

DE ARBEIDSRECHTBANK TE TONGEREN VAN 2 JANUARI 2013

INZAKE:

Joyce V. O. D. B., wonende te 3600 GENK, (...)

Eisende partij, vertegenwoordigd door Mr. S. R., advocaat te 3500 Hasselt, (...)

TEGEN:

R. B. NV, met zetel te 1020 BRUSSEL, (...), ondernemingsnummer (...).

Eerste verwerende partij, vertegenwoordigd door Mr. F. T., advocaat te 2000 Antwerpen, (...)

H. B. BVBA, met zetel te 1180 BRUSSEL, (...), met ondernemingsnummer (...)

Tweede verwerende partij, vertegenwoordigd door Mr. B. V. advocaat te 9000 Gent, (...).

IN AANWEZIGHEID VAN:

CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, openbare instelling onafhankelijk in de uitvoering van zijn opdrachten overeenkomstig de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding met zetel te 1000 BRUSSEL, Koningsstraat 138.

Vrijwillig tussenkomende partij, vertegenwoordigd door Mr. L. V., advocaat te 2230 Herselt, (...).

Gezien de inleidende dagvaarding d.d. 17.11.2011 , voor deze rechtbank, betekend door het ambt van gerechtsdeurwaarder Nancy G., plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder van Mter Ann V. D. D., met kantoor te Brussel, ertoe strekkende:

- De vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens R. B. NV en H. B. BVBA in solidum te veroordelen tot de betaling van 9.351,42 € bruto ten titel van schadevergoeding, bedrag te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten vanaf de datum van opeisbaarheid tot aan de datum van algehele betaling
- R. B. NV en H. B. BVBA te veroordelen tot de kosten van het geding, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, zoals voorzien in artikel 1017.2 Gerechtelijk Wetboek
- Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande elk verhaal en met uitdrukkelijke uitsluiting van borgstelling en kantonnement.

Gezien de beschikking van de voorzitter van de arbeidsrechtbank d.d. 16.12.2011, waarbij de door partijen voorgestelde conclusietermijnen werden bekrachtigd met vaststelling rechtsdag volgens artikel 747 Ger.Wetboek op de openbare terechtzitting van 7.11.2012.

Gezien de oproeping van partijen overeenkomstig artikel 747 van het Gerechtelijk Wetboek, voor de openbare terechtzitting van 7.11.2012.

Gezien de conclusies voor eerste verweerster, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 2.3.2012.

Gezien het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst vanwege het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 12.3.2012, waarbij wordt gevorderd:

- akte te verlenen van het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst;
- dienvolgens die vrijwillige tussenkomst ontvankelijk te verklaren en de vorderingen gegrond te verklaren als volgt:
- te zeggen voor recht dat H. B. bvba zich t.a.v. mw. V. O. D. B. heeft schuldig gemaakt aan een discriminatie die verboden is in toepassing van art. 14 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie;
- de nietigheid vast te stellen van de in het uniformboekje geformuleerde discriminatoire bepalingen inzake het dragen van individuele religieuze, politieke, filosofische en culturele symbolen;
- H. B. bvba te veroordelen tot de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot in hoofde van verzoekster op 1.210,00 euro.

Gezien de conclusies voor tweede verweerster, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 2.4.2012.

Gezien de conclusies voor de vrijwillig tussenkomende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 2.5.2012, waarbij eveneens werd gevorderd een aantal prejudiciële vragen te stellen, met name:

AAN HET HOF VAN JUSTITIE:

Inzake directe discriminatie

1. Hoe dient het begrip "godsdienst" in de zin 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 geïnterpreteerd te worden? Vallen uitingen van religieuze overtuigingen (zoals het dragen van een hoofddoek) ook onder het discriminatiecriterium, zodat het verbod van directe discriminatie, zoals voorzien in artikel 2 van de Richtlijn ook bescherming biedt aan werknemers die ongunstiger worden behandeld omwille van het feit dat zij uiting geven aan de door hen beleden godsdienst? Dient hierbij rekening te worden gehouden met de door art. 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 beschermde godsdienstvrijheid en het recht op uiting van godsdienst zoals erkend door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden?

Inzake wezenlijke en bepalende beroepsvereisten/identiteitsgebonden ondernemingen

2. Hoe dient artikel 4 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 betreffende de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten geïnterpreteerd te worden? Kunnen werkgevers op basis van deze bepaling van hun werknemers eisen dat zij geen uiterlijke tekenen dragen van hun religieuze of filosofische overtuiging, zoals een hoofddoek, daar de werkgever zowel intern als extern een neutrale bedrijfsimago nastreeft? In welke mate is naar Europees recht vereist dat wezenlijke en bepalende beroepsvereisten transparant en voorzienbaar zijn bepaald in het nationale recht dat werd ingevoerd ter implementatie van de hoger genoemde Richtlijn?

3 Kan een private onderneming zich beroepen op het uitzonderingsregime van art. 4.2 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, dat voorzien is voor organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd?

Inzake indirecte discriminatie

4a) Hoe dient de rechtvaardigingstoets inzake indirecte discriminatie zoals omschreven in artikel 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 dan te worden uitgelegd, en in het bijzonder:

4b) De wens om een neutraal bedrijfsimago na te streven ten einde te vermijden dat klanten aanstoet zouden nemen aan de religieuze overtuiging zoals die door de werknemer zou kunnen worden geuit (zoals bijvoorbeeld via het dragen van een hoofddoek), door die werkgever worden aangehaald als een legitieme doelstelling geheel vrij van inherente discriminatoire overwegingen? Voldoet deze legitieme doelstelling, die wordt aangedragen door een private werkgever met het oog op de bescherming van zijn private belangen, aan de voorwaarden van artikel 9.2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden?

4c) Welke gestrengheid dient de nationale rechter aan de dag te leggen bij de beoordeling van de rechtvaardiging die door de werkgever wordt naar voor gebracht? Welke elementen dient de werkgever aan te dragen om het passend en noodzakelijk karakter aan te tonen van de door hem gevoerde neutraliteitspolitiek? Volstaat een algemene verklaring dat sommige klanten of medewerkers aanstoot zouden kunnen nemen aan bepaalde geloofsuitingen (zoals het dragen van een hoofddoek)? In welke mate en met welke gestrengheid dient de nationale rechter het passend en noodzakelijk karakter van de aangewende middelen te onderzoeken? Welk belang dient in dit kader gehecht te worden aan het feit dat de werkgever niet ingaat op de getoonde bereidheid van de betrokken werkneemster om met de werkgever een compromis te sluiten rond de uiting van haar godsdienst zoals bijv. de bereidheid om een meer discrete hoofddoek te dragen?

AAN HET GRONDWETTELIJK HOF:

Inzake het criterium geloof

" Schendt de interpretatie van artikel 2 van de Antidiscriminatiewet volgens dewelke uitingen van het geloof niet vervat zijn in het beschermde criterium geloof en aldus niet beschermd worden door voormelde wet, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet? Dient het criterium geloof in de Antidiscriminatiewet zo te worden geïnterpreteerd, om schending van artikelen 10 en 11 van de Grondwet te vermijden, dat uitingen van geloof inbegrepen zijn in dat criterium en aldus tevens beschermd worden?

Gezien de eerste conclusies voor eisende partij, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 3.5.2012.

Gezien de aanvullende conclusies voor eerste verweerster, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 4.6.2012.

Gezien de syntheseconclusies voor tweede verweerster, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 2.7.2012.

Gezien de syntheseconclusies voor de vrijwillig tussenkomende partij, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 30.7.2012.

Gezien de syntheseconclusies voor eisende partij, ontvangen ter griffie van deze rechtbank op 3.8.2012.

Gezien de syntheseconclusies voor eerste verweerster, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.9.2012.

Gezien de syntheseconclusies voor tweede verweerster, neergelegd ter griffie op 28.9.2012.

Gehoord ter zitting van 7.11.2012 partijen in hun middelen en gezegden. Gezien de voor partijen neergelegde stukken.

Gezien het schriftelijk advies van Mevrouw Karin L., arbeidsauditeur, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 19.11.2012.

Gezien de repliekconclusies voor eisende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.12.2012.

Gezien de repliekconclusies voor de vrijwillig tussenkomende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.12.2012.

Gezien de repliekconclusies voor eerste verwerende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.12.2012.

Gezien de repliekconclusies voor tweede verwerende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.12.2012.

Gezien de aangepaste stukkeninventaris en het aanvullend stuk, voor tweede verwerende partij, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 3.12.2012.

Gezien het schrijven van de raadsman van eisende partij, ontvangen per fax op de griffie van deze rechtbank op 5.12.2012, waarin de bemerking werd geformuleerd dat de repliek van tweede verwerende partij zich niet beperkt tot het antwoorden op het advies van het auditoraat.

Op 7.12.2012 werd aan de griffie nog een fax overgemaakt door de raadsman van tweede verweerster, die laattijdig was, gezien de debatten werden gesloten.

Men sprak de Nederlandse taal.

De verzoeningspoging is mislukt en partijen vorderen vonnis.

ONTVANKELIJKHEID

De vordering werd naar vorm en tijd, regelmatig ingesteld en is ontvankelijk.

Er zijn geen redenen voorhanden tot het inroepen van een ambtshalve grond van onontvankelijkheid.

Ook de vordering in vrijwillige tussenkomst is ontvankelijk.

Voor wat betreft het getuigenaanbod door tweede verweerster in de repliekconclusies, na het advies van het arbeidsauditoraat, merkt de rechtbank op, dat hiermee geen rekening kan worden gehouden, gezien aldus een nieuw verweer wordt ontwikkeld waaromtrent de overige procespartijen niet in de mogelijkheid waren standpunt in te nemen.

Voor wat betreft het nieuw overtuigingsstuk nr. 26 geldt dezelfde bemerking, zodat dit stuk uit de debatten wordt geweerd.

Tweede verweerster gaat aldus voorbij aan artikel 767§3 laatste lid van het Gerechtelijk Wetboek, waarbij gesteld wordt dat een repliek enkel in aanmerking wordt genomen, in zoverre ze antwoordt op het advies van het openbaar ministerie.

