

HOF VAN CASSATIE VAN BELGIË VAN 9 MAART 2015

1. Samira A., wonende te (...) (Verenigd Koninkrijk), (...)
toegelaten tot de rechtsbijstand bij beschikking van 11 mei 2012, nr. (...)
2. CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR
RACISMEBESTRIJDING, vennootschap van publiek recht met
rechtspersoonlijkheid, met zetel te 1000 Brussel, Koningsstraat 138,

eisers,

vertegenwoordigd door mr. Caroline D. B., advocaat bij het Hof van Cassatie, met
kantoor te 1050 Brussel, (...), waar de eisers woonplaats kiezen,

tegen

S.S. nv, met zetel te 1020 Brussel, (...),

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Johan V., advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor
te 2000 Antwerpen, (...), waar de verweerster woonplaats kiest.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het arbeidshof te Antwerpen van 23
december 2011.

Advocaat-generaal Henri V. heeft op 19 december 2014 een schriftelijke conclusie
neergelegd.

Raadsheer Alain S. heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri V. heeft geconcludeerd.

II. FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

Uit het bestreden arrest blijkt dat:

- de verweerster een onderneming is die onder meer receptie- en onthaaldiensten levert aan een gedifferentieerd cliënteel, met klanten zowel uit de publieke als uit de private sector;
- de eiseres op 12 februari 2003 in dienst trad van de verweerster als receptioniste, met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd;
- bij de verweerster een aanvankelijk ongeschreven regel bestond krachtens dewelke het aan de werknemers werd verboden om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen;
- de eiseres, die op het ogenblik van haar indiensttreding reeds moslima was, aanvankelijk en dit gedurende meer dan drie jaar, zonder protest, enkel buiten de werkuren een hoofddoek droeg;
- de eiseres in april 2006 te kennen gaf dat zij voornemens was voortaan ook tijdens de werkuren een hoofddoek te dragen;
- de directie van de verweerster de eiseres te kennen gaf dat dit niet zou worden getolereerd omdat het dragen van politieke, filosofische of religieuze tekens zou indruisen tegen de door de onderneming nagestreefde principes van neutraliteit;
- de eiseres, na een ziekteperiode, op 12 mei 2006 aankondigde dat zij het werk op 15 mei zou hervatten met hoofddoek;
- de ondernemingsraad van de verweerster op 29 mei 2006 een aanpassing van het arbeidsreglement goedkeurde, welke in werking trad op 13 juni 2006; dat luidde als volgt: "het is aan de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daar uit voortvloeit te manifesteren";
- de eiseres op 12 juni 2006 omwille van haar vast voornemen als moslima de hoofddoek te dragen op de werkvloer werd ontslagen met betaling van een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met 3 maanden loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

De eiseres stelde bij exploit van 26 april 2007 voor de arbeidsrechtbank te Antwerpen een rechtsvordering in tegen de verweerster, die, volgens haar laatste conclusie, ertoe strekte de verweerster in hoofdorde te doen veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht en in ondergeschikte orde tot het betalen van een schadevergoeding wegens schending van de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003.

Bij vonnis van 27 april 2010 verwierp de arbeidsrechtbank de vordering van de eiseres tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht om reden dat er te dezen geen sprake is van rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie. De ondergeschikte vordering werd afgewezen onder meer om reden dat de eiseres niet ressorteert onder een van de vier categorieën van werknemers die aanspraak kunnen maken op de door deze wet bepaalde forfaitaire vergoeding.

Op haar hoger beroep verwierp het arbeidshof te Antwerpen bij arrest van 23 december 2011 de vorderingen van de eiseres op grond dat:

- gelet op de uiteenlopende opvattingen in rechtsleer en rechtspraak, de verweerster niet wist noch diende te weten dat het door haar gegeven bevel onwettig was, zodat het voor het overtreden van dit bevel gegeven ontslag niet als kennelijk onredelijk te beschouwen is;
- het verbod geen rechtstreekse discriminatie oplevert, de onrechtstreekse discriminatie voor ernstige discussie vatbaar is, evenals de schending van de individuele vrijheid en/of de vrijheid van godsdienst, zodat ook om die redenen het ontslag niet als kennelijk onredelijk kan worden aangezien;
- de eerste rechter terecht oordeelde over de op grond van de antidiscriminatiewet in ondergeschikte orde gevorderde forfaitaire schadevergoeding.

III. CASSATIEMIDDELEN

De eisers voeren in hun verzoekschrift drie middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie, zoals van kracht na het Verdrag tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon op 13 december 2007 en goedgekeurd bij wet van 19 juni 2008, voorheen artikel 249 EG-Verdrag, ondertekend te Rome op 25 maart 1957 en goedgekeurd bij wet van 2 december 1957;
- de artikelen 1, 2.2.a) en b), 3.1.c), 4.1 en 17 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;
- artikel 2, §§1, 2, 4 en 5, van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, zoals van toepassing na vernietiging door het arrest nr. 157/2004 Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004 en vóór de opheffing bij de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007;

- artikel 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek;
- het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt;
- het algemeen rechtsbeginsel betreffende de richtlijnconforme interpretatie van nationale normen;
- voor zoveel als nodig, artikel 9 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955;
- voor zoveel als nodig, de artikelen 6, 1108, 1131, 1133 en 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek;
- voor zoveel als nodig, artikel 63, eerste lid, Wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van beide eisers ongegrond en beslist opnieuw tot de rechtmatigheid van het door de verweerster aan de eerste eiseres gegeven ontslag wegens haar weigering om zich te conformeren aan het verbod om uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuiging te dragen op de werkvloer.

Het arrest beslist aldus na te hebben geoordeeld dat er geen sprake is van misbruik van ontslagrecht omdat de verweerster niet kennelijk onredelijk heeft gehandeld en dat in het kader van een vordering wegens misbruik van ontslagrecht niet dient nagegaan of het verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van geloofsovertuiging al dan niet proportioneel is met het hiermee nagestreefde doel, dit oordeel op volgende motieven steunend:

"2.1. Vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht (...)

Om aanspraak te kunnen maken op de door haar gevorderde vergoeding moet mevrouw A. (of het Centrum) het bewijs leveren dat de NV zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van ontslagrecht en dat mevrouw A. als gevolg van haar ontslag een schade heeft geleden, die verschilt van de schade die op forfaitaire wijze wordt vergoed door de haar uitbetaalde opzeggingsvergoeding.

Uit het geheel van de voorgebrachte feitelijke elementen blijkt afdoende dat mevrouw A. werd ontslagen omwille van haar volgehouden weigering om nog arbeidsprestaties te leveren zonder een hoofddoek te dragen, terwijl zij voordien gedurende meer dan 3 jaar prestaties heeft geleverd zonder hoofddoek en terwijl zij wist dat binnen de NV een algemeen verbod bestond op het dragen van zichtbare tekens van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen op de werkplaats.

Volgens mevrouw A. en het Centrum vormt het in die omstandigheden gegeven ontslag rechtsmisbruik.

Zij steunen zich daarbij op een als algemene regel geformuleerde stelling dat er automatisch sprake is van misbruik van ontslagrecht, wanneer het ontslag werd gegeven omwille van de weigering van de werknemer om een ongerechtvaardigde instructie van de werkgever op te volgen, waarbij met "ongerechtvaardigde instructie" kennelijk een bevel wordt bedoeld, dat strijdig is met een wettelijke bepaling of een andere rechtsvorm.

Meer concreet is er volgens mevrouw A. en het Centrum sprake van misbruik van ontslagrecht omdat het ontslag en/of het binnen de NV geldende verbod een directe of minstens indirecte discriminatie zou vormen, in strijd is met de Antidiscriminatiewet en de Kaderrichtlijn, waarbij zij verwijzen naar "geloof", "godsdienst" en "geloofsovertuiging" als beschermd criterium.

Het verbod en het navolgend ontslag zouden bovendien ook strijdig zijn met de vrijheid van godsdienst, zoals die vrijheid gewaarborgd wordt door artikel 9.1. EVRM; artikel 18 BUPO, artikel 18 UVRM en artikel 21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Het arbeidshof kan deze zienswijze niet bijtreden en wel om de volgende redenen:

Misbruik van ontslagrecht kan worden omschreven als de uitoefening van het ontslagrecht op een wijze die kennelijk de grenzen overschrijdt van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever.

Cruciaal in deze omschrijving is dat er sprake moet zijn van een kennelijk onredelijk gedrag.

De rechter mag er zich bij de beoordeling van het kennelijk onredelijk karakter van het gegeven ontslag niet toe beperken om zijn opportuniteitsoordeel in de plaats te stellen van dat van de werkgever.

