

ANNOTATIE

Religie op de werkvloer: pluralisme boven zakelijkheid

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

1. Inleiding

In deze spraakmakende uitspraak heeft het Hof vier zaken samengevoegd over religie op de werkvloer. Het betrof in alle gevallen christelijke werknemers. Nadia Eweida werkte als stewardess bij British Airways (hierna: BA), en kreeg een conflict over het dragen van een ketting met een kruisje over haar uniform. Ook Shirley Chaplin, werkzaam als verpleegster op de geriatrische afdeling van een staatsziekenhuis, wilde een kruisje dragen over haar uniform. Lillian Ladele werkte als ambtenaar van de burgerlijke stand en weigerde partnerschappen tussen homoseksuele koppels ceremonieel te registreren. Gary Macfarlane ten slotte werkte als seks- en relatietherapeut bij een particulier relatieadviesbureau, en had moeite met het geven van sekstherapie aan homoseksuele koppels.

Het Hof toetst de vier zaken aan artikel 9 EVRM, welk artikel bepaalt:

- 1. Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.*
- 2. De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

Het Hof opent zijn overwegingen met de constatering dat de vrijheid van gedachte, geweten en religie een van de fundamenteën van een democratische samenleving is. Vrijheid van religie is niet alleen van belang voor gelovigen, maar ook voor atheïsten of zelfs onverschilligen. Pluralisme, onlosmakelijk verbonden met de democratische samenleving, is afhankelijk van deze vrijheid. Het Hof herhaalt vervolgens de vaststelling uit eerdere rechtspraak dat vrijheid van religie een individueel recht is, waarvan de manifestatie onder andere kan bestaan uit het bezoeken van erediensten, maar ook uit de getuigenis van het geloof in het maatschappelijk

verkeer. Om te kunnen worden aangemerkt als een religie, moet een visie een zekere overtuigingskracht, ernst, samenhang en gewicht hebben, maar als die drempel eenmaal gehaald is, moet de staat zich onthouden van het onderzoeken van de legitimiteit van het geloof en de litigieuze manifestaties daarvan, tenzij die manifestaties onvoldoende verband houden met het geloof. Het Hof benadrukt in het bijzonder dat het niet noodzakelijk is dat de klager bewijst dat een zekere religieuze uiting verplicht is volgens het door hem aangehangen geloof.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (tot 1998 belast met het vooronderzoek van de verzoekschriften die bij het Hof werden ingediend, hierna ook ECRM) heeft in eerdere zaken over de religieuze uitingsvrijheid van werknemers overwogen dat er geen sprake was van inbreuk op de religieuze uitingsvrijheid als de werknemer de mogelijkheid had om ontslag te nemen en ergens anders een baan te aanvaarden (*Konttinen/Finland*, uitspraak van de Commissie d.d. 3 december 1996, Decisions and Reports 87-A, p. 68; *Stedman/Verenigd Koninkrijk*, uitspraak van de Commissie d.d. 9 april 1997). Het Hof zelf heeft deze benadering niet gehanteerd in zaken waar het ging om andere grondrechten in de arbeidsrelatie zoals artikel 8 (privacy), artikel 10 (meningsuiting) en artikel 11 (verenigingsvrijheid) (zie bijvoorbeeld EHRM 17 september 1999, 1999-VI nr. 33985/96 en 33986/96, *Smith en Grady/Verenigd Koninkrijk*, par. 71; 26 september 1995, Series A no. 323, *Vogt/Duitsland*, par. 44; EHRM 13 augustus 1981, Series A no. 44, *Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk*, par. 54-55). Het Hof overweegt thans dat gelet op het belang van de vrijheid van religie in een democratische samenleving, die benadering de voorkeur verdient volgens welke het enkele feit dat een werknemer ontslag kan nemen, niet reeds voldoende is om een inbreuk afwezig te achten. In plaats daarvan zal het Hof de mogelijkheid om ontslag te nemen meewegen bij de vraag of de beperking proportioneel was (par. 83).