Het Hof van Cassatie stelde in een arrest van 20 september 2004 dat een rechter, een neergelegde conclusie, inhoudende een repliek op het advies van het openbaar ministerie alleen in aanmerking neemt in zoverre zij antwoordt op het advies van het openbaar ministerie.

(Cass. 20 september 2004, Soc. Kron. 2004, 570)

FEITEN

Mevrouw V. O. D. B. was met R. B. NV (hierna genoemd R.) verbonden door diverse achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor uitzendkrachten. Vanaf 17 december 2010 werd zij tewerkgesteld bij gebruiker H. B. BVBA (hierna genoemd H.), meer bepaald in het filiaal van Genk. Zij werd hier tewerkgesteld met opeenvolgende overeenkomsten, waarvan de laatste dateert van 16 februari 2011 met als einddatum 18 februari 2011. Haar functie was winkelbediende.

Mevrouw V. O. D. B. is moslima en zij uit dit onder meer door het dragen van een hoofddoek.

Op haar eerste werkdag biedt zij zich aan met hoofddoek en lange rok. Dat Mevrouw V. O. D. B. bereid was het H. uniform te dragen en haar lange rok te vervangen door een broek, daar zijn alle partijen het over eens. Wat de hoofddoek betreft lopen de versies uiteen.

Mevrouw V. O. D. B. en het CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING stellen dat er niets werd gezegd over haar hoofddoek of over het neutraliteitsbeleid dat H. zou voeren.

H. stelt dat de filiaalverantwoordelijke V. wel heeft voorgesteld om de hoofddoek uit te doen, maar dat Mevrouw V. O. D. B. weigerde.

Alle partijen zijn het er wel over eens dat Mevrouw V. O. D. B. het werk aanvatte met een hoofddoek en dat zij dit bleef doen gedurende al haar opeenvolgende tewerkstellingen als uitzendkracht.

Er werd haar bovendien een hoofddoek van H., die via het intern net in Nederland besteld werd, ter beschikking gesteld.

In het toenmalige uniform boekje van H. B. stond niets vermeld over hoofddoeken of andere religieuze tekens.

Over het functioneren van Mevrouw V. O. D. B. zijn er nooit negatieve opmerkingen geweest en haar contract werd telkens verlengd.

Ook over het verdere feitenverloop lopen de meningen uiteen.

Mevrouw V. O. D. B. en het CENTRUM stellen dat de filiaalverantwoordelijke op 17 februari 2011 plots meedeelde dat zij haar hoofddoek diende af te leggen omdat er opmerkingen van klanten waren gekomen. Er werd volgens haar ook toen geen melding gemaakt van enig neutraliteitsprincipe dat H. zou aanhouden in België. Haar laatste arbeidsovereenkomst voor uitzendkrachten die tot en met 18 februari zou duren werd niet verder gezet en er werd haar geen nieuw contract meer aangeboden door R.. De laatste dag van tewerkstelling was 17 februari, zoals blijkt uit het formulier C4. Het formulier C4 vermeldt als reden van het einde van de arbeidsovereenkomst : einde contract bepaalde duur (althoewel er dus nog 1 dag diende gepresteerd te worden).

H. stelt dat de filiaalverantwoordelijke van Genk, nadat er opmerkingen van klanten waren gekomen, contact heeft opgenomen met de hoofdzetel en het zou pas op dat ogenblik zijn dat de hoofdzetel op de hoogte was van het feit dat een verkoopster een hoofddoek droeg. H. stelt dat dit een persoonlijk initiatief van de filiaalverantwoordelijke was en dat zij toen heeft gesteld dat dit inging tegen het door haar gevoerde neutraliteitsprincipe. Er werd aan de filiaalverantwoordelijke opgedragen om de dresscode consequent toe te passen.

Dit werd aan Mevrouw V. O. D. B. meegedeeld en zij zou er de voorkeur aan gegeven hebben om in die omstandigheden niet meer voor H. te werken.

Feit is dat aan Mevrouw V. O. D. B. op 17 februari 2011 werd gezegd door een verantwoordelijke van H. dat zij niet meer kon werken met een hoofddoek. Aangezien Mevrouw V. O. D. B. haar hoofddoek niet kon of wilde afleggen, werd de tewerkstelling beëindigd.

Of er in casu sprake is van een ontslag, van een beëindiging door de werknemer of van een einde in wederzijds akkoord (zoals stuk 7 van R. vermeldt) is irrelevant voor de beoordeling van dit geschil. Alleszins is het hoofddoekverbod een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, die als contractbreuk dient te worden beschouwd.

Het gaat er enkel om of Mevrouw V. O. D. B. gediscrimineerd werd door haar werkgever/gebruiker toen haar werd verboden om bij de uitvoering van haar arbeidsovereenkomst haar hoofddoek te dragen en dat hierdoor een verdere samenwerking onmogelijk was.

Nadien (in maart 2011), nadat er gesprekken waren gevoerd met de het CENTRUM werd aan Mevrouw V. O. D. B. door tweede verweerster voorgesteld om terug te komen, maar dan wel in een functie waarbij zij zich niet aan de klanten zou moeten vertonen. Dit werd door Mevrouw V. O. D. B. niet aangenomen. Zij mocht met name haar hoofddoek niet dragen in haar gebruikelijke functie als verkoopster, maar mocht hem enkel aandoen als zij backstage in het magazijn wou werken zodat zij niet in contact kwam met het publiek.

De rechtbank vindt de persberichten, die H. kort na de feitelijkheden zelf verspreidde, van belang om een idee te hebben omtrent de juiste toedracht, vooraleer een bijsturing in het kader van de gevoerde procedure op eventueel advies van raadslieden, is tussengekomen. Om deze reden acht de rechtbank het aangewezen beide persberichten in extenso weer te geven:

" STATEMENT H.

Amsterdam 8 maart 2011

Standpunt H. inzake hoofddoekgebruik in Belgische winkels
Nederlandse winkelketen respecteert Belgische gewoonten.

H. reageert op de berichtgeving in de media over het niet verlengen van het contract van een Belgische uitzendkracht in filiaal Genk vanwege het dragen van een hoofddoek. Wij realiseren ons dat het een gevoelig onderwerp betreft en wij betreuren dat wij onderdeel worden van een politieke discussie. In België is het klaarblijkelijk niet gebruikelijk een hoofddoek te dragen in de winkelketens, supermarkten en publieke functies. H. confirmeert zich aan de gewoonten van een land. We kunnen

België of één van de andere landen waarin H. is gevestigd dan ook niet vergelijken met Nederland waar over het algemeen anders gekeken wordt naar het dragen van een hoofddoek. In Nederland maakt de hoofddoek onderdeel uit van de bedrijfskleding (optioneel) en in België en Frankrijk niet.

De Belgische uitzendkracht heeft gevraagd of zij een hoofddoek tijdens haar werkzaamheden kon dragen. In eerste instantie is hiermee ingestemd. Over haar hoofddoekgebruik kwamen veel negatieve reacties van klanten. Omdat het in België niet gebruikelijk is in openbare ruimten een hoofddoek te dragen en wij ons als H. aanpassen aan de cultuur en gewoonten van een land, is de uitzendkracht gevraagd haar hoofddoek niet meer te dragen. Klanten hechten blijkbaar veel belang aan een op dat vlak neutraal en discreet imago. De uitzendkracht koos er evenwel voor dit niet te doen en daarom is haar contract niet verlengd. Wij benadrukken dat deze beslissing niet is gericht tegen het dragen van hoofddoeken in het bijzonder maar dat dit geldt voor alle uitingsvormen die afbreuk zouden doen aan een neutraal en discreet imago van H.." (vetdruk door de rechtbank aangebracht)

"PERSBERICHT

H. verfijnt intern reglement bedrijfskleding

Brussel, 11 maart 2011- H. heeft haar intern reglement betreffende het dragen van bedrijfskleding in haar winkels verfijnd. Met dit duidelijker reglement sluit de winkelketen zich trouwens aan bij wat in vele winkelketens, supermarkten en andere bedrijven en organisaties gebruikelijk is, nl. het zich zo neutraal mogelijk opstellen ten aanzien van het publiek.

Concrete aanleiding hiertoe was het niet verlengen van het contract van een uitzendkracht in het filiaal te Genk. De betrokken interimkracht gaf er de voorkeur aan om haar hoofddoek te blijven dragen. In eerste instantie had de directie hiermee ingestemd. Omdat het blijkbaar niet gebruikelijk is om in openbare ruimten een hoofddoek te dragen, en wij ons als H. aanpassen aan de cultuur en de gewoonten van een land, is de uitzendkracht gevraagd haar hoofddoek niet meer te dragen. De uitzendkracht koos er evenwel voor dit niet te doen, en om die reden werd haar contract niet meer verlengd. Door het dragen van de hoofddoek eerst wel toe te staan en later niet meer, heeft H. naar deze uitzendkracht onjuist gehandeld. H. heeft inmiddels aan deze uitzendkracht aangeboden om terug voor H. te komen werken.

Om in de toekomst soortgelijke situaties te voorkomen, heeft H. het reeds bestaande interne reglement qua werkkleding en voorkomen verder verfijnd. Hiervoor heeft H. de voorbije dagen contact opgenomen met andere bedrijven alsook publieke instanties. Daarmee wil H.— een internationale groep, zich confirmeren aan de gewoonten van het land waarin het actief is. Dit betekent dat het beleid ten aanzien van de bedrijfskleding per land kan verschillen. Voor België geldt dat H. een neutraal imago naar haar klanten wil uitdragen. Daarbij benadrukken wij dat dit beleid niet gericht is tegen het dragen van hoofddoeken, of andere symbolen in het bijzonder, maar dat dit geldt voor alle uitingsvormen die afbreuk zouden kunnen doen aan een neutraal en discreet imago van H., aldus Jan C., Human Resources manager, H. BELGIE.) (vetdruk aangebracht door de rechtbank)

Op 5.4.2011 schrijft het CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, H. aan, nadat er op 10.3.2011 met het oog op een constructieve oplossing, een onderhoud plaatsvond, tussen de directie en de

dossierbeheerder van het Centrum en het hoofd Human Resources, de manager Human Resources Jan C. en Mevrouw K. voor H..