Hij kan en mag met andere woorden niet volstaan met de vaststelling dat het ontslag naar zijn oordeel niet wenselijk of niet opportuun was (D. CUYPERS, Misbruik van ontslagrecht — bedienden, in A.T.O., Kluwer, 0-501-135 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer).

Om te kunnen besluiten dat er sprake was van misbruik van ontslagrecht, moet de rechter vaststellen dat een normaal, voorzichtig en bedachtzaam werkgever, geplaatst in dezelfde situatie, de tewerkstelling niet, of niet op die manier, zou hebben beëindigd.

Dit vergt in elk dossier een beoordeling in concreto, waarbij rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden, die hebben geleid tot het ontslag of die het ontslag vergezellen.

Ook in deze hypothese van een ontslag omwille van de weigering van een "onwettig" bevel, zal de rechter in concreto moeten nagaan of de werkgever kennelijk onredelijk heeft gehandeld.

Daarbij moet de rechter inzonderheid ook rekening houden met de aard van de norm die de werkgever heeft overtreden bij het geven van het bij hypothese "onwettig" bevel en, daarmee samenhangend, de mate waarin de werkgever wist of diende te weten dat zijn bevel onwettig was en niet door de werknemer moet worden nageleefd.

In het licht van de bovenstaande overwegingen kan het arbeidshof bij de beoordeling van dit dossier niet voorbijgaan aan het feit dat het door de NV opgelegde verbod beheerst wordt door een waaier van nationale en internationale normen, met een zeer hoge juridisch-technische moeilijkheidsgraad, dat belangrijke stromingen in de samenleving de mening zijn toegedaan dat een dergelijk verbod wél rechtmatig, zelfs opportuun is, dat dit standpunt ook steun vindt in bepaalde rechtspraak en rechtsleer en dat de nationale en buitenlandse overheidsinstanties prima facie vergelijkbare verboden uitvaardigen, die bij herhaling door internationale rechtscolleges als rechtsgeldig werden aanvaard.

(zie o.m. R. B., "Geen hoofddoek op de werkvloer", De Standaard, 20 juni 2006; Arbh. Brussel, 15 januari 2008, JTT, 2008, 140; EHRM 30 juni 2009, nr. 43563/08, AKTAS/Frankrijk; EHRM 29 juni 2004, 44774/98, S./Turkije; EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98, D./Zwitserland; Arbh. Antwerpen 16 mei 1999, Soc. Kron., 1999, 79; E. V., De Islam en de hoofddoek in België — een bredere benadering, stuk 43 NV; Arbrb. Nijvel 11 maart 1994, JTT, 1995, 14; Burg. Brussel (Voorz) 11 december 1997, www.juridat.be, op datum; Luik 23 februari 1995, www.juridat.be, op datum; R.v.St. 17 maart 2009, stuk 33 NV).

Het arbeidshof stelt bovendien vast dat in vergelijkbare situaties als deze van mevrouw A., meermaals door de Belgische arbeidsgerechten werd geoordeeld dat het een werkgever in de private sector toegelaten is om aan zijn werknemers het verbod op te leggen om een hoofddoek of een ander teken van geloofsovertuiging te dragen.

(Arbeidshof Antwerpen 3 juni 2004, stuk 26 bundel NV, Arbeidsrechtbank Brussel 21 maart 2006, stuk 32 dossier NV, bevestigd door Arbeidshof Brussel 15 januari 2008, JTT, 2008, 140).

In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het arbeidshof te Brussel dd. 15 januari 2008 werd zelfs geoordeeld dat de miskennis van dit verbod door een werkneemster haar ontslag wegens dringende redenen rechtvaardigde.

Waar bestaande rechtspraak van Belgische arbeidsgerechten zich expliciet heeft uitgesproken voor de wettigheid van een dergelijk verbod en de regelmatigheid van een ontslag wegens miskennis van dit verbod, kan men alleen al om die reden moeilijk staande houden dat de NV in dit dossier "kennelijk onredelijk" heeft gehandeld.

Bovendien is het helemaal niet evident en voor ernstige betwisting vatbaar dat het gegeven ontslag en/of het binnen de NV bestaande verbod in strijd is met de bepalingen van de Antidiscriminatiewet of met een andere rechtsnorm.

(...)

2.1.4. Besluit: geen kennelijk onredelijk ontslag

Gelet op wat hiervoor werd uiteengezet is het niet kennelijk onredelijk dat de NV ervoor opteerde - overigens in samenspraak met de werknemersvertegenwoordigers - binnen haar onderneming een politiek van "neutraliteit" te voeren, te begrijpen als een verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van filosofische, religieuze of politieke overtuiging op de werkvloer.

Het is evenmin kennelijk onredelijk om mevrouw A. na haar volgehouden weigering om zonder hoofddoek te werken te ontslaan, waarbij dit arbeidshof er op wil wijzen dat zij die neutraliteitsregel voordien 3 jaar probleemloos had nageleefd dat het ontslag werd voorafgegaan door verschillende waarschuwingen en dat de NV aan mevrouw A. een opzeggingsvergoeding heeft uitbetaald.

Dat mevrouw A. zou hebben aangeboden een andere functie op te nemen, waarbij zij geen contact zou hebben met klanten of een onopvallende hoofddoek te dragen, doet geen afbreuk aan het voorgaande.

Of een dergelijk verbod en het navolgend ontslag bij miskenning van het verbod, ook de meest aangewezen weg is om te streven naar een verdraagzaam klimaat binnen de onderneming van de NV, is een vraag die niet moet beantwoord worden in de context van dit dossier, dat handelt over misbruik van ontslagrecht."

Grieven

I. Het bestreden arrest stelt vast dat "mevrouw A. werd ontslagen omwille van haar volgehouden weigering om nog arbeidsprestaties te leveren zonder een hoofddoek te dragen, terwijl zij voordien gedurende meer dan 3 jaar prestaties heeft geleverd zonder hoofddoek en terwijl zij wist dat binnen de NV een algemeen verbod bestond op het dragen van zichtbare tekens van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen op de werkplaats".

2. De vordering van eerste eiseres strekte ertoe verweerster te veroordelen tot het betalen van een bedrag van 13.220,90 euro of 6 maanden loon, als schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht of als forfaitaire vergoeding voorzien in artikel 21,§' 5, Anti- discriminatiewet van 25 februari 2003.

Ter ondersteuning van die vordering had eerste eiseres in de eerste plaats de onrechtmatigheid van het ontslag ingeroepen wegens de onwettigheid van het verbod tot het dragen van uiterlijke tekenen van een geloofsovertuiging, onwettigheid bestaande in de strijdigheid met de Antidiscriminatiewet en met het EVRM

In de tweede plaats had de eerste eiseres aangevoerd dat zelfs indien het verbod tot het dragen van uiterlijke tekenen van een geloofsovertuiging wettig zou zijn, quod non, er ook dan nog sprake was van misbruik van ontslagrecht wegens de concrete omstandigheden waarmee het ontslag gepaard ging.

3. Krachtens artikel 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek en het daarin uitgedrukte algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt is het de werkgever verboden misbruik te maken van zijn recht om de werknemer te ontslaan (vgl. het

willekeurig ontslag van arbeiders in artikel 63, eerste lid, wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten)

Bezondigt zich aan rechtsmisbruik, de werkgever die het ontslagrecht uitoefent op een wijze die de grenzen van een normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever kennelijk overschrijdt. Misbruik van ontslagrecht veronderstelt dus een onrechtmatig handelen van de werkgever (vgl. de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek).

De werkgever die de werknemer ontslaat op grond van een onwettig motief meer bepaald omdat deze laatste zich niet conformeert aan een bevel of verbod dat onwettig is, handelt ipso facto onrechtmatig en wordt ipso facto geacht de grenzen van een normale uitoefening van het ontslagrecht kennelijk te overschrijden.

De omstandigheid dat de werkgever niet wist of moest weten dat het bevel of verbod waaraan diens werknemer weigert zich te schikken onwettig was, doet hieraan geen afbreuk. De enkele onwettigheid van het bevel of verbod maakt het ontslag wegens het niet opvolgen ervan door de werknemer immers onwettig, wat volstaat om het ontslag onrechtmatig te achten en als rechtsmisbruik te beschouwen.

Dit geldt des te meer wanneer het ontslag onwettig is wegens schending van een wet die, zoals in casu, van openbare orde is (zie de artikelen 6, 1108, 1131 en 1133 Burgerlijk Wetboek).