Het Hof roept in herinnering dat de verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) hebben bij het maken van die afweging. De taak van het Hof is om te beslissen of de maatregelen die op nationaal niveau genomen zijn, in principe gerechtvaardigd zijn en evenredig. Het Hof stelt vast dat in het geval van Eweida en Macfarlane geklaagd werd over de handelingen van particuliere ondernemingen, die niet rechtstreeks toegerekend kunnen worden aan de verdragsstaat. In dat geval moet het Hof het geval onderzoeken in termen van de positieve verplichting van de bevoegde instanties in de staat om de rechten zoals vervat in artikel 9 van het verdrag te waarborgen (zie ook EHRM 12 september 2011, [GK], nr. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06, *Palomo Sánchez e.a./Spanje*, par. 58-61; EHRM 25 november 1994, Series A no. 295, *Otto-Preminger-Institut/Oostenrijk*, par. 47).

Na deze algemene inleiding gaat het Hof over tot het behandelen van de vier zaken. In de algemene overwegingen schemert al door dat het Hof bereid was om de door de betreffende werknemers gewenste uitingsvrijheid aan te merken als vallende binnen de vrijheid van religie, ook al waren de betreffende uitingen niet door hun geloof verplicht gesteld en werd ze evenmin door een substantieel deel van de geloofsgenoten gevolgd. Alle vier de gevallen vallen inderdaad binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM.

2. Verbod religieuze sieraden

De zaak van Eweida was, net als de andere zaken, in de nationale instanties gebaseerd op schending van het verbod van discriminatie op grond van religie. In dat kader had de nationale rechter het doel van het verbod om zichtbaar een kruisje aan een ketting te dragen, en de proportionaliteit ervan onderzocht. De hoogste rechter had bevonden dat het doel (het bewaken van het imago van het bedrijf door een kledingcode) legitiem was en het middel evenredig. Het Hof komt bij het uitvoeren van dezelfde evenredigheidstoets echter tot een ander oordeel. Voor het oordeel over de belangen van Eweida weegt het Hof mee dat aan Eweida een alternatieve functie was aangeboden zonder contact met het publiek, waar zij het kruisje wel kon dragen, maar zij had dit geweigerd, was thuisgebleven en vorderde doorbetaling van loon. BA was bovendien zorgvuldig met haar klacht omgegaan onder andere door een werknemersconsultatie te organiseren, hetgeen had geresulteerd in het bijstellen van de kledingcode en het herstel van Eweida in haar oude functie. De zorgvuldige behandeling maakte dat de inbreuk op haar vrijheid van religie werd verzacht. Toch oordeelde het Hof dat de nationale rechter te veel gewicht had gehecht aan het bedrijfsimago van BA ten opzicht van de wens van mevrouw Eweida uiting te geven aan haar religie, zeker nu het bewuste sieraad discreet was en geen afbreuk deed aan haar zakelijke uitstraling. Daarbij wees het Hof ook op het feit dat er geen bewijs was dat andere, wel door BA toegestane uitingen van religie zoals een Sikh-tulband en een hoofddoek, een negatief effect hadden op het imago van dat bedrijf. Bovendien was het zichtbaar dragen van kruisjes sinds 2007 wel toegestaan, hetgeen aantoonde dat het eerdere verbod niet van cruciaal belang was. Er was dus voor deze inbreuk onvoldoende rechtvaardiging te vinden in de bescherming van de belangen van anderen.

In het geval van Chaplin komt het Hof echter tot een ander oordeel. Hier ging het om een afweging tussen het belang van de bescherming van gezondheid en veiligheid van patiënten in een ziekenhuis aan de ene kant, en het belang van het uiten van religie aan de andere kant. Het ziekenhuis was bang dat verwarde patiënten het bungelende kruisje zouden willen pakken of dat het kruisje in contact zou komen met een open wond. Andere religieuze uitingen zoals een Sikh-dolkje en ruimvallende hoofddoeken waren ook verboden op soortgelijke gronden. Het Hof was van mening dat, hoewel ook hier veel gewicht moest toekomen aan de wens openlijk een kruisje te dragen, in dit geval een ruime beoordelingsvrijheid aan de nationale instanties moest worden gelaten, en dat de ziekenhuismanagers beter in staat waren om beslissingen inzake medische veiligheid te nemen dan een internationaal hof.