Bij schrijven van 7.4.2011 vordert het BBTK namens Mevrouw V. O. D. B., zowel van H. als van R. een schadevergoeding van 6 maanden loon wegens discriminatoir ontslag.

Bij schrijven van 12.4.2011 bevestigt Mter V. geraadpleegd te zijn door H. en deelt hij mee om al het mogelijke te doen om nog voor het einde van de maand het standpunt van zijn cliënte kenbaar te maken.

Bij schrijven van 22.4. 2011 vraagt Mter V. uitstel tot uiterlijk 15 mei 2011 om het standpunt van zijn cliënte mee te delen, gezien het dossier grondig wordt bestudeerd, aangezien zijn cliënte zorgvuldig op alle elementen van de brief van 7.4.2011 wenst te antwoorden.

Bij schrijven van 13.5.2011 wordt door Mter V. in extenso geantwoord op het schrijven van het BBTK.

Bij aangetekend schrijven van 17.5.2011 beantwoordt H. zelf het schrijven van 5.4.2011 van het Centrum voor Gelijkeheid van Kansen en voor Racismebestrijding.

Bij schrijven van 18.5.2011 beantwoordt ook R. zelf uitgebreid het schrijven van het BBTK van 7.4.2012.

Op 17.11.2011 dagvaardt Mevrouw V. O. D. B. zowel H. als R. voor deze rechtbank.

Op 12.3.2012 komt het CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING vrijwillig tussen in huidige procedure. Het Centrum zal enkel een vordering stellen opzichts H..

TEN GRONDE

A.WAT BETREFT DE VORDERING OP GROND VAN DISCRIMINATIE

PRINCIPES

1.

Het gelijkheidsbeginsel valt uiteen in drie componenten:

- gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld,
- ongelijke gevallen ongelijk,
- in de mate van hun ongelijkheid.

Keerzijde van het gelijkheidsbeginsel is het discriminatieverbod: wie gelijke gevallen ongelijk behandelt of ongelijke gevallen gelijk, discrimineert en schendt aldus het discriminatieverbod.

Direct onderscheid is rechtstreeks gebaseerd op een uitdrukkelijk in een wet of verdrag vermelde discriminatiegrond (volgens de Europese richtlijnen: ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, seksuele geaardheid, leeftijd,

handicap) terwijl bij een indirect onderscheid een onderscheidingsmaatstaf wordt gebruikt die ogenschijnlijk neutraal is, maar het effect heeft van een onderscheid op basis van datzelfde criterium.

Het toetsingsmodel is een concrete juridische vertaling van het gelijkheidsbeginsel. Hiermee toetst de rechter of een betwiste handeling al dan niet discriminatoir is. De klassieke toetsingsingang is de vergelijkbaarheidstoets. Daarbij gaat de rechter na of degene die zich over een ongelijke behandeling beklagt zich in een vergelijkbare situatie bevond als een gunstiger behandelde categorie personen. Is hieraan niet voldaan dan kan de klager immers geen aanspraak maken op een andere behandeling dan degene die hem te beurt viel. De vergelijkbaarheidstoets werkt dus schiftend.

Bij de vergelijkbaarheidstoets wordt er concreet nagegaan of de persoon die meent gediscrimineerd te zijn, ongunstiger behandeld wordt in vergelijking met een nuttige referentiepersoon.

De vaststelling van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, van een gelijke behandeling in onvergelijkbare gevallen, of van een benadeling volstaat niet om van discriminatie te kunnen spreken. Het gelijkheidsbeginsel is pas geschonden wanneer het gemaakte onderscheid (of het ontbreken ervan) inhoudelijk niet kan worden verantwoord. De inhoudelijke beoordeling vormt de tweede fase van de rechterlijke toetsing: de rechtvaardigingstoets.

2.

De Kaderrichtlijn 2000/78 (van toepassing in arbeid en beroep) voorziet in een opsomming van discriminatiegronden: leeftijd, handicap, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid.

De Kaderrichtlijn legt een minimumstandaard op, die verplicht moet worden nageleefd.

Elke directe discriminatie op grond van een beschermd criterium is verboden, tenzij de Richtlijn uitdrukkelijk in een uitzondering voorziet, hetgeen het geval is voor:

- leeftijd, indien voorzien door de nationale wetgever
- nationale wetgeving die aan kerken en tendensverenigingen het recht verschaft om in bepaalde omstandigheden een onderscheid te maken op basis van godsdienst of overtuiging (vb een kerk mag eisen dat een priester haar geloof aanhangt)
- de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste in de arbeidsverhoudingen
- een positieve actie in de zin van de Richtlijn

Een indirecte discriminatie kan objectief gerechtvaardigd worden. Met name het onderscheid steunt op een legitiem doel, het onderscheid is passend voor het bereiken van dit doel en noodzakelijk.

De wet van 25 februari 2003 tot bestrijding van de discriminatie is de omzetting van de Europese Ras-en Kaderrichtlijnen in het Belgische Recht.

Het arrest van het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, nr. 157/2004 vernietigde de discriminatiegronden zoals voorzien in de wet van 25.2.2003, zodat er sprake was van een open stelsel van discriminatiegronden.

Op 10.5.2007 (BS 30.5.2007) werd de nieuwe discriminatiewet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie uitgevaardigd, waarbij discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst wordt bestreden.

3.

Krachtens het gemeenschapsrecht zijn de Belgische rechters verplicht het nationale recht zo veel als mogelijk richtlijnconform te interpreteren en, indien dat niet mogelijk is, de strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten.

Uitgangspunt is het algemene principe van voorrang van het gemeenschapsrecht. Dit heeft de voorrang van richtlijnen, boven daarmee strijdige regels van nationaal recht, tot gevolg.

Tijdens de laatste jaren is duidelijk geworden dat het Hof (van Justitie) het principe om de strijdige regels van nationaal recht, buiten toepassing te laten, ook toepast wanneer het wordt geconfronteerd met een geschil tussen particulieren. In deze omstandigheden is het niet van belang of de bepalingen van de Richtlijn die worden ingeroepen rechtstreekse werking bezitten.

Zelfs in een geschil tussen particulieren dient de nationale wetgeving, die strijdig is met een Richtlijn buiten toepassing gelaten te worden.

Er dient dan ook besloten te worden tot een indirecte horizontale rechtstreekse werking van de Kaderrichtlijn.

Er kan geen twijfel bestaan omtrent de verplichting die thans reeds voor de nationale rechter bestaat, met name een richtlijnconforme interpretatie van de Belgische Wetgeving.

De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat de termen van een bepaling van gemeenschapsrecht, die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Gemeenschap autonoom en uniform worden uitgelegd. Indien een bepaald begrip in de richtlijnen niet wordt gedefinieerd en desbetreffend evenmin verwezen wordt naar het nationale recht van de lidstaten, zal het Europees Hof van Justitie hieromtrent uitsluitel dienen te geven.

Het Europees Hof van Justitie houdt in dit verband rekening met o.a. de rechtspraak ontwikkeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nu de Europese Unie de grondrechten eerbiedigt, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 (hierna EVRM)

Sinds de afkondiging van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (aanvankelijk op 7.12.2000 te Nice) en nadien opnieuw afgekondigd te Straatsburg op 12.12.2007, kunnen in het kader van de Unie de grondrechten worden ingeroepen die aldus zijn neergelegd in het Handvest, het EVRM, het BUPO VERDRAG en de andere internationale overeenkomsten en/of die voortvloeien uit gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

In het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie werden de grondrechten van de Europese Unie en andere grondrechten, samengebracht. De Unierechtscolleges verwijzen steeds meer naar de bepalingen van het Handvest.

(LENAERS Koen, VAN NUFFEL P, Europees recht, blz. 554, nr. 727 en blz. 557 nr. 729)

Het EVRM en de aldaar voorziene grondrechten werken ook door in horizontale verhoudingen. Zo is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van mening dat de bepalingen van het EVRM niet enkel negatieve overheidsverplichtingen inhouden, op grond waarvan de overheid zich moet onthouden van hunenging in de uitoefening van de vrijheden die beschermd worden door het verdrag. Het Hof oordeelt dat het EVRM ook positieve verplichtingen inhoudt. De overheid moet immers maatregelen nemen om een normale beleving en ontwikkeling van de vrijheden die door het verdrag worden beschermd, mogelijk te maken.

Deze positieve verplichtingen hebben ook gevolgen voor horizontale relaties tussen burgers, via de door het Hof ontwikkelde theorie van de indirecte derdenwerking. Om de rechten en vrijheden die in het EVRM vervat zijn zo volkomen mogelijk te waarborgen, moet de overheid de nodige maatregelen nemen opdat derden geen inbreuk zouden plegen op de grondrechten van medeburgers, en in passende procedures voorzien om de schending door derden te doen vaststellen en sanctioneren.

(MAES G. De afdwingbaarheid van sociale grondrechten, 177-205)

De theorie van de indirecte derdenwerking wordt door Jan V. verwoord als volgt:

"Grondrechten - ook de klassieke liberale afweerrechten worden (.) steeds meer beschouwd als een opdracht voor de overheid. Niet alleen moet die zelf die grondrechten eerbiedigen, hij moet ze ook doen eerbiedigen door de medeburgers. In internationale verdragen en met name bv. in het EVRM hebben de staten er zich toe verbonden de fundamentele rechten en vrijheden te "waarborgen". Dit houdt niet alleen in — zich onthouden van inbreuken op die grondrechten- doch ook positieve verplichtingen. De overheid dient met name de burgers efficiënt en doeltreffend te beschermen tegen inbreuken op hun rechten door andere burgers.