4. Hieruit volgt dat wanneer de werknemer een vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht instelt en ter ondersteuning van die vordering aanvoert dat het ontslag een onwettige grondslag heeft, in casu een grondslag die induist tegen het discriminatieverbod van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 en Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en tegen de vrijheid van godsdienst van artikel 9 van het EVRM-, de rechter moet nagaan of die onwettigheid voorhanden is en zich niet mag vergenoegen, zoals in casu, met de vaststelling dat de werkgever er redelijkerwijze van mocht uitgaan dat hij wettig handelde of dat hij niet wist noch moest weten dat hij onwettig handelde.

5. Er anders over oordelen zou bovendien indruisen tegen de verplichting om de nationale normen richtlijnconform uit te leggen (zie artikel 288 Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese unie en het desbetreffend algemeen rechtsbeginsel) en op zulke wijze toe te passen dat de bescherming van de Richtlijn 2000/78/EG doeltreffend en efficiënt is (zie ook artikel 17 van de Richtlijn).

6. De Richtlijn 2000/78/EG Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, omgezet in de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 (gedeeltelijk vernietigd door het arrest nr. 157/2004 van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004), verbiedt elke vorm van directe of indirecte discriminatie op het vlak van, onder meer, de arbeidsvoorwaarden, waaronder het ontslag (zie artikel 3.1.c van de voormelde Richtlijn en artikel 2, § 4, van de voormelde Antidiscriminatiewet).

Een ontslag dat zijn grondslag vindt in een directe of indirecte discriminatie is derhalve principieel verboden. De artikelen 1 en 2.2.a) en b) van de Richtlijn

2000/78/EG en artikel 2, §1 en 2 Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 (richtlijnconform geïnterpreteerd) definiëren de begrippen directe en indirecte discriminatie. Uit die bepalingen blijkt dat enkel in geval van een objectieve en redelijke rechtvaardiging er geen sprake is van een verboden discriminatie.

Overeenkomstig artikel 4.1 van de Richtlijn en artikel 2, § 5, Antidiscriminatiewet geldt voor directe discriminatie in arbeidsbetrekkingen de regel dat de ongelijke behandeling slechts objectief en redelijk gerechtvaardigd is wanneer het criterium waarop de ongelijke behandeling is gesteund, wegens de aard van de beroepsactiviteit, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en de maatregel proportioneel met dat doel.

Overeenkomstig artikel 2.2.b).1) van de Richtlijn en artikel 2, § 2, van de Antidiscriminatiewet (richtlijnconform gelezen) geldt voor indirecte discriminatie de regel dat de nadelige behandeling slechts objectief en redelijk gerechtvaardigd is indien een legitiem doel wordt nagestreefd, indien de maatregel passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken en indien de maatregel proportioneel is met het nagestreefde doel (zie ook derde cassatiemiddel) (vgl. artikel 9 van het EVRM waar dezelfde toetsingscriteria, waaronder de proportionaliteitsregel, gelden voor de beperkingen op de vrijheid van godsdienst).

Hieruit volgt dat er enkel dan geen verboden directe of indirecte discriminatie is indien een legitiem doel wordt nagestreefd en de maatregel proportioneel is met het doel. De wettigheid van een ongelijke behandeling hangt dan ook af van die vereisten, waaronder het proportionaliteitsvereiste.

De omstandigheid dat de werkgever die discriminerend optreedt bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden of bij ontslag niet weet noch moet weten dat zijn handelen discriminatoir is, vormt geen rechtvaardigingsgrond die de werknemer de rechtsbescherming van de Richtlijn en de Antidiscriminatiewet kan ontnemen.

7. Uit het bestreden arrest blijkt dat de appelrechters van oordeel waren dat het niet volstaat dat het verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of godsdienstige overtuiging onwettig is, om te spreken van misbruik van ontslagrecht in hoofde van verweerster. Volgens de appelrechters is hiertoe bijkomend vereist dat verweerster wist of moest weten dat het verbod onwettig was, wat volgens het arrest niet het geval is.

Immers, omdat de terzake geldende nationale en internationale normen volgens het arrest een zeer hoge juridisch-technische moeilijkheidsgraad hebben, omdat er belangrijke stromingen in de samenleving bestaan die een hoofddoek-verbod rechtmatig achten en omdat bepaalde nationale en internationale rechtspraak reeds oordeelde dat een hoofddoekverbod geldig is, besluit het arrest dat verweerster niet kan worden verweten kennelijk onredelijk te hebben gehandeld en dus misbruik van ontslagrecht te hebben gepleegd door de eerste eiseres te ontslaan wegens het zich niet conformeren aan het kwestieuze verbod.

In zijn navolgende motieven onderzoekt het bestreden arrest weliswaar ten overvloede of het litigieuze verbod strijdig is met het discriminatieverbod van artikel 2 Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en met de godsdienstvrijheid van artikel 9

EVRM, doch zonder alle wettigheidsvereisten volledig te toetsen. Aldus laat het bestreden arrest na om, bij de beoordeling van een mogelijke indirecte discriminatie, na te gaan of het kwestieuze verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van religieuze overtuiging op de werkvloer proportioneel is met nagestreefde doel, erin bestaande een vreedzame arbeidsomgeving na te streven, en dit omdat dit in het kader van misbruik van ontslagrecht niet nodig zou zijn.

8. Door aldus te oordelen, laat het bestreden arrest de onrechtmatigheid van het ontslag van de eerste eiseres wegens misbruik van ontslagrecht door verweerster afhangen van de kennis die de verweerster had of moest hebben van de mogelijke onwettigheid van het verbod op het dragen van uiterlijk tekenen van religieuze overtuiging waarop het ontslag is gesteund, terwijl de loutere onwettigheid van dat verbod volstaat opdat de eerste eiseres zich ten aanzien van de verweerster op de bescherming van het misbruik van ontslagrecht zou kunnen beroepen.

Hierdoor schendt het bestreden arrest artikel 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek en het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, alsook de artikelen I, 2.2.a) en b), 3.1.c) en 4.1 van de Richtlijn 2000/78/EG en de artikelen 2, §§ I, 2, 4 en 5 Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, nader in het middel gepreciseerd, en tevens het algemeen rechtsbeginsel betreffende de richtlijnconforme interpretatie van nationale normen, artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie, nader in het middel gepreciseerd, en artikel 17 van de reeds vermelde Richtlijn 2000/78/EG en, voor zoveel als nodig, alle overige in het middel aangeduide wetsbepalingen.

Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 288 Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie, zoals van kracht na het Verdrag tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon op 13 december 2007 en goedgekeurd bij wet van 19 juni 2008, voorheen artikel 249 EG-Verdrag, ondertekend te Rome op 25 maart 1957 en goedgekeurd bij wet van 2 december 1957;
- de artikelen 1 en 2.2.a) en b) van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep;
- artikel 2, §§ I en 2, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 zoals van toepassing na gedeeltelijke vernietiging door het arrest nr. 157/2004 Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004 en vóór de opheffing bij de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007;
- het algemeen rechtsbeginsel van de richtlijnconforme interpretatie van nationale normen;

- voor zoveel als nodig, artikel 2, §§ 4 en 5, van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, hoger gepreciseerd;
- voor zoveel als nodig, de artikelen 3.1.c) en 4.1 van de Richtlijn 2000/78/EG, hoger gepreciseerd.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van beide eisers ongegrond en beslist dus opnieuw tot de rechtmatigheid van het door de verweerster aan de eerste eiseres gegeven ontslag wegens haar weigering om zich te conformeren aan het verbod om uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuiging te dragen op de werkvloer.

Het arrest beslist aldus na te hebben geoordeeld dat het door de verweerster opgelegde verbod tot het dragen van uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen geen door artikel 2, § 1, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 verboden vorm van directe discriminatie uitmaakt, en dit om volgende redenen:

"2.1.1 Geen directe discriminatie

De Antidiscriminatiewet van 25 januari 2003 beoogde onder meer uitvoering te geven aan Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, hierna de kaderrichtlijn genoemd.

Wat het doel betreft bepaalt artikel 1 Kaderrichtlijn:

"Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden."

De kaderrichtlijn werkt dus met een beperkt aantal beschermde criteria.

Wat het begrip discriminatie betreft bepaalt artikel 2 Kaderrichtlijn:

Het begrip discriminatie

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

a) "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,.

b) "indirecte discriminatie", wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging,

handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,

i) 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,

of

ii) tenzij de werkgever dan wel iedere andere persoon of organisatie waarop de onderhavige richtlijn van toepassing is, voor personen met een bepaalde handicap krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen, teneinde de nadelen die die bepaling, maatstaf of handelwijze met zich brengt, op te heffen.

Artikel 2 Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 bepaalde:

paragraaf 1. Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap.

paragraaf 2. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd.

paragraaf 3. Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap vormt een discriminatie in de zin van deze wet.