3. Religieuze bezwaren tegen werken met homoseksuelen

In de derde zaak onderzocht het Hof de legitimiteit van het doel van de lagere overheid om alle ambtenaren van de burgerlijke stand, waaronder klaagster Ladele, te verplichten om koppels van hetzelfde geslacht te registreren als partner. De lokale overheid had daartoe aangedragen dat het niet alleen ging om praktische bezwaren tegen haar weigering, maar ook de wens om als overheid en werkgever een gelijkebehandelingsbeleid uit te dragen. Het EHRM zelf heeft in diverse uitspraken benadrukt dat discriminatie op grond van seksuele

geaardheid alleen gerechtvaardigd kan worden met bijzonder gewichtige redenen (zie bijvoorbeeld EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98, 2003-IX, *Karner/Oostenrijk*, par. 37; *Smith en Grady*, eerder aangehaald, par. 90; EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, par. 97). Tegen deze achtergrond is het doel volgens het Hof legitiem. De vraag is of het middel om het doel te bereiken evenredig is. Het Hof erkent dat de gevolgen van de verplichting om koppels van hetzelfde geslacht te registreren ernstig waren voor de klaagster. Ze verloor haar baan, terwijl de registratieverplichting was geïntroduceerd ruim nadat ze deze baan had aanvaard. Maar het Hof constateert ook dat het doel van het beleid was om de rechten van anderen te beschermen, welke rechten bovendien bescherming vinden onder het EVRM. De nationale gezaghebbende instanties hebben in dit soort zaken, waarin een evenwicht gezocht moeten worden tussen botsende grondrechten, een ruime beoordelingsvrijheid. Daarom kan volgens het Hof niet gezegd worden dat er sprake was van een inbreuk op artikel 9 EVRM, noch op artikel 14 EVRM (het verbod van discriminatie).

De vierde zaak inzake klager McFarlane, de ‘weigertherapeut’, ondergaat hetzelfde lot. Ook McFarlane werd ontslagen. Wel kon in zijn geval het gelijkebehandelingsbeleid van zijn (particuliere) werkgever al aan hem bekend zijn bij indiensttreding. Hoewel deze bekendheid met het beleid bij indiensttreding geen beslissende factor is, weegt het Hof het wel mee. Het beslissende element voor het Hof is echter dat de nationale instanties een ruime beoordelingsvrijheid hebben, die in dit geval niet overschreden werd. Ook hier kan volgens het Hof niet gezegd worden dat er sprake was van een inbreuk op artikel 9 EVRM, noch op artikel 14 EVRM.

4. Commentaar

Met name de Eweida-zaak heeft in het Verenigde Koninkrijk veel aandacht gekregen van de pers, ook al toen de zaak bij de nationale rechters in behandeling was. Christelijke organisaties, maar ook activistische seculiere organisaties mengden zich in het publieke debat. Ook de casus van de ‘weigerambtenaar’ heeft veel discussie losgemaakt, zoals bekend ook in Nederland.

Het EHRM blijkt niet op alle punten bereid een knoop door te hakken. Het EHRM geeft het recht op vrijheid van religie enerzijds een ruim bereik. Anderzijds laat het veel vrijheid aan de lidstaten om in de botsing met andere belangen zelf een weloverwogen beslissing te nemen. In het navolgende zal ik aandacht besteden aan de verhouding tussen het recht op gelijke behandeling op grond van religie en het recht op vrijheid van religie. Vervolgens zal ik ingaan op de reikwijdte van het recht op religie volgens het EHRM, en op de rechtvaardiging van inbreuken op dat recht. Ten slotte zal ik aandacht besteden aan de betekenis van de uitspraak voor het Nederlandse recht.