De beschermingsplicht impliceert in de eerste plaats dat de overheid poogt schendingen van grondrechten, in de mate van het mogelijke; te voorkomen. Uiteraard is dit geen resultaatsverplichting, doch een inspanningsverplichting waaraan bv. kan worden voldaan door in het algemeen de inbreuk op de grondrechten te verbieden, en meer in bijzonder specifieke voorzorgsmaatregelen te nemen bij een immanente bedreiging van een recht. De beschermingsplicht impliceert daarenboven dat de overheid bij schending van een grondrecht door medeburgers rechtsbescherming biedt aan het slachtoffer en rechtsherstel mogelijk maakt." (V. Jan, De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen, in Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel in de nieuwe antidiscriminatiewet, Maklu, 2003, 291-292)

Overigens verwijst de Richtlijn zelf naar de rechten zoals gewaarborgd door het EVRM, BUPO en UVRM en naar het feit dat het doel van de Richtlijn gelegen is in het nastreven van de naleving van die rechten:

(1) Overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de Europese Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht

(4) Gelijkheid voor de wet en bescherming van eenieder tegen discriminatie is als universeel recht erkend door de Universele Verklaring van de rechten van de mens, door het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, door de Internationale Verdragen van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten, respectievelijk inzake economische, sociale en culturele rechten, en door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die door alle lidstaten zijn ondertekend; Verdrag nr. 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie verbiedt discriminatie op het terrein van arbeid en beroep.

(5) Het is belangrijk dat deze fundamentele rechten en vrijheden worden geëerbiedigd. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

4.

Op het vlak van de in de Richtlijn 2000/78 verboden directe discriminatie op grond van "handicap, godsdienst of overtuiging, leeftijd en seksuele geaardheid" bestaat de enige rechtvaardigingsmogelijkheid aldus in het aantonen dat het kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zou vormen.

Hoewel de Belgische wetgever aanvankelijk een open rechtvaardigingsstelsel had ingevoerd, kon dit niet steeds worden toegepast door de rechtbanken. De Europese Richtlijnen hanteren namelijk een gesloten rechtvaardigingsstelsel inzake directe discriminatie. Men kon zich in België dus enkel beroepen op een "objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond", in zoverre dit niet strijdig is met de Europese Richtlijnen.

Thans stelt artikel 8 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 dat een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap... uitsluitend gerechtvaardigd kan worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

5.

Artikel 4 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 omschrijft directe discriminatie als: direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II.

Een direct onderscheid wordt omschreven als: de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria.

Overeenkomstig artikel 8 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 kan een direct onderscheid op grond van geloof (discriminatiegrond die voortvloeit uit de Europese richtlijn) in arbeidsbetrekkingen enkel gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

Voor wat betreft de gevallen die onder het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen vallen, dringt zich ten aanzien van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, een restrictieve, richtlijnconforme interpretatie op. Daarbij volstaat het bijvoorbeeld niet dat een bepaald kenmerk slechts nuttig of gepast zou zijn voor het uitoefenen van de beroepsactiviteit en biedt ook de evenredigheidstoets weinig ruimte voor uitzonderingen.

De wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is dus van strikte interpretatie en veronderstelt dus dat er een duidelijke noodzaak of een duidelijke behoefte bestaat en dat het niet voldoende is dat een bepaald kenmerk nuttig of gepast zou zijn voor het uitoefenen van de beroepsactiviteit. Of een kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, dient beoordeeld te worden vanuit de aard van de beroepsactiviteit of vanuit de context waarin ze wordt uitgevoerd. In dit verband dient opgemerkt te worden dat men in de literatuur over dit onderwerp nog niet veel verder is geraakt dan de evidente voorbeelden van de buschauffeur die een rijbewijs moet hebben om aangeworven te worden en ontslagen kan worden wanneer hij dit rijbewijs verliest, de piloot die niet blind mag zijn of worden...

Artikel 8 van de Antidiscriminatiewet stelt in § 2 dat er van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste slechts sprake kan zijn als :

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met ... geloof of levensbeschouwing....., vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten, of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en
- het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van de nagestreefde doelstelling

Een indirect onderscheid wordt door artikel 4 van de Antidiscriminatiewet omschreven als: de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.

Een indirect onderscheid op grond van geloof kan daarentegen gerechtvaardigd worden door een legitieme doelstelling, voor zover de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Zo kan een neutrale dresscode, waarbij verbod wordt opgelegd tot het dragen van zichtbaar politieke, filosofische of religieus kenmerkende tekens (zoals het verbod tot het dragen van een hoofddoek) een indirect onderscheid op grond van geloof tot gevolg hebben. Hier is een objectieve en redelijke rechtvaardiging mogelijk.

6.

De Europese Kaderrichtlijn vermeldt als beschermd criterium " de godsdienst" doch definieert dit begrip niet.

De Antidiscriminatiewet van 10.5.2007 beschermt het criterium geloof of levensbeschouwing, en geeft evenmin enige begripsomschrijving.

De vraag stelt zich dan ook hoe het begrip geloof/godsdienst geïnterpreteerd moet worden en met name of het uiten van een geloof, in casu het dragen van een hoofddoek eveneens valt onder het beschermd criterium geloof.

Zoals de rechtbank hoger reeds aangaf dient het beschermd criterium te worden uitgelegd volgens het gemeenschapsrecht.

Het principe van de vrijheid van geloof en het recht om zijn of haar godsdienst tot uitdrukking te brengen in de praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften (zoals het dragen van een hoofddoek) wordt beschermd in verscheidene internationale bepalingen:

"Een ieder heeft het 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." (art. 9.1. EVRM)

"Een ieder heeft het recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst. Dit recht omvat mede de vrijheid een zelf gekozen godsdienst of levensovertuiging te hebben of te aanvaarden, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven, zijn godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen door de eredienst, het onderhouden van de geboden en voorschriften, door praktische toepassing en het onderwijzen ervan." (art. 18 BUPO)

"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 in zijn particuliere leven zijn godsdienst of overtuiging te belijden door het onderwijzen ervan, door de praktische toepassing, door eredienst en de inachtneming van de geboden en voorschriften." (art. 18 UVRM)

In de Europese Unie is de godsdienstvrijheid neergelegd in artikel 10, lid 1, van het Handvest. Dit recht is eveneens in dezelfde bewoordingen neergelegd in artikel 9, lid 1, EVRM. Overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest dient bij de bepaling van de inhoud en de reikwijdte van die vrijheid rekening te worden gehouden met de door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dat verband ontwikkelde rechtspraak.

(H.v..1. arrest van 22 december 2010, DEB 5C279/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt. 35— aangehaald in Conclusie advocaat-Generaal B. van 19.4.2012 <http://eur-lex.europa.eu>, CELEX 62011CC0071)

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt dat wanneer een vrouw meent te moeten gehoorzamen aan een religieuze regel door de hoofddoek te dragen, men

ervan mag uitgaan dat het dragen van de islamitische hoofddoek gemotiveerd of geïnspireerd is door een religie of overtuiging, zonder dat moet nagegaan worden op dit gedrag in alle situaties een voltooiing is van een religieuze plicht: (E.H.R.M. 10 november 2005, Sahin/Turkije, www.echr.coe.int, r.o. 76-78)

"Eiseres stelde dat haar kledijkeuze diende beschouwd te worden als gehoorzaming aan een religieus voorschrift dat zij beschouwt als 'een erkende praktijk'. Ze verdedigde dat de kwestieuze beperking, met name de regels voor het dragen van de islamitische hoofddoek in universiteitsgebouwen, een duidelijke inbreuk zijn op haar recht om haar geloof te uiten. (. . .) Wat betreft de vraag of er sprake is van een inbreuk, treedt de Grote Kamer de volgende bevindingen van de Kamer bij (zie paragraaf 71 van de beslissing van de Kamer): 'Eiseres stelde dat zij door een hoofddoek te dragen een religieus voorschrift naleeft en daardoor haar wil uitdrukt om de verplichtingen opgelegd door het islamitische geloof strikt na te leven. Bijgevolg' kan haar beslissing om een hoofddoek te dragen beschouwd worden als gemotiveerd of geïnspireerd door een godsdienst of overtuiging en, zonder te beoordelen of dergelijke beslissingen altijd worden genomen om een religieuze plicht te vervullen, baseert het Hof haar verdere oordeel op de veronderstelling dat de kwestieuze regels, die het dragen van de islamitische hoofddoek op bepaalde plaatsen en op bepaalde wijzen verboden in universiteiten, een inbreuk vormen op het recht van eiseres om haar godsdienst te uiten."

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelde in tal van arresten dat het uiten van geloof als beschermd criterium te aanzien is, al nam het geen schending van artikel 9§1 van het EVRM aan, omdat de vrijheid van godsdienst niet absoluut is en met name kan begrensd worden, zoals ook voorzien is in artikel 9§2 EVRM. Wat het dragen van een hoofddoek betreft werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, reeds verschillende malen aanvaard dat het wel degelijk om een uitoefening van de godsdienstvrijheid gaat. (FOBLETS MC — V. J, De hoofddoek, het onderwijs en de antidiscriminatiewet, R.W. 2006-2007 nr. 4 van 23.9.2006, blz. 128,nr. 16 en de aldaar aangehaalde verwijzingen onder voetnoot 46) In dit verband kan nog worden verwezen naar de arresten E. M./ Frankrijk, 15585/06 van 4.3.2008 — D./Frankrijk, 27058/05 en K./Frankrijk 31645/04 van 4.12.2008 Ahmet A. en anderen/Turkije van 23.2.2010, in welk geval wel een schending werd aangenomen.

Ook het Europees Hof van Justitie sprak zich in haar arrest van 27.10.1976 (P. v. Raad, 130/75 (terug te vinden op de website curia) uit over de vrijheid van godsdienst (artikel 9 EVRM) in een zaak waar een Britse solliciteerde voor een betrekking als ambtenaar en werd toegelaten tot het schriftelijk examen. Mevrouw P. gaf aan dat zij op de voorziene datum niet aan het examen kon deelnemen omdat zij joods was en het examen viel op de eerste dag van het Joodse Wekenfeest, gedurende welk feest reizen en schrijven verboden was. Zij verzocht dan ook het examen op een andere dag te mogen afleggen.