Als een redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen.

paragraaf 4. Elke vorm van directe of indirecte discriminatie is verboden bij:

- het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek;
- de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandige, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van de bevorderingskansen, alsook de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en bezoldiging, zowel in de privé-sector als in de overheidssector;
- de benoeming of de bevordering van een ambtenaar of de aanwijzing van een ambtenaar voor een dienst,.
- de vermelding in een officieel stuk of een proces-verbaal;

- het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enig andere drager van discriminerende uitlatingen;
- de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek.

paragraaf 5. Op het gebied van de arbeidsbetrekkingen zoals gedefinieerd in het tweede en het derde streepje van § 4, berust een verschil in behandeling op een objectieve en redelijke rechtvaardiging indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van een beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

paragraaf 6. Pesterijen worden beschouwd als een vorm van discriminatie wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat verband houdt met de discriminatiegronden opgesomd in § 1 dat tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt (gecreëerd).

paragraaf 7. Elke handelwijze die er in bestaat wie ook opdracht te geven zich discriminerend op te stellen jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden op een van de gronden bedoeld in § 1, wordt beschouwd als een discriminatie in de zin van deze wet.

De omzetting van de Kaderrichtlijn in het Belgisch recht was om tal van redenen gebrekkig, werd fel bekritiseerd in de rechtsleer en gaf uiteindelijk ook aanleiding tot een gedeeltelijke vernietiging door het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof).

Bij arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 (BS 18 oktober 2004) vernietigde het Arbitragehof :

- in artikel 2, § 1, de woorden "dat" en "rechtstreeks gebaseerd is op het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap", met de gevolgen zoals beschreven in B.15;
- in artikel 2, § 2, de woorden "op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is";
- in artikel 2, 6, de woorden "dat verband houdt met de discriminatiegronden opgesomd in § I";
- in artikel 2, § 7, de woorden "op een van de gronden bedoeld in § 1 ";
- artikel 2, § 4, vijfde streepje.

De initiële, beperkende lijst van discriminatiegronden uit de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 werd dus door het Arbitragehof vernietigd en in alle wetsbepalingen, die naar die lijst verwijzen, werd die verwijzing weggezuiverd.

Door de schrapping van de limitatieve lijst van discriminatiegronden ontstond een algemeen discriminatieverbod, dat zich uitstrekte tot eender welk onderscheidingscriterium, wat met name op het gebied van arbeidsbetrekkingen leidde tot ronduit absurde regelgeving, die fel werd gecontesteerd door de Europese Commissie.

(zie A. Witters, I. Verelst en D. Dejonghe, De absurde gevolgen van de Antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht, or., 2004, 178).

Doordat het Arbitragehof de beperkende opsomming van verboden discriminatiegronden had vervangen door een algemeen discriminatieverbod, was volgens bepaalde auteurs het onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse discriminatie zelfs irrelevant geworden, vermits er geen neutrale criteria meer waren.

(zie M. DE VOS, De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?, RW, 2006-07, 326).

Op het ogenblik van het ontslag van mevrouw A. was de Antidiscriminatiewet van 2007 uiteraard nog niet in werking getreden.

De vraag naar het discriminatoir karakter van het ontslag van mevrouw A. en/of het binnen de NV bestaande verbod om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daar uit voortvloeit te manifesteren, moet worden beoordeeld bij toepassing van de rechtsnormen die op dat ogenblik van toepassing waren.

Dit aspect werd door partijen kennelijk wat uit het oog verloren, waar zij een ganse argumentatie menen te moeten opbouwen rond het al dan niet voorhanden zijn van een beschermd criterium, terwijl op het ogenblik van de feiten een algemeen discriminatieverbod gold.

Een directe discriminatie in de zin van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en de Kaderrichtlijn vereist in de eerste plaats een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.

(C. BAYART, Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn, Brussel, De Boeck en Larcier, 2004, 92).

Appellanten moeten bijgevolg minstens waarschijnlijk maken dat mevrouw A. door de NV ongunstiger werd behandeld dan een vergelijkbare referentiepersoon werd of zou worden behandeld, of anders geformuleerd dat zij ongunstiger werd behandeld dan een vergelijkbare andere (al dan niet hypothetische) werknemer van de NV

Er kan inderdaad geen sprake zijn van discriminatie wanneer een verschil in behandeling wordt aangeklaagd tussen personen die zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden

(C. BAYART, De Discriminatiewet, Or, 2003, 50).

Naar het oordeel van dit arbeidshof is er in casu geen sprake van een dergelijke ongelijke behandeling.

Het staat immers niet ter discussie dat mevrouw A. niet werd ontslagen omwille van haar innerlijke, Islamitische geloofsovertuiging.

Mevrouw A. werd integendeel ontslagen omwille van haar kenbaar gemaakte en volgehouden voornemen om tijdens de werkuren zichtbaar uiting te geven aan die geloofsovertuiging, inzonderheid door een hoofddoek te dragen.

Uit het dossier blijkt dat op dat ogenblik binnen de NV een regel bestond, waarbij het aan de werknemers werd verboden om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen.

Deze regel was aanvankelijk ongeschreven.

Mevrouw A. heeft die regel gedurende meer dan 3 jaar zonder enig protest nageleefd, door telkens wanneer zij aan het werk was haar hoofddoek af te zetten.

Dat deze regel bestond en door mevrouw A. goed gekend was wordt nog bevestigd door het feit dat zij in april 2006 niet zonder meer haar hoofddoek begon te dragen tijdens het werk, maar het nodig achtte om haar overste vooraf in kennis te stellen van haar voornemen om dat in de toekomst te zullen doen.

De aanpassing van het arbeidsreglement vormde dus enkel de bevestiging van een regel, die binnen de onderneming al geruime tijd bestond en ook werd nageleefd.

Het arbeidshof vindt in dit dossier geen elementen die er op wijzen dat de NV zich toleranter heeft opgesteld of zou hebben opgesteld ten aanzien van een vergelijkbare referentiepersoon, inzonderheid een werknemer met een ander geloof of een andere levensbeschouwing, die blijvend (zou) weigeren dit verbod na te leven.

Tevergeefs menen mevrouw A. en het Centrum in dit verband een argument te kunnen putten uit het feit dat kort na het ontslag werd vastgesteld dat 2 andere receptionistes tewerkgesteld bij A. C. het voorgeschreven uniform niet droegen en niet werden ontslagen.

Deze vorm van insubordinatie is niet vergelijkbaar met de houding van mevrouw A. en vloeit voort uit een andere verplichting.

Er is inderdaad een wezenlijk verschil tussen een volgehouden en uitdrukkelijk kenbaar gemaakte weigering om zich te schikken naar het verbod om uiterlijke tekenen van religieuze overtuiging te dragen op de werkvloer en de gesignaleerde overtreding van de uniformplicht, waarvoor de betrokken dames overigens een schriftelijke verwittiging hebben gekregen.

Dit arbeidshof kan zich evenmin terugvinden in de bewering van mevrouw A. en het Centrum, hierin gevolgd door het openbaar ministerie, dat het binnen de NV geldende verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van geloofs- of filosofische overtuiging an sich een directe discriminatie zou inhouden van mevrouw A., waarbij zij een wat geforceerd onderscheid maken tussen "gelovigen" en "niet-gelovigen".

Zoals hiervoor reeds werd aangegeven, heeft het binnen de NV uitgevaardigde verbod niet alleen betrekking op het dragen van zichtbare tekens van religieuze overtuigingen, maar ook op het dragen van zichtbare tekens van filosofische overtuigingen.

Het binnen de NV bestaande verbod sluit dus nauw aan bij het beschermd criterium "geloof of levensbeschouwing" uit de oorspronkelijke tekst van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en bij het beschermd criterium "godsdienst of overtuiging" uit de Kaderrichtlijn.

Wat de draagwijdte van deze criteria betreft kan nuttig verwezen worden naar wat het Centrum daarover zelf vermeldt op zijn website (www.diversiteit.be) in de rubriek geloof en levensbeschouwing:

"Onder 'geloof en levensbeschouwing' verstaat het Centrum die overtuigingen die raken aan de vraag naar het al dan niet bestaan van een godheid. Levensbeschouwingen als het atheïsme, het agnosticisme of de vrijzinnigheid vallen hier dus ook onder".