5. Nationale instanties: toets aan discriminatieverbod

Naar nationaal recht werden de conflicten niet rechtstreeks getoetst aan het recht op vrijheid van religie. De zaken waren alle aanhangig gemaakt op grond van schending van het verbod van directe, dan wel indirecte discriminatie op grond van godsdienst. Dit verbod is, net als in

Nederland, gebaseerd op Richtlijn 2000/78/EG (Richtlijn van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, met een verbod op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid). In het Verenigd Koninkrijk is rechtstreekse toetsing aan artikel 9 EVRM niet mogelijk, hoewel uit de weergave door het Hof van de uitspraken in nationale instanties wel blijkt dat de rechters refereren aan dit grondrecht en de jurisprudentie van het Hof. De zaak geeft niettemin een goede illustratie van de verschillen tussen het toetsingskader bij gelijke behandeling (ontwikkeld door het Hof van Justitie EU) en het toetsingskader bij een klassiek grondrecht als artikel 9 EVRM, zoals gehanteerd door het EHRM.

Van directe discriminatie is sprake wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van zijn godsdienst of overtuiging (art. 2 lid 1 sub a Richtlijn 2000/78). Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, 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 (art. 2 lid 1 sub b Richtlijn 2000/78). In alle vier gevallen vonden de Britse rechters niet dat er sprake was van directe discriminatie.

In het geval van indirecte discriminatie moet door de klager aannemelijk worden gemaakt dat het onderscheid *meerdere* personen met een bepaalde godsdienst over overtuiging nadelig treft. Hierover struikelde de zaak van Eweida voor de Britse rechter. Zij kon namelijk geen andere werknemer aanwijzen die ook door het verbod benadeeld werd. Evenmin waren de rechters bereid om genoeg te nemen met de hypothetische benadeling van andere gelovigen. In de Engelse literatuur is al voordat bekend werd dat de zaken aanhangig gemaakt zouden worden bij het EHRM, geconstateerd dat de uitleg die de Britse rechters geven aan het gelijkebehandelingsrecht daarmee te weinig aansluit bij artikel 9 EVRM, waar het Britse hof eveneens aan gebonden is en dat ook een rol van betekenis heeft in het recht van de Europese Unie (zie art. 6 VEU). Er is in dat kader voor gepleit om het recht op gelijke behandeling op grond van religie niet zozeer als een groepsrecht, maar eerder als een individueel (grond)recht te benaderen (N. Hatzis, *Personal Religious Beliefs in the Workplace: how not to define indirect discrimination*, *The Modern Law Review* 2011, 74/2, p. 287-305).

Een ander aspect waarmee de Britse rechters het recht op gelijke behandeling op grond van religie als het ware behandelden als een groepsrecht, was het feit dat zij meenden dat een bepaalde uiting niet kon gelden als religieuze uiting, als het niet een door geloofsgenoten of religieuze autoriteiten als een verplichte religieuze uiting werd ervaren of voorgeschreven. Een dergelijke eis zet de standaard voor religieuze uitingen relatief hoog, omdat het een zekere graad van (groepsgewijze) organisatie van de religie veronderstelt. Lang niet alle religies stellen zaken verplicht of kennen religieuze autoriteiten die daarover uitsluitsel kunnen geven. Veel religies kennen ruimte voor een 'richtingenstrijd' of een individuele invulling van de geloofsbeleving.

6. EHRM: individueel grondrecht en ‘zelfdefinitie’

Het feit dat de klagers bij hun werkgever alleen stonden in hun klacht speelde bij het EHRM uiteraard geen rol, nu artikel 9 EVRM de vrijheid beschermt om ‘hetzij alleen, hetzij met anderen, (...) zijn godsdienst te belijden’. Grondrechten in het EVRM zijn in die zin zowel individuele rechten als groepsrechten. Maar in hoeverre mag men bij het EHRM volstaan met de verwijzing naar individuele geloofsbeleving?