Het Hof beschouwde de uitingen van het geloof als een beschermd criterium maar wees de vordering af op grond van volgende motiveringen: (dictum 16 -19) 16.dat indien een kandidaat het tot aanstelling bevoegde gezag mededeelt dat dwingende voorschriften van godsdienstige aard hem beletten op bepaalde dagen aan het examen deel te nemen, dat gezag daarmee rekening dient te houden en een andere dag voor het examen moet trachten te vinden;

17. dat evenwel, indien de kandidaat niet tijdig mededeling doet van zijn problemen, het tot aanstelling bevoegde gezag kan weigeren een andere dag aan te wijzen, met name wanneer de andere kandidaten reeds voor het examen zijn opgeroepen;

18. dat, zo het al wenselijk is dat het tot aanstelling bevoegde gezag zich in het algemeen ervan op de hoogte stelt welke dagen om godsdienstige redenen niet geschikt kunnen zijn, en de vaststelling van examens op die dagen tracht te vermijden, niettemin om bovenvermelde redenen niet kan worden aangenomen dat het Ambtenarenstatuut en de eerder genoemde fundamentele rechten het tot aanstelling bevoegde gezag verplichten onder alle omstandigheden rekening te houden met een godsdienstige verplichting waaromtrent het niet is ingelicht;

19. dat weliswaar verweerder bij tijdig bericht van verhindering gehouden is alle redelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat examens worden georganiseerd op een dag waarop een kandidaat op grond van zijn godsdienst niet aanwezig kan zijn, doch in casu kan worden vastgesteld dat verweerder niet vóór de vaststelling van de examendag op de hoogte is gesteld van het feit dat verzoekster op bepaalde dagen zou zijn verhinderd, en derhalve, nu de andere kandidaten reeds waren opgeroepen, mocht weigeren een andere dag aan te wijzen;

20. dat derhalve het beroep moet worden verworpen;

Tenslotte verwijst de rechtbank naar de conclusie van advocaat-generaal B. van 19 april 2012 inzake Bundesrepublik Deutschland tegen Y (C 71/11) en Z (C 99/11) (<http://eur-lex.europa.eu>, CELEX 62011CC0071):

33. Volgens het Hof vormt de godsdienstvrijheid één van de fundamentele elementen van een democratische samenleving. Het gaat volgens het Hof om een wezenlijk element van de identiteit van gelovigen en van hun levensvisie, en het is een kostbaar goed voor atheïsten, agnosten, sceptici en onverschilligen.

34. De godsdienstvrijheid valt enerzijds onder het forum internum, te weten het recht een godsdienst te hebben, er geen te hebben of van godsdienst te veranderen. Het begrip godsdienst wordt ruim uitgelegd aangezien het blijkens artikel 10, lid 1, sub b, van de richtlijn, de theïstische, de niet-theïstische en de atheïstische overtuigingen omvat. Het begrip betreft niet enkel de traditionele godsdiensten, zoals de katholieke en de islamitische godsdienst, maar eveneens de recentere of minderheidsgodsdiensten.

35. Dit bestanddeel van de godsdienstvrijheid geniet een absolute bescherming.

36. Anderzijds omvat de godsdienstvrijheid de vrijheid zijn geloof te belijden. Die vrijheid kan zeer uiteenlopende vormen aannemen, aangezien zij zowel alleen als met anderen, privé of in het openbaar, in erediensten, in onderricht, in de praktische toepassing ervan of in het onderhouden van geboden en voorschriften kan worden uitgeoefend.

37. De vrijheid zijn godsdienst te belijden is echter niet absoluut. Zij beschermt niet eender welke handeling die is gemotiveerd of geïnspireerd door een godsdienst of een overtuiging, en verzekert niet altijd het recht om zich te gedragen op een wijze die door een godsdienstige overtuiging wordt voorgeschreven. Bovendien kan die vrijheid op nationaal niveau worden beperkt onder de voorwaarden die uitdrukkelijk zijn bepaald in artikel 52, lid 1, van het Handvest en artikel 9, lid 2, EVRM

Naar het oordeel van de rechtbank behoren geloofsuitingen, zoals het dragen van hoofddoek aldus ontegensprekelijk tot het beschermd criterium geloof.

Zoals Cristian B. (Discriminatie tegenover differentiatie, Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet, blz. 384, nr. 1062) al opmerkte, zou het discriminatieverbod met betrekking tot geloof en levensbeschouwing, sterk aan maatschappelijke relevantie inboeten, als het geen bescherming zou bieden aan het gedrag waardoor uitdrukking wordt gegeven aan een bepaald geloof.

7.

Het inroepen van het recht op godsdienstvrijheid is evenwel niet absoluut en kan op legitieme wijze ingeperkt worden.

Artikel 9§2 van het EVRM bepaalt immers:

De vrijheid van godsdienst of overtuiging te belijden kan aan geen beperkingen zijn onderworpen dan die welke bij wet zijn voorzien, en die in een democratische samenleving nodig zijn voor de openbare orde, gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Opdat de beperking toegelaten zou zijn, dient zij cumulatief te voldoen aan de voorwaarden van legaliteit, legitimititeit en proportionaliteit.

Opdat een beperking op de vrijheid van geloofsuiting rechtmatig zou zijn, dient zij vooraleerst "bij wet te zijn voorzien".

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft met deze voorwaarde echter niet vereist dat er sprake zou zijn van een wet in de formele zin van het woord. Het is voldoende dat de beperking enige basis heeft in de wet, dat de regeling toegankelijk is voor iedereen en dat de burgers op een redelijke wijze de werking van de beperking kunnen voorspellen.

(zie Hof Mensenrechten, L. e.a. t. Griekenland, 24 februari 1998, r.o. 40; Hof Mensenrechten, H. en C.. Bulgarije, 26 oktober 2000, r.o. 84; Hof Mensenrechten, Metropolitan Church of Bessarabia e.a. T. Moldavië, : 27 maart 2002, r.o. 109; Hof Mensenrechten, L. S.. Turkije, 10 november 2005, r.o. 84; Hof Mensenrechten, B. A. O.M. e.a. t. Moldavië 27 mei 2007, r.o. 33; Hof Mensenrechten, R. der z J. e.a. t. Oostenrijk, 31 juli 2008, r.o. 71; Hof Mensenrechten, Hof Mensenrechten, D.. Frankrijk 4 december 2008 r. o. 52.)

Op basis van artikel 9.2 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan de Belgische werkgever het dragen van een hoofddoek tijdens de werkuren verbieden door middel van een neutraliteitsbeleid.

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens heeft in diverse arresten geoordeeld dat er geen absoluut recht bestaat om te allen tijde zijn geloof te uiten en in het bijzonder om een hoofddoek te dragen. Verwezen kan worden naar de diverse arresten tegen Turkije (K.. Turkije en B.. Turkije, beide uitspraken van 3 mei 1993, - L. S.. Turkije, 29 juni 2004- A.. Frankrijk, 30 juni 2009- en Zwitserland (D.t. Zwitserland, 15 februari 2001, www.echr.coe.int).

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 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.

Het Hof steunde zich bij zijn besluitvorming niet uitsluitend op de neutraliteits 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.

In het arrest S.. Italië van 3 april 2012 (28780/08, stelde het Europees Hof dat de godsdienstvrijheid van een Joodse advocaat niet geschonden was, omdat een Italiaanse rechtbank een zittingsdag, die op Jom K. viel, niet wou verplaatsen. De inmenging in de godsdienstvrijheid werd door het Hof alleszins proportioneel geacht, in het licht van de doelstelling om de goede werking van justitie te garanderen.

(zie ook Juristenkrant van 16.5.20121, p7)

De rechtbank verwijst in dit verband ook naar het uitgebreid gemotiveerde vonnis van de Arbeidsrechtbank Antwerpen d.d. 27.4.2010 A.R. 06/397639/A en het uitgebreid gemotiveerd arrest van het Arbeidshof Antwerpen d.d. 23.12.2011, A.R. 20101AA1453 en 20101AA1467, beide onuitgegeven. In deze casus werd de neutrale dresscode die in het arbeidsreglement was ingeschreven, en op grond waarvan het personeel geen hoofddoek mocht dragen op het werk, als gerechtvaardigd beschouwd. De neutrale dresscode is ingegeven door een legitieme doelstelling, met name het vrijwaren van een vreedzame en verdraagzame samenleving intern in de onderneming, en extern van het cliënteel, door het aannemen van een neutraal uiterlijk ten aanzien van eenieder.

8.

De vraag stelt zich of een ongelijke behandeling op grond van het beschermd criterium geloof, zoals een hoofddoekenverbod, aanleiding kan geven tot een directe of een indirecte discriminatie.

De vraag is van belang, nu een mogelijke directe discriminatie slechts zeer beperkt kan gerechtvaardigd worden, met name op grond van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

De rechtbank vindt wat dit betreft inspiratie in de rechtspraak van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling die zich meermaals heeft uitgesproken over dit soort problemen.

In verband met de islamitische hoofddoek oordeelde de Commissie dat een verbod op het dragen ervan tijdens het werk een direct onderscheid op grond van godsdienst uitmaakt (dat onder de AWGB nooit gerechtvaardigd kan worden), wanneer de werkgever uitdrukkelijk refereert naar de hoofddoek"

Wanneer het verbod gebaseerd is op een algemeen kledingvoorschrift, gaat het daarentegen om een indirect onderscheid, dat in principe gerechtvaardigd kan worden, zodat deze situatie zich beter leent tot een vergelijking met de Belgische wet. In twee beslissingen van 2002 ging het over meisjes die via een uitzendbureau hadden gesolliciteerd naar de functie van kas-balie medewerkster bij een handelsbank. De bank hanteerde een beleid waarbij het dragen van een hoofddoek was toegestaan, met uitzondering van het personeel dat werkzaam is in de cliëntenruimte van een kantoor dat gevestigd is in een (deel van een) gemeente waar het dragen van 'een hoofddoek

niet gangbaar is. Indien hierover klachten kwamen van cliënten, zou de medewerkster worden gevraagd de hoofddoek af te doen. De Commissie oordeelde dat dit geen objectief gerechtvaardigd onderscheid was, en dat er dus sprake was van discriminatie. In een eerdere beslissing was al geoordeeld dat een waarnemend griffier, een inpakster en een doktersassistente een hoofddoek moeten kunnen dragen. Een verbod op de hoofddoek tijdens de gymnastiekles om veiligheidsredenen is echter wel objectief gerechtvaardigd.

