet-gelovige werknemers geldt. Of uitsluitend leden van een bepaalde categorie worden benadeeld, is voor de vraag of sprake is van een directe discriminatie, juist niet van belang [OMISSIS], omdat fundamentele vrijheden gelden voor individuen en niet voor groepen. Ook de bewoordingen van de richtlijn zelf bevatten geen aanknopingspunten voor een dergelijke afbakening [OMISSIS]. Directer dan door het noemen van een beschermd kenmerk in de verbodsregeling zelf kan helemaal niet worden gerefereerd aan de godsdienst.

Met andere woorden: een directe discriminatie kan niet worden omgevormd tot een indirecte discriminatie door een andere groep werknemers ook iets te verbieden. Dit zou ertoe leiden dat een algemene vijandigheid tegen alle godsdiensten als neutraliteit wordt opgevat en niet als directe discriminatie.
[Or. 16]

(4) Doordat de minder gunstige behandeling van verzoekster (hier: afgeven van een waarschuwing) verband houdt met het kenmerk godsdienst, is de verwijzende rechter van mening dat in het onderhavige geval sprake is van een directe discriminatie. Omdat een directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, [onder a),] van richtlijn 2000/78/EG overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de richtlijn alleen dan geen discriminatie is, als het betreffende kenmerk op grond van de aard van bepaalde beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is, voor zover het doel legitiem en het vereiste passend is, zou het beroep moeten worden toegewezen. Uit de werkzaamheden van verzoekster als opvoedster in een kinderdagverblijf vloeit immers geen bepalend beroepsvereiste voort om bij het werk geen hoofddoek te dragen. Uit de „Hamburger Bildungsempfehlungen” blijkt integendeel de uitdrukkelijke wens om kinderen kennis te laten maken met culturele en religieuze diversiteit in hun sociale omgeving.

Verweerster in het hoofdgeding voert expliciet aan dat haar gedragingen vallen onder richtlijn 2000/78/EG. De verwijzende rechter is derhalve van mening dat hij het beroep niet kan toewijzen vanwege de – evenwel voor verschillende interpretatie vatbare – overwegingen in het arrest van het Hof van 14 maart 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203).

Mocht het Hof de eerste vraag ontkennend beantwoorden, is voor de beslechting van het geschil de tweede prejudiciële vraag van belang:

Vormt een eenzijdige instructie van de werkgever die het dragen van ieder zichtbaar teken van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuigingen verbiedt, voor een werkneemster die, omdat zij moslim is, een hoofddoek draagt, een indirecte discriminatie op grond van godsdienst en/of geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, en lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78/EG?

Inzonderheid:

a) Kan volgens richtlijn 2000/78/EG een [indirecte] discriminatie op grond van godsdienst en/of geslacht ook dan worden gerechtvaardigd met de subjectieve wens van de werkgever om een beleid van politieke, levensbeschouwelijke en religieuze neutraliteit na te streven, als de werkgever daarmee wil voldoen aan de subjectieve wensen van zijn klanten?

b) Verzetten richtlijn 2000/78/EG en/of het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap in de zin van artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie met het oog op artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG zich tegen een nationale regeling [Or. 17], op grond waarvan voor de bescherming van het grondrecht van de vrijheid van godsdienst een verbod op religieuze kledij niet reeds kan worden gerechtvaardigd met een abstract gevaar van aantasting van de neutraliteit van de werkgever, maar slechts met een voldoende concreet gevaar, in het bijzonder de concrete dreiging van een economisch nadeel voor de werkgever of een betrokken derde?

(1) Het verbod op het tonen van religieuze tekens heeft effectief gezien meer gevolgen voor sommige godsdiensten dan voor andere en verschillende gevolgen voor mannen en vrouwen: gelovige Joodse vrouwen dragen een pruik die als zodanig meestal niet herkenbaar is. Voor hen is het opvolgen van het religieuze bedekkingsgebod dus toegestaan. Moslimvrouwen daarentegen wordt het opvolgen van dit gebod – net zoals bij Joodse mannen – verboden, omdat hun religieuze kenmerk – het dragen van een hoofddoek resp. kippa – zichtbaar is. Christenen kunnen het dragen van het kruis om hun nek onder een kledingstuk verbergen. Het opvolgen van dit religieuze gebod is voor hen dus ook mogelijk, als er een neutraliteitsregel geldt. Statistisch gezien raakt de regeling van verweester bijna uitsluitend moslimvrouwen, aangezien de overgrote meerderheid van de opvoedsters in kinderdagverblijven vrouw is en het aandeel gelovige Joden onder de mannelijke opvoeders in kinderdagverblijven uiterst gering is.

In het arrest van 14 maart 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203) heeft het Hof de vraag of in het bedrijfsinterne neutraliteitsgebod een indirecte discriminatie op grond van godsdienst schuilt, niet beantwoord.

Verder heeft het Hof niet besproken of in een bedrijfsintern neutraliteitsgebod een indirecte discriminatie van vrouwen kan worden gezien, omdat dit verbod in de meeste gevallen (moslim-) vrouwen raakt.