Deze definitie sluit naadloos aan bij de voorbereidende werken van de Antidiscriminatiewet (Parl.. St. Senaat 2001-2002, nr.2 — 12/15, 64) en bij de zeer ruime invulling die door het Mensenrechtencomité wordt gegeven aan de in artikel 18 van het UVRM gewaarborgde vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, artikel dat - aldus het Mensenrechtencomité — "theïstische, non-theïstische en atheïstische geloven" beschermt alsook "het recht om geen enkel geloof te belijden". (zie J Temperman, Het recht op geloofsvrijheid, in S. D. en D. P. (eds), 60 jaar Universele verklaring van de rechten van de mens 1948-2008, Antwerpen — Oxford, Intersentia, 2008, 162).

Het hebben van een "geloof of een levensbeschouwing" is dus, zoals het hebben van een "afkomst", "leeftijd", "huidskleur" of burgerlijke staat", op zichzelf een neutraal, generiek kenmerk dat alle werknemers van de NV bezitten en laat op zichzelf niet toe een onderscheid te maken tussen bepaalde (groepen van) werknemers, dit in tegenstelling tot een criterium zoals "handicap".

Het is dan ook onzinnig te beweren dat een werknemer of een groep van werknemers gediscrimineerd wordt omwille van het hebben van "een geloof of levensbeschouwing", "een afkomst", "leeftijd", "huidskleur" of burgerlijke staat".

Van discriminatie kan slechts sprake zijn wanneer bepaalde personen minder gunstig worden behandeld dan andere, omwille van het al dan niet hebben van een bepaald geloof of een bepaalde levensbeschouwing (bvb omdat zij moslim zijn of katholiek of atheïst).

In dit verband kan overigens nuttig verwezen worden naar artikel 2 b van de Kaderrichtlijn waar sprake is van personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, die bijzonder worden benadeeld in vergelijking met andere personen.

Het algemene verbod, zoals geformuleerd door de NV, viseert zonder onderscheid alle zichtbare uitingen van om het even welk geloof of levensbeschouwing, richt zich

bijgevolg op dezelfde wijze tot alle werknemers van de NV en is op al die werknemers van toepassing.

Dit arbeidshof wenst daarbij op te merken dat het ook voor "niet-gelovigen" perfect mogelijk is om via het dragen van uiterlijke tekens uiting te geven aan hun levensbeschouwelijke opvattingen.

Het binnen de NV bestaande verbod maakt aldus geen onderscheid tussen (groepen van) werknemers, hanteert geen onderscheidingscriterium om bepaalde (groepen van) werknemers minder gunstig te behandelen en kan om die reden niet als een directe discriminatie worden gekwalificeerd."

Grievens

I. Overeenkomstig artikel 2, § 4, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 is elke vorm van directe of indirecte discriminatie verboden bij, onder meer, de arbeidsvoorwaarden, waaronder ontslag, en dit zowel in de privé-sector als in de publieke sector (zie ook artikel 3.1.c van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep).

Krachtens artikel 2, § 5, van dezelfde Antidiscriminatiewet kan directe discriminatie, op het vlak van arbeidsbetrekkingen, enkel objectief en redelijk gerechtvaardigd worden indien het criterium waarop de ongelijke behandeling wordt gesteund, wegens de aard van de beroepsactiviteit, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt (zie ook artikel 4.1 van de voormelde Richtlijn).

Voor indirecte discriminatie geldt die beperking niet en is, overeenkomstig artikel 2, § 2, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, elke rechtvaardigingsgrond toegelaten die een legitiem doel nastreeft en waarvan de noodzaak en de proportionaliteit vaststaat (zie ook artikel 2.2.b.i) van de voormelde Richtlijn 2000/78/EG) (zie ook derde cassatiemiddel).

2. Artikel 2, § 1, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 definieert de directe discriminatie. Vóór het arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 van het Grondwettelijk Hof was er, behoudens in geval van objectieve en redelijke rechtvaardiging, sprake van directe discriminatie indien personen verschillend werden behandeld op grond van een reeks nader bepaalde discriminatie gronden, waaronder geloof.

Artikel 2, § 2, Antidiscriminatiewet definieert de indirecte discriminatie. Vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof was er, behoudens in geval van objectieve en redelijke rechtvaardiging, sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling of maatstaf als resultaat had dat personen met een bepaalde discriminatiegrond als kenmerk, bijvoorbeeld een welbepaald geloof nadeliger werden behandeld dan andere personen zonder dat kenmerk.

Directe discriminatie veronderstelde dus dat een bepaling gegrond op een wettelijk beschermd criterium of discriminatiegrond (bijvoorbeeld geloof) werd toegepast op personen die hierdoor ongelijk werden behandeld.

Indirecte discriminatie daarentegen veronderstelde dat door de toepassing van een ogenschijnlijk neutrale bepaling vreemd aan een beschermd criterium of discriminatiegrond (bijvoorbeeld kledij), personen met een welbepaald kenmerk verbonden aan een discriminatiegrond (bijvoorbeeld aanhangers van een bepaald geloof) zich uiteindelijk anders zagen behandeld dan personen zonder dat kenmerk.

3. Na het arrest van het Grondwettelijk Hof dat de beperkende opsomming van de discriminatiegronden vernietigde, luidde artikel 2, § 1, Antidiscriminatiewet nog als volgt: "Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd". Op datum waarop eerste eiseres werd ontslagen gold deze bepaling.

Na het arrest van het Grondwettelijk Hof luidde artikel 2, .§' 2, nog als volgt: "Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd"

Om enige zin aan die bepalingen te geven, dienen zij uitgelegd in het licht van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De Antidiscriminatiewet had immers tot doel die Richtlijn in de Belgische rechtsorde om te zetten. In dat geval dringt een richtlijnconforme interpretatie van de nationale normen zich op (zie het desbetreffende algemeen rechtsbeginsel en artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie waarin dit beginsel is uitgedrukt).

Uit artikel 1 van de voormelde Richtlijn volgt dat het de bedoeling was om met betrekking tot arbeid en beroep een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op welbepaalde gronden, waaronder godsdienst of overtuiging. De definities van directe en indirecte discriminatie in artikel 2.2.a) en b) van de Richtlijn houden een verwijzing in naar de gronden vermeld in artikel 1, en dus ook naar godsdienst of overtuiging.

Hieruit volgt dat na het arrest van het Grondwettelijk Hof artikel 2 van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 nog steeds in het licht van specifieke discriminatiegronden diende gelezen, meer bepaald in het licht van de in de Richtlijn opgesomde gronden.

4. Dit betekent dat godsdienst een beschermd en dus geen neutraal criterium is, zodat een ongelijke behandeling op grond van godsdienst een directe discriminatie uitmaakt in de zin van artikel 2, § 1, Antidiscriminatiewet, richtlijnconform geïnterpreteerd.

De omstandigheid dat elke werknemer wel één of andere filosofische of religieuze overtuiging heeft, maakt van het geloofscriterium geen neutraal criterium waardoor de ongelijke behandeling hoogstens nog indirecte discriminatie zou kunnen uitmaken. Ook de omstandigheid dat niet een welbepaald geloof maar elk geloof wordt geviseerd, maakt van het geloofscriterium geen neutraal criterium.

5. Wat de ongelijke behandeling betreft, is niet betwistbaar dat een reglement dat het dragen van uiterlijke tekenen van enige geloofsovertuiging aan zijn werknemers verbiedt, een ongelijke behandeling tussen werknemers creëert. Terwijl werknemers die omwille van hun geloofsovertuiging een hoofddoek dragen niet op de werkvloer worden toegelaten of worden ontslagen, worden werknemers die een ander of geen geloof aanhangen wel tot de werkvloer worden toegelaten en niet ontslagen.

De omstandigheid dat het verbod zich tot alle werknemers richt, gelovigen of ongelovigen, moslims of katholieken, en niet alleen tot werknemers met een welbepaald geloof neemt de voormelde ongelijke behandeling op grond van het geloofscriterium niet weg en maakt van het verbod dus geen niet-discriminatoire bepaling of geen indirecte discriminatoire bepaling. De vraag is immers niet in hoeverre het verbod zich aan alle werknemers opdringt (gelijkheid voor de norm), maar wel in hoeverre in dat verbod zelf een onderscheid wordt gemaakt tussen die werknemers (discriminatie door de norm).

6. Het staat vast dat binnen de onderneming van de verweerster een verbod bestond voor de werknemers om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en dat de eerste eiseres werd ontslagen omdat zij weigerde zich aan voormeld verbod te conformeren door haar hoofddoek te willen aanhouden.

Het bestreden arrest stelt dat het geloof of een levensbeschouwing een neutraal of generiek kenmerk is dat alle werknemers van verweerster bezitten en oordeelt om die reden dat dit kenmerk "op zichzelf niet (toelaat) een onderscheid te maken tussen bepaalde (groepen van) werknemers, dit in tegenstelling tot een criterium zoals "handicap".