(CGB, 1995-31 (schoonmaakster), CGB, 1999-103 (stage in school), CGB, 1999-18 (stage in school), CGB, 1997-14 - CGB, 2002-125 en CGB, 2002-123)

(zie D. V. Marc en B. Eva, De wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, blz 57-58, nr. 56, 57— B. Christian, (Discriminatie tegenover differentiatie, Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet, blz. 385 nr. 1064)

In de (Belgische) zaak F. stelde het Hof van Justitie in een arrest van 10 juli 2008 en dat in antwoord op een prejudiciële vraag van het arbeidshof te Brussel dat de werkgever die geen alloctonen aanneemt om reden dat zijn klanten hieromtrent opmerkingen maken, een daad van directe discriminatie begaat: (Arbh. Brussel 28 augustus 2009, Soc. Kron. 2010, afl.5, 260

Een gelijkaardige zaak die de Commissie Gelijke Behandeling behandelde (CGB 1997-16), betrof het wegsturen van een uitzendkracht werkzaam in een inpakbedrijf die omwille van het dragen van een hoofddoek door haar collega's werd uitgelachen. Zij is na enkele uren weggestuurd omdat het productieproces hierdoor verstoord raakte. De Commissie meende echter dat de werkgever zich schuldig had gemaakt aan discriminatie door de negatieve houding van de personeelsleden als gegeven te beschouwen en tot uitgangspunt van haar eigen handelen te maken in plaats van deze te bestrijden

(zie D. V. Marc en B. Eva, De wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, blz 58, nr. 58)

9.

Eén van de pijlers van het antidiscriminatierecht wordt gevormd door het principe van de verschuiving van de bewijslast. Dit kan als volgt worden samengevat:

wanneer er feiten worden aangevoerd die het bestaan van discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden (een zgn. prima facies» bewijs), verschuift de bewijslast naar de verweerder om te bewijzen dat er geen discriminatie is.

In de zaak F. oordeelde het Europese Hof van Justitie dat publieke verklaringen waarmee een werkgever te kennen geeft dat hij in het kader van zijn aanwervingsbeleid geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, volstaan om het bestaan van een rechtstreeks discriminerend aanwervingsbeleid te doen vermoeden. In deze zaak had de zaakvoerder van het bedrijf eerst in de krant De Standaard en vervolgens in het actualiteitenmagazine T. verklaard dat hij de eisen van zijn klanten moest invullen en dat de klanten hadden aangegeven geen 'vreemde installateurs' in huis te willen.

(Hvf. 10.7.2008, F., C-54/07, Jur. H.v.J. 1990, I• 3941, <http://curia.europa.eu>)

Het arbeidshof van Brussel, naar wie de zaak na de uitspraak door het Hof van Justitie terug was verwezen, oordeelde dat deze publieke verklaringen een directe discriminatie op grond van ras of etnische afstamming bij de aanwerving uitmaakten. Bovendien, zo stelde het hof vormden deze verklaringen ook een vermoeden dat er verdere discriminatie bestond in het aanwervingsbeleid van F.

TOEPASSING IN CASU

1.

Vooreerst wenst de rechtbank op te merken dat het hoofddoekenverbod beheerst wordt door een waaier van nationale en internationale normen met een zeer hoge juridisch- technische moeilijkheidsgraad. Een hoofddoekenverbod wordt opportuun geacht door belangrijke stromingen in de samenleving, terwijl overheidsinstanties prima facie vergelijkbare verboden uitvaardigen, die bij herhaling door internationale rechtscolleges als rechtsgeldig werden aanvaard. Er is ook rechtspraak die aanvaardt dat het in de private sector toegelaten is om aan werknemers een dergelijk verbod op te leggen en dat het miskennen van een verbod aanleiding kan geven tot een regelmatig ontslag.

De rechtbank wenst zich niet te mengen in deze polemiek en wil zich beperken tot het toepassen van de rechtsregels op de concrete casus die thans voorligt.

De rechtbank gaat ervan uit dat de godsdienstvrijheid een grondrecht is, dat dient te worden geëerbiedigd.

Anderzijds is de godsdienstvrijheid niet absoluut, en kan zij beperkt worden door het streven naar een vreedzame arbeidsomgeving, waarbij een neutraliteitspolitiek wordt gehanteerd.

2.

H. meent dat er geen ongunstiger behandeling kan worden aangetoond, omdat haar neutraliteitspolitiek, die zij minstens impliciet voerde in alle Belgische vestigingen, geldt voor alle religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen. Mevrouw V. O. D. B. is volgens H. niet anders behandeld dan gelovigen of zelfs niet gelovigen.

H. kan evenwel niet aantonen dat dergelijk neutraliteitsbeleid bestond op het ogenblik van de feiten.

De feitelijke omstandigheden tonen eerder het tegendeel aan.

Het uniformboekje dat van kracht was op 17 februari 2011 maakt geen melding van een verbod om een hoofddoek of enig ander religieus symbool te dragen. Uit het feit dat er gewoon niets' bepaald werd inzake een hoofddoek of andere uitingen van geloof bij de uniformvoorschriften, kan evenwel niet afgeleid worden dat het dragen van een hoofddoek verboden was.

Ook de ondernemingscode (versie februari 2010) maakt geen melding van een neutraliteitsbeleid.

De ondernemingscode vermeldt enkel dat H. een personeelsbeleid voert waarbij geen onderscheid wordt gemaakt op basis van iemands geslacht, ras, godsdienst, seksuele

geaardheid, politieke voorkeur, handicap of ander gelijksoortige status. Indien er sprake was van een neutraliteitsbeleid, zou men dit zeker in de ondernemingscode aantreffen.

Mevrouw V. O. D. B. werd door R. als uitzendkracht naar H. gezonden, terwijl goed geweten was, dat zij een moslima was, die een hoofddoek draagt. R. was als uitzendkantoor dus duidelijk niet op de hoogte van enige beperkingen inzake geloofsuitingen bij H..

Het is niet betwist dat Mevrouw V. O. D. B. begint te werken met een hoofddoek. H. toont niet aan dat er toen gezegd is dat er in feite een neutraliteitsbeleid werd gevoerd. Integendeel Mevrouw V. O. D. B. mocht met hoofddoek werken en ontving na enkele dagen een hoofddoek uit het assortiment van H. zelf, zodat haar hoofddoek in overeenstemming was met het H.-uniform.

Het feit dat de filiaalverantwoordelijke in Genk, de genaamde Mevrouw V., niet op de hoogte was van een gevoerd neutraliteitsbeleid, waarbij alle uiterlijke tekens van geloofsuiting verboden waren, spreekt dit neutraliteitsbeleid op de werkvloer tegen.

De omstandigheid dat Mevrouw V. Nederlandse was, is niet ter zake, nu zij al ruim drie jaar in de Belgische vestiging werkte, zodat van haar mocht verwacht worden dat zij op de hoogte was van het in België gevoerde beleid. Mevrouw V. D. B. mocht er dan ook terecht van uitgaan dat Mevrouw V. in overeenstemming met het beleid van de Belgische H. GROEP handelde.

Mevrouw V. O. D. B. heeft aldus klaarblijkelijk anderhalve maand gewerkt zonder enige opmerking te krijgen, over het feit dat zij een hoofddoek droeg, althans wordt dit niet aangetoond.

Uit het dossier blijkt dus zeker niet dat er binnen het bedrijf een zelfs ongeschreven regel bestond, waarbij het aan de werknemers verboden was om op de werkvloer uiterlijke tekenen te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen.

Op 17 februari 2011 werd Mevrouw V. O. D. B. verzocht haar hoofddoek af te doen, omdat Mevrouw V. hieromtrent opmerkingen zou gekregen hebben van klanten, waarna zij zich tot de hoofdzetel in Ukkel wendde waar men haar zou gewezen hebben op het bestaand neutraliteitsbeleid, sic H. in huidige procedure.

Deze stelling komt de rechtbank niet geloofwaardig voor, nu zij manifest wordt tegengesproken door de persmededelingen d.d. 11.3.2011 en 18.3.2011 van H. zelf, die de rechtbank hierboven in extenso heeft weergegeven. H. gaf hier uitdrukkelijk toe, dat aan Mevrouw V. O. D. B. werd gevraagd om haar hoofddoek niet langer te dragen, omwille van de negatieve reacties van klanten.

De gevoerde briefwisseling nadien waarin namens H. een neutraliteitspolitiek werd verdedigd, kan niet als bewijs worden aangenomen, nu deze niet in tempore non suspecto gebeurde. De rechtbank kan enkel vaststellen dat de raadsman van H., na de briefwisseling van het BBTK en het CENTRUM, ruim een maand nodig had om het dossier uitgebreid te kunnen bestuderen, alvorens inhoudelijk op de aanklachten van het BBTK, dat voor eisende partij optrad, te antwoorden.

De verwijzing in het verslag van de ondernemingsraad van 28 april 2011 naar een ondernemingsraad van 29 september 2009 is evenmin een bewijs voor de voorgehouden neutraliteit. De reden waarom er geen voorschriften in de dresscode

staan, is niet ter zake. Feit is dat er geen geschreven regels waren. De interpretatie die H. thans voorhoudt blijkt op geen enkele wijze uit het voorgelegde verslag.

Dat H. B. haar neutraliteitsbeleid heeft aangepast na het incident met mevrouw V. O. D. B. (met name elke uiting van geloof uit de dresscode weerde) toont overigens eveneens op voldoende wijze aan dat er voordien geen daadwerkelijk neutraliteitsbeleid was.

3.

De rechtbank dient inzake vast te stellen dat de arbeidsovereenkomst met Mevrouw Joyce V. O. D. B. voortijdig beëindigd werd op 17 februari 2011, omdat het haar niet langer toegestaan werd haar hoofddoek - waarmee zij uiting gaf aan haar geloofsovertuiging — te dragen. Welke de concrete omstandigheden van de beëindiging waren (ontslag — onderling akkoord of wat dan ook) doet niet ter zake. Feit is dat de contractbeëindiging rechtstreeks in verband staat met het hoofddoekenverbod op de werkvloer.