Oorspronkelijk werd door de ECRM vereist dat als religieus ervaren plichten objectief als religieus moesten kunnen worden gezien en ook daadwerkelijk een verplichting waren (ECRM 16 mei 1977, nr. 7050/75; *Arrowsmith/Verenigd Koninkrijk*; ECRM 12 maart 1981, nr. 8160/78, X./*Verenigd Koninkrijk*). Niet alle religieus geïnspireerd gedrag viel onder de reikwijdte van het recht. Zo viel de wens van apothekers om geen anticonceptiva te hoeven verstrekken niet binnen de uitoefening van godsdienst of levensovertuiging. Alleen handelingen die deel uitmaken van de religieuze beleving in een ‘algemeen geaccepteerde vorm’ vielen daarbinnen, zo vond ook het Hof (EHRM 2 oktober 2001, nr. 49853/99, *Pichon en Sajous/Frankrijk*). Anderzijds stelde het Hof ook al eerder vast dat het niet aan de staat was om een religieuze uiting te beoordelen op de vraag of deze uiting theologisch correct, onwaar of onacceptabel is (EHRM 26 september 1996, *Manoussakis*, par. 47). In een meer recente uitspraak overwoog het Hof dat vooral de subjectieve perceptie van de gelovige relevant is. Het enkele feit dat een vrouw stelt dat zij om religieuze redenen een hoofddoek moet dragen kan voldoende zijn om deze wens te kwalificeren als religieuze uiting (EHRM 10 november 2005 (GK), nr. 44774/98, *Leyla Sahin*; zie over de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof ook B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, Den Haag: Sdu 2007, par. 11.1). Deze recente benadering, waaraan ook wel gerefereerd wordt met de term ‘zelfdefinitie’, wordt nu nog eens herhaald in *Eweida* (par. 82; zie ook J. Gerards in haar noot bij het arrest in EHRC 2013/67). Overigens eist het Hof nog wel dat een religieuze uiting een voldoende band heeft met het geloof. Er moet sprake zijn van een ‘sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief’ (par. 82).

7. Rechtvaardiging van de inbreuken

Door de ruimere benadering van religieuze uitingen verschuift het accent naar de rechtvaardiging van inbreuken daarop. Daarvoor is relevant de tekst van lid 2. Bij het onderzoek naar de rechtvaardiging van een inbreuk is het, ook bij artikel 9 EVRM, nauwelijks van belang in hoeverre het doel van de inbreuk valt onder de doeleinden die genoemd worden in lid 2 (zie ook Vermeulen 2007, p. 84). Het Hof onderzoekt doorgaans wel of het doel legitiem is en of de maatregel noodzakelijk en proportioneel is. Dit lijkt op het toetsingskader van het Hof van Justitie bij het onderzoek naar de rechtvaardiging van indirecte discriminatie. Het is niet helemaal hetzelfde omdat de proportionaliteitstoets (het afwegen van de belangen van de klager tegen de belangen die gediend worden met de inbreuk) doorgaans geen deel uitmaakt van de toets van het Hof van Justitie (zie daarover mijn commentaar bij HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (*Odar/Baxter Deutschland GmbH*), Annotaties AR 2012-1059).