(2) Overeenkomstig artikel 2, lid 2, [onder b), punt i),] is er geen sprake van een indirecte discriminatie, wanneer deze bepalingen, maatstaven of handelwijzen objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doelen en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Het Hof heeft in het arrest van 14 maart 2017 uiteengezet:

„De wens van een werkgever om ten aanzien van de klanten van neutraliteit blijf te geven, houdt immers verband met de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap, en is, in beginsel, legitiem, met name wanneer de werkgever bij **[Or. 18]** het nastreven van die doelstelling alleen de werknemers betreft die worden verondersteld in contact te treden met de klanten van de werkgever.”

Het Bundesverfassungsgericht vordert daarentegen voor een inmenging in het grondrecht zoals bedoeld in artikel 4, lid 1, GG (vrijheid van godsdienst) naast het bestaan van een legitiem doel, dat van de naar buiten gerichte religieuze uiting een voldoende concreet gevaar uit moet gaan voor te beschermen waarden met constitutionele rang [OMISSIS]. Het Landesarbeitsgericht Nürnberg [OMISSIS] vat de rechtspraak van het Hof in de arresten Achbita en Bougnaoui (arrest van 14 maart 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204) net zoals het Bundesverfassungsgericht aldus op dat de wens van de werkgever om ten aanzien van klanten blijf te geven van neutraliteit, in beginsel alleen legitiem is als het ontbreken van deze neutraliteit zou leiden tot economische nadelen. De verwijzende rechter kan – evenals verweerster in het hoofdgeding – deze beperking niet terugvinden in de overwegingen van het arrest van het Hof van 14 maart 2017 (Achbita).

De verwijzende rechter is echter samen met het Bundesverfassungsgericht en het LAG Nürnberg van mening dat ten aanzien van het belang van het grondrecht op vrijheid van godsdienst en ten aanzien van het evenredigheidsgebod in artikel 52, lid 1, van het Handvest het grondrecht van de werkgever voortvloeiende uit artikel 16 van het Handvest niet reeds dan voorrang mag krijgen boven de vrijheid van godsdienst, als de werkgever de wens formuleert ten aanzien van klanten neutraal te willen zijn zonder dat voor hem als gevolg van de ontbrekende neutraliteit een nadeel zou ontstaan.

De verwijzende rechter acht zich in deze uitlegging gesterkt door het arrest van het Hof in de zaak Bougnaoui (arrest van 14 maart 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204), waarin het Hof de wil van een werkgever om rekening te houden met de wensen van een klant om diensten van de werkgever niet langer te laten verrichten door een werkneemster die een islamitische hoofddoek draagt, niet erkent als een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste in de zin van deze bepaling. Waarom het dan wel geoorloofd zou zijn om dezelfde werkneemster te verbieden een hoofddoek te dragen, als de werkgever deze wens van de klant overneemt en onder het mom van algemeen geldende bedrijfsfilosofie (neutraliteit) het dragen van een hoofddoek verbiedt – aldus begrijpt de verwijzende rechter het Hof in de zaak Achbita –, is voor de verwijzende rechter niet inzichtelijk. **[Or. 19]**

(3) In richtlijn 2000/78/EG worden overeenkomstig overweging 28 / artikel 8 van de richtlijn uitsluitend minimumeisen vastgesteld. Het staat de lidstaten dus vrij om gunstigere bepalingen in te voeren of te behouden. De omzetting van de richtlijn mag geen afzwakking van het in de lidstaten reeds bestaande

beschermingsniveau rechtvaardigen. Om die reden wordt in de Duitse rechtswetenschappelijke literatuur ook wel de mening verkondigd dat de in Duitsland middels artikel 4, leden 1 en 2, GG gewaarborgde ruimere bescherming op grond waarvan voor het verbod op het tonen van religieuze tekens op de werkplek het bewijs wordt geëist dat hierdoor in een concreet geval nadelen voor het bedrijf ontstaan, niet wordt aangetast door de arresten Achbita en Bougnaoui [OMISSIS].

De verwijzende rechter acht zich echter niet in staat het beroep toe te wijzen vanwege de uitlegging van artikel 16 van het Handvest door het Hof waarbij het Hof de wens van de werkgever naar religieuze neutraliteit van zijn werknemers op zichzelf heeft aangemerkt als voldoende objectieve rechtvaardiging van een indirecte discriminatie (voor zover deze passend en noodzakelijk is). Verweerderster in het hoofdgeding beroept zich expliciet op haar recht voortvloeiende uit artikel 16 van het Handvest zoals uitgelegd door het Hof in het Achbita-arrest, waardoor deze vraag relevant is voor de beslissing in het hoofdgeding. Naar de opvatting van de verwijzende rechter heeft de werkgever niet voldoende gemotiveerd aangetoond dat er economische nadelen of een concreet gevaar voor de belangen van derden ontstaan die een verwerping van het beroep ook op grond van de vereisten van artikel 4 GG kunnen rechtvaardigen.

[OMISSIS] [uiteenzetting met betrekking tot het nationale procesrecht]

[OMISSIS] [handtekening]