Hoger werd reeds aangegeven, dat naar het oordeel van de rechtbank, geloofsuitingen, zoals het dragen van een hoofddoek, eveneens beschermd worden door de discriminatie- criterium "geloof". Gezien het onderscheid gebeurde op grond van een beschermd criterium, is er sprake van een direct onderscheid.

De vraag of het dragen van de hoofddoek een religieuze plicht is voor een Islamitische vrouw, is niet dienstig voor het rechtsdebat. Het volstaat dat Mevrouw V. O. D. B. dit zo ervaart.

Wat het dragen van de hoofddoek betreft heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, reeds verschillende malen aanvaard, dat het wel degelijk om de uitoefening van de godsdienstvrijheid gaat.

Gezien H. zich niet kan beroepen op een neutraliteitsbeleid of een dresscode (in welk geval er sprake was van een indirect onderscheid dat ruimer te verrechtvaardigen was door een legitiem doel) , stelt zich de vraag of H. zich opzichtsens Mevrouw V. O. D. B. plichtig maakte aan een directe discriminatie op basis van geloof.

Deze vraag moet bevestigend beantwoord worden.

Het beschermde criterium is het geloof of de uiting ervan.

De ongunstiger behandeling bestaat erin dat Mevrouw V. O. D. B. niet kon blijven werken voor H. B., indien zij haar geloof uitte op de manier die zij verkoos, met name door het dragen van een hoofddoek.

De ongunstiger behandeling gebeurt ten opzichte van de hypothetische groep van personen, die niet gebonden zijn door geloofsvoorschriften.

Om van discriminatie te kunnen spreken is het immers niet vereist dat er concrete personen kunnen aangewezen worden die effectief beter behandeld worden.

De vaststelling dat een bepaalde behandeling op een beschermd criterium steunt, leidt immers tot de vaststelling van directe discriminatie, zonder dat op zoek gegaan moet worden naar een reële referentiepersoon die effectief beter behandeld wordt.

Het gebruik van een hypothetische referentiepersoon om directe discriminatie aan te tonen, kan geïllustreerd worden door onder meer het arrest F.

Deze zaak, betrof een werkgever die publiekelijk had verklaard dat hij geen werknemers-monteurs van Marokkaanse origine wenste aan te werven en dus een discriminatoire aanwervingspolitiek hanteerde. Er werden geen concrete slachtoffers geïdentificeerd en uiteindelijk was het enkel het Centrum dat een stakingsvordering inleidde.

Ook in deze zaak hanteerde men het argument dat er in de feiten geen verschil kon worden vastgesteld tussen de behandeling van een effectief slachtoffer dat zich voor sollicitatie had aangediend en een referentiepersoon die beter werd behandeld. Voor het Hof volstond het echter dat discriminatoire criteria werden gehanteerd en openbaar gemaakt.

(HvJ 10 juli 2008, F., C-54/07, Jur. H.v.J. 2008; <http://curia.europa.eu>).

4.

Overeenkomstig artikel 7 van de Antidiscriminatiewet is een direct onderscheid op grond van een van de beschermde criteria een directe discriminatie, welk onderscheid enkel en uitsluitend kan worden gerechtvaardigd op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

Men kan onmogelijk voorhouden dat het verbod tot het dragen van religieuze symbolen voor een medewerkster van H. B. een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt.

Het niet dragen van enig uiterlijk teken van geloof door een verkoopster is geen noodzakelijke beroepskwalificatie (hoogstens is het nuttig of gepast).

Er is bijgevolg niet voldaan aan de voorwaarden die dienen vervuld te zijn om het onderscheid te rechtvaardigen aan de hand van de uitzondering van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

Aangezien er geen andere mogelijkheid is om direct onderscheid op grond van geloof in het kader van de arbeidsverhoudingen te rechtvaardigen, is er sprake van een ongeoorloofde directe discriminatie op grond van geloof.

5.

Gelet op de ongeoorloofde directe discriminatie op grond van geloof, kan Mevrouw V. O. D. B., overeenkomstig artikel 18 van de Antidiscriminatiewet, aanspraak maken op een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan zes maanden bruto loon, of 9.351,42 € bruto, bedrag dat door verwerende partijen niet betwist werd.

De vordering van Mevrouw V. O. D. B. is in die mate dan ook **GEGROND**. opzichtsens tweede verweerster H. B..

Dat H. B. een onderneming is die diversiteit hoog in het vaandel draagt en werknemers van diverse geloofsovertuiging in dienst heeft, is ongetwijfeld zo. Dit neemt evenwel niet weg, dat er in het concreet geval van Mevrouw V. O. D. B. gehandeld is in strijd met de bepalingen van de Antidiscriminatiewet.

De vordering van het CENTRUM voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, opzichts tweede verweerster is GEGROND in de mate dat ze vraagt dat er gezegd wordt voor recht dat H. B. BVBA, zich ten aanzien van Mevrouw V. O. D. B. schuldig heeft gemaakt aan een discriminatie die verboden is in toepassing van artikel 14 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Daarnaast vordert het Centrum nog, om het uniformboekje dat van kracht was op 17.2.2011 nietig te verklaren in zover de kledijvoorschriften hierin opgesomd, worden geïnterpreteerd als dat zij het dragen van individuele religieuze, politieke, filosofische en culturele symbolen verbieden.

Vermits in dit uniformboekje niets vermeld werd over het dragen van uitingen van geloof of andere overtuigingen, kan er niet gesteld worden dat de kledijvoorschriften het dragen van religieuze tekens zouden verbieden.

De interpretatie van de kledij voorschriften door de vrijwillig tussenkommende partij, kan door de rechtbank niet worden gehonoreerd.

De vordering tot nietigverklaring van het uniformboekje is dan ook ONGEGROND;

Voor zoveel als nodig stelt de rechtbank dat het niet nodig is de door de vrijwillig tussenkommende partij, gesuggereerde prejudiciële vragen te stellen, vermits zij over voldoende gegevens beschikt om voorliggend geschil te beslechten.

B.WAT BETREFT DE POSITIE VAN R. B. ALS UITZENDKANTOOR

PRINCIPES

Het uitgangspunt is dat uitzendkantoren ondernemingen zijn waarvan de activiteit er in essentie in bestaat om uitzendkrachten (arbeidskrachten) te selecteren, te contracteren en vervolgens ter beschikking te stellen van gebruikende ondernemingen om hen daar tijdelijke arbeid te doen verrichten onder het gezag van de gebruiker.

In deze context dient benadrukt te worden dat de bemiddelende opdracht van het uitzendkantoor, namelijk het vinden van een uitzendkracht voor uit te voeren arbeidstaken bij een gebruiker een middelenverbintenis is, en dus geen resultaatsverbintenis (O. M., Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling, in Sociale Praktijkstudies nr. 24, 145).

Uitzendarbeid impliceert dus een unieke driehoeksrelatie (uitzendkantoor/uitzendkracht/gebruiker) waardoor het noodzakelijk werd om aanpassingen aan te brengen aan de algemene en klassieke regeling van de rechten en verplichtingen van de werknemers en werkgevers, die zijn opgenomen in de wet van 3 juli 1978. In essentie heeft de uitzendkracht, werknemer van het uitzendkantoor, dezelfde rechten en verplichtingen als deze die in de wet van 3 juli 1978 zijn opgenomen voor elke

werknemer. Terwijl daarentegen de rechten en verplichtingen van de werkgever verdeeld worden tussen het uitzendkantoor en de gebruiker. Deze twee ondernemingen oefenen respectievelijk de rol van juridische werkgever en feitelijke werkgever uit (O. M., Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling, in Sociale Praktijkstudies nr. 24, 106 e.v.).

De gezagsuitoefening door het uitzendbureau beperkt zich dan ook tot het geven van de opdracht arbeid te verrichten bij een specifieke gebruiker en de administratieve verplichtingen inzake de tewerkstelling grotendeels op zich te nemen.

Alleen de gebruiker zal gedurende de tewerkstelling in feite bevelen geven en het werk controleren, kortom het feitelijk gezag uitoefenen op de uitzendkracht. De uitzendkracht verricht dus enkel en alleen arbeidsprestaties overeenkomstig de instructies die hij daartoe rechtstreeks ontvangt van de gebruiker als feitelijke werkgever. Het is trouwens alleen de gebruiker die zijn eigen onderneming kent, die weet welk werk moet worden uitgevoerd en hoe het moet worden uitgevoerd.

Het is voor het uitzendbureau trouwens feitelijk totaal onmogelijk om het feitelijk gezag uit te oefenen over zijn talloze uitzendkrachten. Deze zijn immers allen gelijktijdig tewerkgesteld bij diverse gebruikers, die daarenboven nog eens geografisch gespreid zijn over het ganse land.

Aldus stelt R. B. N.V. dagelijks gemiddeld 18.700 uitzendkrachten ter beschikking van gebruikers, verspreid over gans België.

Gedurende zijn tewerkstelling staat de uitgeleende werknemer dus onder leiding en toezicht van de gebruiker. De gebruiker is noch de lasthebber noch een uitvoeringsagent van het uitzendkantoor, maar oefent zelf autonoom gezag uit over de uitzendkracht. Het uitzendbureau heeft hierbij als juridische werkgever in de eerste plaats een bemiddelende opdracht, en voor zover deze bemiddelende opdracht slaagt, voert zij haar specifieke verplichtingen uit, zijnde het ter beschikking stellen van een arbeidskracht aan een gebruiker en het betalen van het loon aan de uitzendkracht.

De feitelijke gezagsverhouding laat toe de gebruiker als aansteller te kwalificeren . (Cass. 3 januari 2002, R. W2003-04,1377; Cass. 31 oktober 1980, R. W 1980-81,1053 concl. Adv.- gen. L. en Cass. 8 november 1979, Arr. Cass. 1979- 80,303 en R. W. 1980-81,757).In zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Cassatie van 8 november 1979, stelt Adv.-gen. L.:

(...) Wanneer een werknemer door zijn werkgever tijdelijk ter beschikking wordt gesteld van een derde, blijft de arbeidsovereenkomst en dus de juridische gezagsverhouding bestaan. Maar de gezagsuitoefening door de oorspronkelijke werkgever is beperkt tot het geven van de opdracht arbeid te verrichten voor de derde die in feite de bevelen zal geven en de arbeid zal controleren."