In het kader van de arbeidsrelatie is interessant hoe het Hof omgaat met inbreuken op de vrijheid van religie waarvan gezegd kan worden dat de werknemer er zelf voor gekozen heeft, bijvoorbeeld door een baan te aanvaarden of door niet op te zeggen. Zoals al blijkt uit de weergave van de uitspraak, werd door de Commissie en het Hof in het geval van artikel 9 EVRM eerder een benadering gevolgd volgens welke er geen sprake was van een inbreuk op vrijheid van religie als de werknemer ook ontslag kon nemen. Deze ‘vermijdbaarheidsbenadering’ van het EHRM komt ook voor in andere dan arbeidsrechtelijke kwesties, en heeft veel kritiek opgeleverd in de literatuur. Het Hof verwacht soms wel erg zware offers van ingezetenen om een inbreuk op een grondrechten te vermijden, zoals het betrekken van koosjer vlees in België als dit in Frankrijk niet verkocht mocht worden (EHRM 27 juni 2000 (GK), nr. 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk*); zie voor kritiek onder andere de noot van Vermeulen bij AB 2001/116). Onbevredigend was met name het feit dat de vermijdbaarheid maakte dat het Hof artikel 9 EVRM niet van toepassing achtte, zodat aan een rechtvaardigingstoets niet toegekomen werd. Die lijn heeft het Hof nu in ieder geval voor de arbeidsrelatie verlaten, met als argument dat deze tegenwerping bij andere grondrechten zoals artikel 8 en 10 EVRM die relevant zijn in de arbeidsrelatie niet gebezigd wordt. Het argument dat men toch ontslag kan nemen, zou bescherming van grondrechten in de arbeidsrelatie voor een groot deel illusoir maken, nu werknemers enerzijds zelden ‘fysiek’ gedwongen zijn om bij een specifieke werkgever in dienst te blijven, maar anderzijds door hun arbeidsmarktpositie of de gevolgen van ontslagname voor hun recht op een uitkering, een zeer groot offer moeten brengen als ze wegens hun geloof ontslag zouden moeten nemen. Daarmee zou de vrijheid van religie in de arbeidsrelatie in feite non-existent worden. De doorwerking van grondrechten in de arbeidsrelatie wordt nu juist belangrijk gevonden vanwege de machtsongelijkheid tussen werkgevers en werknemers (zie E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, par. 3.5).

De vermijdbaarheid van een inbreuk door ontslag te nemen kan volgens het Hof, zo blijkt uit de algemene overwegingen, echter wel meewegen in de rechtvaardigingstoets. Dat is te billijken. Een inbreuk zal in het algemeen pijnlijker zijn als er in het geheel niet aan te ontsnappen valt, dan in het geval dat dat wel denkbaar is, bijvoorbeeld door het nemen van ontslag, ook al is dat voor de werknemer een groot offer. Wel begeeft het Hof zich hiermee op glad ijs. Het zou immers kunnen leiden tot een toets van de schade van de werknemer als gevolg van een ontslag. Zoals bekend kost het naar nationaal recht nogal wat hoofdbrekens die schade te objectiveren. Deze exercitie heeft het Hof in deze zaken terecht achterwege gelaten; de mogelijkheid ontslag te nemen komt in de bespreking van de individuele zaken niet meer terug. Ook het argument dat de werknemer op de hoogte kon zijn van het feit dat het aanvaarden van de bewuste baan een inbreuk op zijn vrijheid van religie mee zou kunnen brengen, is niet beslissend voor de vraag of er sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM. Deze omstandigheid weegt het Hof wel als gezichtspunt mee bij de belangenafweging in het kader van lid 2, als gezegd in het bijzonder in het geval van Macfarlane.

Het zwaartepunt van de rechtvaardigingstoets ligt bij het onderzoek naar de belangen van de werkgever om de bewuste inbreuk te maken. De intensiteit van de toetsing is daarbij

afhankelijk van de aard van het genoemde doel. Het Hof is kritisch over het doel van BA, die niet veel meer kon inbrengen dan de wens om een zakelijk bedrijfsimago te bewaren. Aan dit in essentie economische belang is door de nationale rechter te veel gewicht toegekend, zo meent het Hof. Dit pakt anders uit voor het belang bij veiligheid en gezondheid van patiënten en verplegers. Het Hof refereert hier aan het oordeel van ziekenhuismanagers, die beter gesitueerd zijn om te beoordelen hoe deze op zichzelf zwaarwichtige doelen beschermd moeten worden. Nog afstandelijker toetst het Hof de uitkomst van de belangenafweging waarin het aangevoerde doel bestaat uit het vestigen van een 'gelijkebehandelingsbeleid' waarin onder andere geen onderscheid gemaakt mag worden op grond van seksuele geaardheid. Aangezien het hier om een grondrecht gaat, dat ook bescherming krijgt in het EVRM, is het aan de nationale instanties om daartussen een afweging te maken. Opgemerkt zij dat het niet ondenkbaar is dat andere nationale instanties dan de onderhavige, die afweging anders, namelijk ten gunste van de vrijheid van religie maken.