Daarnaast stelt het arrest dat er slechts sprake is van een discriminatie wanneer bepaalde personen minder gunstig worden behandeld "omwille van het al dan niet hebben van een bepaald geloof of een bepaalde levensbeschouwing (bvb. omdat zij moslim zijn of katholiek of atheïst)". Omdat het in de onderneming van verweerster geldend verbod alle zichtbare uitingen van om het even welk geloof of levensbeschouwing en niet van een welbepaald geloof of levensbeschouwing viseert, oordeelt het bestreden arrest dat er geen sprake is van een directe discriminatie of ongunstige behandeling.

7. Door aldus te oordelen, en in het bijzonder door het geloof waarop het litigieuze verbod is gesteund als een neutraal criterium te beschouwen en in het verbod geen ongelijke behandeling te zien tussen de werknemers met hoofddoek en de werknemers zonder hoofddoek omdat het verbod geen welbepaald geloof treft en omdat het zich aan alle werknemers opdringt, miskent het bestreden arrest het begrip "directe discriminatie" en het onderscheid tussen dat begrip en het begrip "indirecte discriminatie", zoals deze blijken uit artikel 2, §§ 1 en 2 Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, na gedeeltelijke vernietiging door het Grondwettelijk Hof doch richtlijnconform gelezen.

Het bestreden arrest schendt derhalve voormeld artikel 2, §§ 1 en 2 van de voormelde Antidiscriminatiewet, de artikelen 1 en 2.2.a) en b) van de Richtlijn 2000/78/EG van de raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke

behandeling in arbeid en beroep, het algemeen rechtsbeginsel betreffende de richtlijnconforme interpretatie van nationale normen, artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie nader in het middel gepreciseerd en, voor zoveel als nodig, alle overige in het middel aangeduide bepalingen van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en van de Richtlijn 2000/78/EG.

Derde middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie, zoals van kracht na het Verdrag tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon op 13 december 2007 en goedgekeurd bij wet van 19 juni 2008, voorheen artikel 249 van het EG-Verdrag, ondertekend te Rome op 25 maart 1957 en goedgekeurd bij wet van 2 december 1957;
- de artikelen 1, 2.2.b).i), 3.1.c) en 17 van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep;
- artikel 2, §§ 2 en 4, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, zoals van toepassing na gedeeltelijke vernietiging door het arrest nr. 157/2004 van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004 en vóór de opheffing bij de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007;
- artikel 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek;
- het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt,.
- het algemeen rechtsbeginsel inzake de richtlijnconforme interpretatie van nationale wetten;
- voor zoveel als nodig, artikel 9 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955;
- voor zoveel als nodig, de artikelen 6, 1108, 1131, 1133, 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek,.
- voor zoveel als nodig, artikel 63, eerste lid, wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart het hoger beroep van beide eisers ongegrond en beslist dus opnieuw tot de rechtmatigheid van het door de verweerster aan de eerste eiseres gegeven ontslag wegens haar weigering om zich te conformeren aan het verbod om uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuiging te dragen op de werkvloer.

Het arrest beslist aldus na te hebben geoordeeld dat indien het door de verweerster opgelegde verbod tot het dragen van uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen indirecte discriminatie zou uitmaken zoals bedoeld in artikel 2, .§ 2, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, het hoe dan ook objectief en redelijk gerechtvaardigd is, en dit om volgende redenen:

"2.1.2. Indirecte discriminatie voor ernstige betwisting vatbaar

Volgens mevrouw A. en het Centrum moet het verbod minstens als een indirecte discriminatie worden beschouwd, omdat dit verbod mevrouw A. als moslima of beoefenaarster van een religie die — volgens een belangrijke deel van haar geloofsgenoten — kledijvoorschriften bevat, bijzonder zou benadelen in vergelijking met andere werknemers van de NV, die er een ander geloof of levensbeschouwing op na houden.

Naar het oordeel van dit arbeidshof is ook deze stelling voor ernstige betwisting vatbaar.

Het bewijs van indirecte discriminatie stoelt in beginsel op 3 bestanddelen:

- een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze;
- die een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een beschermde groep treft;
- terwijl die leden zich - afgezien van het beschermde kenmerk - in een gelijkwaardige situatie bevinden als de gevrijwaarden.

Het bewijs van deze drie bestanddelen door de werknemer vestigt een prima facie vermoeden van onrechtstreekse discriminatie, dat door de werkgever kan worden weerlegd door aan te tonen dat de bestreden behandeling beantwoordt aan een legitieme ondernemingsbehoefte, daarvoor noodzakelijk is en daarmee proportioneel is.

(M DE VOS en E. BREMS, De wet bestrijding Discriminatie in de praktijk, Antwerpen, Intersentia, 2004, 86).

Mevrouw A. en het Centrum verdedigen daarbij het standpunt dat van indirecte discriminatie kan sprake zijn wanneer eenzelfde verplichting zonder onderscheid aan alle werknemers wordt opgelegd, maar de naleving van die verplichting voor een bepaalde werknemer of groep werknemers subjectief moeilijker of zwaarder om dragen is, omwille van hun persoonlijke geloofsovertuiging.

Daarbij gaan mevrouw A. en het Centrum kennelijk uit van de veronderstelling dat de andere werknemers van de NV met een andere geloofs- of filosofische overtuiging niet of niet in dezelfde mate belang of waarde zouden hechten aan het zichtbaar uiten van hun geloofs- of filosofische overtuiging op de werkvloer.

Nog afgezien van de vraag of dit een correcte veronderstelling is, volstaat dit niet om te besluiten dat de NV zich schuldig zou hebben gemaakt aan indirecte discriminatie.

Wanneer, bij hypothese, een prima facie indirecte discriminatie wordt aangetoond, blijft er in elk geval nog ruimte voor een mogelijke objectieve en redelijke rechtvaardiging van het verbod door de NV

Bedoelde objectieve en redelijke verantwoording is een open norm, die de rechter in concreto moet invullen.

Bij die invulling, kunnen de criteria ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling uit de rechtspraak over het verticale discriminatieverbod, niet zonder meer zinvol worden toegepast in horizontale relaties, tussen particulieren.

Het verantwoordingschema van het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof van de Rechten van de Mens kan dus slechts naar analogie worden toegepast.

Het doel dat een particulier nastreeft is immers, in tegenstelling tot dat van de overheid, niet noodzakelijk het algemeen belang, maar veelal een particulier belang. VELAER8, De horizontale werking van het discriminatieverbod in de Antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen, in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, MAKLU Uitgevers, 2003, 307).

Niemand kan betwisten dat de concrete invulling en toepassing van wat als een objectieve en redelijke rechtvaardiging van een indirecte discriminatie kan worden beschouwd, geen sinecure is en aanleiding kan geven tot uiteenlopende standpunten.

Dit geldt zeer zeker in de context van dit dossier waar de oorsprong van de vermeende indirecte discriminatie samenhangt met de vraag naar de mogelijke begrenzing van de individuele vrijheid en de vrije godsdienstbeleving in een arbeidsrechtelijke context.

2.1.3. Schending van de individuele vrijheid en/of vrijheid van godsdienst voor ernstige betwisting vatbaar.

De verplichting tot neutraliteit, zoals opgelegd door de NV, vormt een beperking van de individuele vrijheid van mevrouw A., alsook van haar vrije godsdienstbeleving.

Deze vaststelling volstaat niet om meteen te besluiten dat het opgelegde verbod ongeoorloofd is.

Waar de vrijheid van innerlijke geloofsovertuiging van elk individu absoluut is, geldt dit evident niet voor de daadwerkelijke uitoefening van de individuele vrijheid en de vrijheid van godsdienst, nu de uitoefening van die vrijheden in conflict kan komen met de uitoefening van de rechten en vrijheden van anderen.

In zijn arrest van 30 juni 2009 (n 43563/08 Aktas t./Frankrijk) formuleerde het EHRM dit als volgt:

Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique.

Vrij vertaald:

Het pluralisme en de democratie moeten ook steunen op dialoog en bereidheid tot compromis, zij vereisen noodzakelijk verschillende toegevingen vanwege individuen, die worden gerechtvaardigd vanuit het streven om de idealen en de waarden van een democratische samenleving te beschermen en te bevorderen.

Bovendien kan een individu, wat de daadwerkelijke uitoefening van zijn individuele vrijheid en zijn vrijheid van godsdienst betreft, rechtsgeldig met anderen bepaalde afspraken maken, bijvoorbeeld in het kader van een arbeidsrelatie.

In de relatie tussen de overheid en haar burgers, heeft het Europees Hof van de Rechten van de Mens in meerdere arresten beslist dat een aangevochten verbod om een hoofddoek te dragen geoorloofd was.