8. Vrijheid van religie in Nederland

Naar Nederlands recht wordt de vrijheid van religie ruim opgevat. Het begrip omvat niet alleen het huldigen van de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, maar ook het zich daarnaar gedragen, zo bleek uit de parlementaire behandeling van artikel 6 Grondwet (*Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 30). Daarnaast leert de Hoge Raad dat 'de burgerlijke rechter geen partij mag kiezen op het terrein dier gezindten rijzende geschillen omtrent geloof en belijdenis en met name ook niet, (...), zijn uitspraak omtrent enig rechtspunt afhankelijk mag stellen van zijn oordeel met betrekking tot theologische leerstellingen, omtrent welke juistheid, onjuistheid of gewicht aldaar verdeeldheid bestaat' (HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201, p. 371 r.k. onderaan). Dezelfde benadering is van toepassing bij de uitleg van het verbod onderscheid te maken op grond van religie in de AWGB. In de parlementaire geschiedenis van de AWGB wordt gerefereerd aan de ruime uitleg in artikel 6 Gw en artikel 9 EVRM (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40). De CGB aanvaardt dat godsdienstige voorschriften op verschillende manieren worden nageleefd en dat over bepaalde voorschriften verschillend wordt gedacht (zie bijvoorbeeld CGB 29 maart 2005, 2005-53 en CGB 8 mei 2007, 2007-70). De Nederlandse jurisprudentie is op dit punt dus in overeenstemming met de benadering die blijkt uit deze uitspraak van het EHRM. Het argument dat een werknemer ook ontslag kan nemen om een inbreuk op zijn rechten te vermijden, wordt voorts voor zover ik weet niet met succes ingeroepen in ons land.

De uitkomst van de belangenafweging in soortgelijke zaken heeft in sommige gevallen echter anders uitgepakt. Met name valt te wijzen op de zaak Hof Amsterdam 15 juni 2010, LJN BM7410 (*Aziz/GVB Exploitatie BV*), voorzien van commentaar door A.R. Houweling in *Annotaties AR* 2010-0517. De feiten in deze zaak verschilden weinig van de *Eweida*-zaak. Een koptisch-christelijke trambestuurder werd na meer dan tien jaar dienstverband verboden een crucifix over zijn bedrijfskleding te dragen, met het oog op de door de GVB gewenste zakelijke uitstraling. Ook hier deed de werknemer een beroep op het verbod van onderscheid op grond van religie. Het hof meende hier net als de Engelse rechters dat het bewaken van een zakelijk bedrijfsimago een legitiem doel was, en dat het verbieden van het openlijk dragen van een

crucifix een geschikt en noodzakelijk middel was om dit doel te bereiken. Het belang van de werknemer bij het in vrijheid kunnen uiten van zijn religie werd door het hof in deze afweging niet benoemd, hetgeen overigens ook niet gebruikelijk is in de rechtvaardigingstoets bij indirecte discriminatie (zie daarover mijn al genoemde commentaar bij *Odar/Baxter*).

Dit zou het verschil kunnen verklaren met de uitkomst van de afweging door het EHRM. Die plaatst het belang van de werknemer bij religieuze uitingsvrijheid juist op een voetstuk door te refereren aan het feit dat respect hiervoor onlosmakelijk is verbonden met een pluralistische democratische samenleving. Met dat pluralisme zijn uniformen op het eerste gezicht slecht verenigbaar. De vermeende ‘zakelijkheid’ of neutraliteit van een uniform is in essentie immers juist gebaseerd op het willen verbergen van de unieke individuele kenmerken van medewerkers, zoals attributen van hun religie. Het streven naar dergelijke neutraliteit met de gedachte dat klanten dat op prijs stellen, ligt dicht in de buurt van ‘consumer discrimination’, een vorm van discriminatie die het bij het Hof van Justitie overigens ook niet goed doet (zie HvJ EU 10 juli 2008, C-54/07, *Feryn*). Toch kan het ook anders. In het ontwerp van uniformen kan rekening gehouden worden met pluraliteit, door het aanbieden van religieuze kledingstukken of attributen die bij het uniform horen. Maar als dat ook geen bevredigende zakelijke uitstraling oplevert, betekent dat volgens mij niet zonder meer dat de religieuze uiting verboden mag worden. De enkele wens een zakelijk bedrijfsimago te bewaken lijkt daarvoor onvoldoende zwaarwichtig. In het oordeel van het Hof weegt weliswaar mee dat BA door haar eigen tolerante beleid jegens Sikhs en moslima’s, de verdenking wekte dat religieuze neutraliteit voor haar geen cruciaal onderdeel was van haar bedrijfsimago. Dit wekt de suggestie dat als het wel cruciaal was geweest, het belang bij een zakelijk bedrijfsimago ook zwaarder had kunnen wegen. Ik acht het gelet op de eerdere zware nadruk op het belang van pluraliteit in een democratische samenleving, echter aannemelijker dat het Hof van een werkgever die uit zichzelf helemaal niet zo tolerant is als BA, zal vragen een bijzondere rechtvaardiging te geven waarom religieuze neutraliteit cruciaal is voor het bedrijfsimago. Een voorbeeld van een dergelijke rechtvaardiging is, zoals bleek uit de zaak van Macfarlane, de wens een gelijkebehandelingsbeleid uit te dragen.

Over de belangenafweging tussen vrijheid van religie en gelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid laat het Hof zich in de zaak van Ladele, de ‘weigerambtenaar’ en Macfarlane, de ‘weigertherapeut’ overigens opvallend kort uit. Zelfs het verschil tussen de situatie van de ambtenaar, die toch een ‘neutraal’ geachte staat vertegenwoordigt, en de therapeut, wordt door het Hof niet benoemd of aangegrepen voor bijzondere overwegingen. Voldoende is kennelijk dat de lidstaat in kwestie (in de vorm van het overheidsorgaan of de rechter die zich over het geval buigt) een zorgvuldige afweging maakt. Hiermee maakt het Hof zich toch wel opvallend gemakkelijk af van een kwestie die in veel landen, waaronder Nederland, nu juist tot verhitte debatten heeft geleid. Deze uitspraak heeft weinig aan dat debat toe te voegen, behoudens dat geconstateerd kan worden dat het aanhangige initiatiefvoorstel om nieuw aan te stellen ambtenaren van de burgerlijke stand te verplichten geen onderscheid te maken op grond van de AWGB, in overeenstemming is met de rechtspraak over artikel 9 EVRM (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 344, nr. 1-8). Maar een

tegenovergesteld wetsvoorstel zou in de ogen van het Hof mogelijk ook een goed verdedigbare uitkomst van de afweging tussen het belang bij vrijheid van religie en het belang bij gelijke behandeling kunnen zijn. Net zo goed kan van gemeenten gevergd worden om weigerambtenaren intern redelijkerwijs te accommoderen in hun wens geen homoseksuele koppels in de echt te verenigen, terwijl die gemeenten tegelijkertijd naar burgers toe geen afbreuk mogen doen aan het recht van homoseksuelen om in die gemeente te huwen. Het is in dit geval aan het parlement om hierover een knoop door te hakken, een primaat dat politici doorgaans graag naar zich toe trekken.