In één van die arresten motiveerde het Hof zijn beslissing onder meer met de volgende overweging:

"om het fundamentele principe van het secularisme, (gender)gelijkheid en het pluralisme te beschermen en om zo religieus fundamentalisme en maatschappelijke druk tegen te gaan, om het vreedzaam samengaan van religies te garanderen en om de rechten van anderen te beschermen."

(arrest L. S. van 29 juni 2004 m.b.t. het verbod voor studentes van een universiteit om een hoofddoek te dragen).

Het Hof steunde zich bij zijn besluitvorming dan ook niet uitsluitend op de neutraliteitsverplichting of het seculier karakter van de overheid(sinstelling), maar zag het verbod op het dragen van een hoofddoek kennelijk ook als een middel om andere essentiële waarden en rechten te beschermen en als een garantie voor het vreedzaam samengaan van religies.

Deze rechtspraak lokt zowel in België als in andere landen zeer tegenstrijdige reacties uit.

Bovendien rijst de vraag of deze rechtspraak ook zonder meer kan worden getransporteerd in de relatie werkgever-werknemer in de private sector, waar de noodzaak tot een neutrale opstelling volgens sommigen niet of niet in dezelfde mate zou spelen.

Hoe dan ook vormt het streven naar een vreedzame arbeidsomgeving, waar (gender)gelijkheid en pluralisme wordt beschermd en waar religieus fundamentalisme en maatschappelijke druk wordt geweerd, evident ook voor een werkgever uit de private sector een legitieme doelstelling.

Het arbeidshof vindt in het dossier geen elementen die toelaten te betwijfelen dat precies deze bekommernis aan de oorsprong ligt van de binnen de NV uitgevaardigde neutraliteitsplicht en de reactie van de NV naar aanleiding van de weigering van mevrouw A. om zich daaraan te houden, integendeel.

Dat de NV belang hecht aan diversiteit binnen haar onderneming en respect ten aanzien van werknemers ongeacht hun oorsprong, geloofsovertuiging en afkomst wordt immers bevestigd door de bepalingen van het arbeidsreglement en de interne richtlijnen aangaande gelijke kansen en diversiteit uitgevaardigd op groepsniveau.

Het staat overigens niet ter discussie dat de NV reeds jaren op de hoogte was van het feit dat mevrouw A. moslima was en buiten de plaats van tewerkstelling een hoofddoek droeg en dat dit gegeven nooit enige invloed heeft uitgeoefend op de tewerkstelling.

Uit de overvloedige rechtspraak en rechtsleer die door partijen werd geciteerd in hun beroepsconclusies en die zij als stukken hebben gevoegd bij hun dossier, blijkt dat op dit ogenblik binnen onze westerse samenleving twee stromingen bestaan, die beide streven naar hetzelfde, volstrekt legitieme doel, inzonderheid het creëren van een verdraagzaam, harmonieus en respectvol werkmilieu waar mensen van verschillende origine, cultuur en geloofs- of filosofische overtuiging harmonieus samenwerken en in contact treden met klanten en derden, maar waarbij elke stroming dit doel op een volstrekt andere wijze wil verwezenlijken.

Volgens de eerste strekking wordt dit doel het best gerealiseerd door binnen het werkmilieu een diversiteitspolitiek te hanteren, waarbij aan elke werknemer maximaal de gelegenheid wordt gegeven om uiting te geven aan zijn eigenheid, inclusief zijn individuele geloofs- of filosofische overtuiging.

Volgens de tweede strekking wordt dit doel het best gerealiseerd door binnen het werkmilieu, een neutraliteitspolitiek te hanteren, waarbij aan elke werknemer zonder onderscheid verbod wordt opgelegd om zijn individuele geloofs- of filosofische overtuiging kenbaar te maken.

Ook het Centrum erkent dat deze controverse bestaat en dat het kiezen voor de eerste optie voor een werkgever in de huidige maatschappelijke context helemaal niet zo vanzelfsprekend is.

Zo kan men op de website van het Centrum onder meer lezen:

Het is vanzelfsprekend dat we deze normatieve aanpak niet kunnen beschouwen los van de "maatschappelijke debatten" die de veruiterlijkingen van overtuigingen oproepen.

Deze debatten zijn gemakkelijk op te sommen. Het gaat onder meer om:

1. De veruiterlijking van religieuze en andere overtuigingen, van welke aard ook, roepen onvermijdelijk de vraag op van de religieuze, politieke of levensbeschouwelijke "bekeringsijver". Dergelijke bekeringsijver kan ongewenst zijn in bepaalde situaties die zich in het sociale leven voordoen (denken we hierbij aan de school of aan de werking van openbare diensten). Waar begint de bekeringsijver? Kunnen religieuze bekeringsijver en politiek militantisme gelijkgesteld worden en dus, eventueel, hetzelfde verbod ondergaan, enz.

2. Het dragen van, meer bepaald de hoofddoek wakkert het debat aan rond de plaats van de vrouw en de gelijkheid vrouw/man. De standpunten staan lijnrecht tegenover elkaar. Enerzijds zij die menen dat de hoofddoek moet bestreden worden omdat het een onderdrukingsmiddel is voor de vrouw, anderzijds zij die dergelijk standpunt verwerpen en het dragen van de hoofddoek beschouwen als de gerechtvaardigde uitdrukking van een religieuze of culturele identiteit, of nog als een gewone religieuze of culturele praktijk waarvan het verbod niet kan gerechtvaardigd worden. Bij deze laatste menen sommigen dat de verschillende vormen van een verbod op het dragen van een hoofddoek, een discriminatie inhoudt, die dus het voorwerp zou moeten uitmaken van systematische sancties.

3. Het conflict tussen een aantal waarden en de veruiterlijking van een overtuiging. De waardenconflicten die het meest voorkomen zijn de volgende:

- Individuele vrijheid, of vrijheid van levensbeschouwing;

VERSUS

- veiligheid en openbare orde;

- ondernemingsvrijheid/contractuele vrijheid;

- neutraliteit van de staat;

- vrijheid van onderwijs.

Het Centrum neemt in deze debatten geen standpunt in. Zulke discussies maken namelijk deel uit van een ruimer democratisch debat waarin het standpunt van alle burgers, verenigingen, instellingen, partijen, universiteiten enz. hun belang hebben. Het Centrum wil zich niet uitspreken voor al deze actoren maar het wil wel een dergelijk debat aanmoedigen en zijn bijdrage leveren.

2.1.4. Besluit: geen kennelijk onredelijk ontslag

Gelet op wat hiervoor werd uiteengezet is het niet kennelijk onredelijk dat de NV ervoor opteerde - overigens in samenspraak met de werknemersvertegenwoordigers - binnen haar onderneming een politiek van "neutraliteit" te voeren, te begrijpen als een verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van filosofische, religieuze of politieke overtuiging op de werkvloer.

Het is evenmin kennelijk onredelijk om mevrouw A. na haar volgehouden weigering om zonder hoofddoek te werken te ontslaan, waarbij dit arbeidshof er op wil wijzen dat zij die neutraliteitsregel voordien 3 jaar probleemloos had nageleefd, dat het ontslag werd voorafgegaan door verschillende waarschuwingen en dat de NV aan mevrouw A. een opzeggingsvergoeding heeft uitbetaald.

Dat mevrouw A. zou hebben aangeboden een andere functie op te nemen, waarbij zij geen contact zou hebben met klanten of een onopvallende hoofddoek te dragen, doet geen afbreuk aan het voorgaande.

Of een dergelijk verbod en het navolgend ontslag bij miskenning van het verbod, ook de meest aangewezen weg is om te streven naar een verdraagzaam klimaat binnen de onderneming van de NV, is een vraag die niet moet beantwoord worden in de context van dit dossier, dat handelt over misbruik van ontslagrecht.

Gelet op het voorgaande moet niet worden ingegaan op het in ondergeschikte orde geformuleerde verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie nu het antwoord op deze vragen bovenstaande besluitvorming niet kan beïnvloeden.

Om diezelfde reden moet evenmin ingegaan worden op het in ondergeschikte orde geformuleerde verzoek de voorlegging (?) te bevelen van de correspondentie tussen de NV en A. C. omtrent de zaak van mevrouw A. en omtrent de beslissing om het verbod op uitingen van geloof op te leggen.

Het verzoek is bovendien dermate vaag geformuleerd dat onmogelijk valt na te gaan welke stukken precies worden bedoeld, het is zelfs niet duidelijk of dergelijke stukken wel bestaan."

Grievens

1. Artikel 2.2.b) van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep bepaalt dat er sprake is van indirecte discriminatie "wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt

Overeenkomstig artikel 2.2.b.i) van diezelfde Richtlijn is dergelijke indirecte discriminatie toegelaten wanneer 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".

Na het arrest nr. 157/2004 Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004 luidde artikel 2, §' 2, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 als volgt: "Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd".

Op grond van een richtlijnconforme interpretatie dient voormelde wetsbepaling bijgevolg in die zin uitgelegd dat een maatregel gesteund op een neutraal criterium mag leiden tot een ongelijke behandeling van personen die voldoen aan een bepaald kenmerk dat verband houdt met de in de Richtlijn vermelde beschermde discriminatiegronden (bijvoorbeeld personen die een welbepaalde religieuze overtuiging hebben), op voorwaarde dat hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

Van dergelijke rechtvaardiging is slechts sprake indien de indirect discriminerende maatregel een legitiem doel nastreeft, indien die maatregel noodzakelijk en passend is om dat doel te bereiken en indien zij proportioneel is met het nagestreefde doel (zie ook artikel 2, §' 5 Antidiscriminatiewet waarin eveneens sprake is van een legitiem doel en proportionaliteit; vgl. ook artikel 9.2 EVRM dat dezelfde vereisten stelt voor beperkingen op de vrijheid van godsdienst van artikel 9.1 EVRM).

2. Die drie voorwaarden, zonder dewelke er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor indirecte discriminatie bestaat en zonder dewelke de indirecte discriminatie dus onwettig is, moeten in concreto worden onderzocht.

Dit betekent dat een verbod tot het dragen van uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen op de werkvloer waardoor moslim werkneemsters niet op de werkvloer worden toegelaten met een hoofddoek, enkel dan toegelaten is indien hiertoe een legitiem doel wordt nagestreefd waaraan de onderneming daadwerkelijk behoefte heeft, indien dat verbod passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken en indien het doel niet kan bereikt worden met andere, minder ingrijpende maatregelen.

3. Het bestreden arrest onderzoekt of het litigieuze verbod, in de hypothese dat dit een vorm van indirecte discriminatie uitmaakt (waarover het arrest zich niet uitspreekt: zie p. 16, al. 3 t/m p. 17, al. 1) objectief en redelijk gerechtvaardigd is.

Het bestreden arrest twijfelt of in de privé-sector, een verplichting tot neutraliteit een legitiem doel kan uitmaken, maar stelt met zekerheid dat het nastreven van een vreedzame arbeidsomgeving een legitiem doel uitmaakt.

De appelrechters oordeelden ook dat precies die bekommernis aan de oorsprong ligt van het binnen de onderneming van verweerster geldend verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuiging op de werkvloer, waarop het ontslag van de eerste eiseres is gesteund.

4. Echter, gaat het bestreden arrest niet na of er binnen de onderneming wel een daadwerkelijke behoefte bestond om ter vrijwaring van een vreedzame arbeidsomgeving maatregelen te nemen, enerzijds, en of de genomen maatregel proportioneel was met het nagestreefde doel, anderzijds.

Meer bepaald wordt nergens in het arrest te kennen gegeven dat de vreedzaamheid van de werkomgeving bedreigd zou zijn indien moslim werknemers hun hoofddoek op de werkvloer zouden aanhouden. Wel integendeel, laat het arrest verstaan dat men binnen de onderneming al jaren op de hoogte was dat de eerste eiseres moslima was zonder dat dit ooit tot problemen aanleiding heeft gegeven.

Evenmin wordt in het arrest nagegaan of het litigieuze verbod wel proportioneel is met het nagestreefde doel. Integendeel, stelt het bestreden arrest uitdrukkelijk dat die vraag niet moet worden onderzocht waar het overweegt: "of een dergelijk verbod en het navolgend ontslag bij miskennen van het verbod ook de meest aangewezen weg is om te streven naar een verdraagzaam klimaat binnen de onderneming van de NV, is een vraag die niet moet beantwoord worden in de context van dit dossier, dat handelt over misbruik van ontslagrecht".

5. Nu krachtens artikel 2, § 2, Antidiscriminatiewet en artikel 2.2. b). i) van de Richtlijn 2000/78/EG, een indirecte discriminatie verboden en dus onwettig is wanneer hiervoor geen rechtvaardigingsgrond voorhanden is die beantwoordt aan de hoger vermelde vereisten, is een ontslag dat zijn grondslag vindt in dergelijke discriminatie door diezelfde onwettigheid aangetast.

Overeenkomstig de artikelen 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek en het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, geïnterpreteerd en toegepast op een wijze die de rechtsbescherming van de artikelen 1, 2.2.b) en 3.1.c) van de Richtlijn 2000/78/EG en van artikel 2, §§ 2 en 4, Antidiscriminatiewet doeltreffend en efficiënt maakt (zie de richtlijnconforme interpretatie van nationale normen vervat in artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 17 van de Richtlijn 2000/78/EG), maakt dergelijk onwettig ontslag rechtsmisbruik uit en is het onrechtmatig (zie ook eerste cassatiemiddel).

6. Bij gebrek aan een beoordeling in concreto van de vraag of er binnen de onderneming van verweerster daadwerkelijk behoefte bestond om ter vrijwaring van een vreedzame arbeidsomgeving maatregelen te nemen, enerzijds, en van de vraag of

het hiertoe opgelegde verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van religieuze overtuigingen op de werkvloer proportioneel is met het nagestreefde doel, anderzijds, kon het bestreden arrest bijgevolg niet wettig besluiten dat indien er sprake zou zijn van indirecte discriminatie, deze objectief en redelijk gerechtvaardigd is waardoor het hierop gesteunde ontslag van de eerste eiseres niet onrechtmatig is en geen misbruik van ontslagrecht inhoudt.

Hierdoor schendt het bestreden arrest de nader in het middel gepreciseerde artikelen 1, 2.2. b). i) en 3.1. c) van de Richtlijn 2000/78/EG en artikel 2, §§' 2 en 4, Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 op grond waarvan indirecte discriminatie in de arbeidsbetrekkingen is verboden tenzij objectieve en redelijke rechtvaardiging, evenals het schending inhoudt van de artikelen 1134, derde lid, Burgerlijk Wetboek, het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, het algemeen rechtsbeginsel betreffende de richtlijnconforme interpretatie, artikel 17 van de voormelde Richtlijn en het nader in het middel gepreciseerde artikel 288 van het Verdrag van 13 december 2007 en, voor zoveel als nodig, ook van alle overige in het middel aangeduide bepalingen.

IV. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Tweede middel

1. Krachtens artikel 1 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 heeft deze richtlijn tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

Krachtens artikel 2.1 en 2.2 van voormelde richtlijn wordt voor de toepassing van deze richtlijn onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden en is er voor de toepassing van lid 1:

- a) "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;
- b) "indirecte discriminatie", wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt.

2. De appelrechters oordelen dat de bij de verweerster als werkgever bestaande regel "waarbij het aan de werknemers werd verboden om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen" geen directe discriminatie oplevert om reden dat van rechtstreekse discriminatie slechts sprake kan

zijn wanneer personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging worden benadeeld in vergelijking met andere personen, terwijl de bij de verweerster bestaande regel zonder onderscheid alle zichtbare uitingen van om het even welk geloof of levensbeschouwing viseert en zich bijgevolg zonder onderscheid op dezelfde wijze tot alle werknemers richt.

3. De eiseres voert aan dat deze uitlegging van de appelrechters niet verenigbaar is met de tekst van artikel 2.2.a) van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, krachtens dewelke er sprake is van directe discriminatie van zodra iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden, waaronder zijn begrepen godsdienst en overtuiging.

4. De aldus opgeworpen betwisting kan slechts worden opgelost door een uitlegging van voormelde bepaling van Richtlijn 2000/78/EG, waarvoor het Hof van Justitie van de Europese Unie uitsluitend bevoegd is.

Het Hof dient aldus overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie de in het dictum van dit arrest geformuleerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen.

Dictum

Het Hof,

Houdt iedere nadere uitspraak aan tot het Hof van Justitie van de Europese Unie bij prejudiciële beslissing over de volgende vraag uitspraak zal hebben gedaan:

Dient artikel 2.2.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, zo te worden uitgelegd dat het verbod als moslima een hoofddoek te dragen op de werkvloer geen rechtstreekse discriminatie oplevert wanneer de bij de werkgever bestaande regel aan alle werknemers verbiedt om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen?

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit afdelingsvoorzitter Christian S., als voorzitter, en de raadsheren Alain S., Koen M., Mireille D. en Antoine L., en in openbare rechtszitting van 9 maart 2015 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Christian S., in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri V., met bijstand van griffier Vanessa V. d. S..