In diezelfde zin stelt B. C. duidelijk dat het uitzendbureau er zich in haar relatie met de gebruiker toe beperkt een uitzendkracht ter beschikking te stellen, zonder daarbij zelf op enige wijze aannemer van werk te zijn. In de eigenlijke uitvoering van de tijdelijke arbeid komt het uitzendbureau niet tussen (B. C., "Civielrechtelijke aspecten van uitzendarbeid", R.W. 1987-88, 1290-1291):

De overeenkomst tussen het uitzendbureau en de gebruiker is anderzijds ook niet een aanneming van werk. Het uitzendbureau verbindt er zich immers geenszins toe, ten behoeve van de gebruiker, de tijdelijke arbeid al dan niet met behulp van derden te verrichten. Het uitzendbureau beperkt zich integendeel ertoe een uitzendkracht ter beschikking te stellen, zonder zelf aannemer van werk te zijn. In de eigenlijke uitvoering van de tijdelijke arbeid komt het uitzendbureau niet tussen.

Het is integendeel de gebruiker die de bevelen en instructies geeft en die toezicht houdt op de uitvoering van het werk

Terecht werd tenslotte onder verwijzing naar de voorbereidende teksten van de voorlopige wet van 28 juni 1976 (Pari. St. Senaat 1975-76, nr. 831/2,28) verdedigd dat de overeenkomst tussen het uitzendbureau en de gebruiker dient te worden beschouwd als een contract sui generis.

Voorwerp van dit onbenoemd contract is de ter beschikking stelling, tegen betaling, van een uitzendkracht. (. .)"

Uit het voorgaande volgt dus onmiskenbaar dat de uitzendkracht arbeidsprestaties verricht overeenkomstig de instructies en bevelen, die hij daartoe rechtstreeks ontvangt van de gebruiker als enige feitelijke werkgever. Ten overvloede bepaalt artikel 19 eerste lid van de Wet van 24 juli 1987 betreffende de uitzendarbeid dat de gebruiker als feitelijke werkgever instaat voor de toepassing van de bepalingen van de wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid welke gelden op de plaats van het werk. Hiertoe behoren eveneens de regels omtrent werkkledij. Dit wordt nog eens extra beklemtoond in de CAO van 9 maart 1998 betreffende de werken beschermingskledij voor uitzendkrachten, afgesloten binnen het Paritair Comité nr. 322 voor de uitzendarbeid". In artikel 4 bepaalt deze sectorale CAO eveneens dat de verantwoordelijkheid voor het leveren en het behoud in gebruiksklare staat van de werkkleding en de gepaste persoonlijke beschermingsmiddelen ligt bij de gebruiker bij wie de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld.

Bovendien en ten overvloede bepaalt artikel 5 § 1 van de richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid" dat de bij de gebruiker geldende regels met betrekking tot de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging in acht moeten worden genomen:

(....)1. De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Bij de toepassing van de vorige alinea moeten de in de inlenende onderneming geldende regels

betreffende: (. . .)

b) de (. .) maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van (. . .) godsdienst of overtuiging (. .) in acht worden genomen, ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld. (. .)"

Een recente wet van 9 juli 2012 (art. 4) implementeerde in uitvoering van voornoemde richtlijn een nieuwe, duidelijke bepaling in artikel 19 tweede lid Uitzendarbeidswet, waarbij de Belgische wetgever duidelijk aangeeft dat de gebruiker instaat voor de bepalingen die betrekking hebben op de bestrijding van discriminatie:

"Gedurende de periode waarin de uitzendkracht bij de gebruiker werkt staat deze in voor de toepassing van de bepalingen van de wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid welke gelden op de plaats van het werk.

Voor de toepassing van het eerste lid, worden de bepalingen die betrekking hebben op de bestrijding van discriminatie, de gelijke behandeling van mannen en vrouwen,

de arbeidsduur, de feestdagen, de zondagsrust, de vrouwenarbeid, de moederschapsbescherming, de bescherming van zogende moeders, de arbeid van jeugdige personen, de nachtarbeid, de arbeidsreglementen, de bepalingen inzake het toezicht op de prestaties van de deeltijdse werknemers zoals bepaald in de artikelen 157 tot 169 van de programmawet van 22 december 1989, de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, beschouwd als bepalingen die gelden op de plaats van het werk"

TOEPASSING IN CASU

Binnen de driehoeksrelatie van de uitzendarbeid is het dus in casu H. B. dat als feitelijke werkgever instaat voor het opleggen van de regels omtrent werkkledij en het geven van instructies omtrent de tewerkstelling van mevrouw V. O. D. B. als uitzendkracht.

H. B. is er inderdaad ten opzichte van de door haar tewerkgestelde uitzendkrachten toe gehouden om op geheel zelfstandige wijze het feitelijk werkgeversgezag uit te oefenen.

H. B. is als gebruiker van mevrouw V. O. D. B. als uitzendkracht geenszins een lasthebber, noch een uitvoeringsagent van het uitzendkantoor R. B.. H. bepaalt dus m.a.w. zelf op welke wijze zij haar werkgeversgezag dagdagelijks uitoefent t.a.v. de door R. B. ter beschikking gestelde uitzendkrachten.

Aan R. kan niet ten laste worden gelegd dat zij inbreuken zou gepleegd hebben op de Antidiscriminatiewet. Het is niet het uitzendkantoor dat aan Mevrouw V. O. D. B. oplegde haar hoofddoek af te doen.

R. kon enkel vaststellen dat een verdere arbeidsrelatie tussen Mevrouw V. O. D. B. en H. in de gegeven omstandigheden niet meer mogelijk was, waardoor de arbeidsovereenkomst een einde moest nemen.

Het wordt niet betwist dat R. ook in het verleden en na dit incident met Mevrouw V. O. D. B. is blijven samenwerken, terwijl zij ook getracht heeft tewerkstellingen voor haar te vinden.

De beweerde schending van de CAO van 7 mei 2006 wordt niet aangetoond, evenmin wordt aangetoond welk schade hieruit zou moeten voorkomen.

De vordering van eisende partij, Joyce V. O. D. B., opzichts R. is dus ONGEGROND.

Het CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, had geen vordering ingesteld opzichts R..

C. WAT BETREFT DE GERECHTSKOSTEN

Voor wat betreft de begroting van de rechtsplegingsvergoeding dient toepassing gemaakt te worden van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (B. S.

31.5.2007) en het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

Aldus dient de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld worden op een basisbedrag van 990 € (geschil tussen 5.000 en 10.000 €).

H. B. BVBA die in het ongelijk wordt gesteld wordt aldus veroordeeld in betaling van de dagvaardingskosten en een rechtsplegingsvergoeding, aan eisende partij.

Aan het CENTRUM voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, dient H. B. een rechtsplegingsvergoeding te betalen van 1.320 €, zijnde het basisbedrag voor een vordering niet in geld waardeerbaar.

Eisende partij zelf dient een rechtsplegingsvergoeding te betalen van 990 € aan R. B. NV, nu de rechtbank aannam dat zij haar vordering ten onrechte instelde opzichtsens eerste verweerster.

D. WAT BETREFT DE GEVORDERDE UITVOERBAARHEID BIJ VOORRAAD

Eisende partij vraagt de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis.

Zij brengt desbetreffend geen argumenten bij, en de rechtbank meent dat uit de omstandigheden van de zaak, niet kan afgeleid worden dat op dit verzoek dient ingegaan te worden.

De uitvoerbaarheid bij voorraad mag inderdaad slechts in uitzonderlijke gevallen worden uitgesproken en met afweging van de belangen van de partijen.

- Antwerpen, 11.2.1987, R.W. 1986-1987, 2640 met noot L..
- Arbh. Bergen, 7.4.1992, J.L.M.B., 1992, 1204
- Kh. Luik, 10.11.1983, T.B.H., 1985, 118, noot)

Daarenboven is een uitvoerbaarheid bij voorraad slechts aangewezen voor bedragen die als verschuldigd erkend zijn of als dusdanig moeten worden beschouwd, quod non in casu. (L. J. noot onder Arbh. Gent, 7.5.1990, R.W. 1990-1991, 301)

De rechtspraak aanvaardt verder de uitvoerbaarheid bij voorraad in zogenaamde bijzondere omstandigheden en preciseert dat er geen sprake is van dergelijke omstandigheden indien de verwerende partij (schuldenaar) niet insolvent is. (Arbh. Bergen, 7.4.1992, J.L.M.B., 1992, 1204)

In casu is er geen enkel gevaar op insolventie, minstens wordt deze door eisende partij niet aangetoond.

De uitvoerbaarheid bij voorraad is in huidige betwisting dan ook niet verantwoord.

De verdere argumenten van partijen, ontwikkeld in conclusies of ter zitting, en voor zover niet beantwoord in huidig vonnis, worden verworpen als irrelevant, minstens ongegrond.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

OM DEZE REDENEN,
DE RECHTBANK, statuerende op tegenspraak,

Na beraad,

Verklaart de vordering van eisende partij ONTVANKELIJK opzichts beide verwerende partijen.

Verklaart de vordering van eisende partij ONGEGROND opzichts eerste verweerster, R. B. NV.

Verklaart de vordering van eisende partij GEGROND opzichts tweede verweerster, H. B. BVBA.

Dienvolgens veroordeelt H. B. BVBA in betaling aan eisende partij van een schadevergoeding in toepassing artikel 18 van de Antidiscriminatiewet, van 9.351,42€ bruto, bedrag te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten vanaf de datum van opeisbaarheid tot aan de datum van algehele betaling.

Verklaart de vordering van de vrijwillig tussenkomende partij ONTVANKELIJK opzichts tweede verweerster en in de hiernavolgende mate GEGROND.

Zegt voor recht dat H. B. BVBA, zich ten aanzien van Mevrouw V. O. D. B. schuldig heeft gemaakt aan een discriminatie die verboden is in toepassing van artikel 14 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Verklaart de vordering om de nietigheid vast te stellen van de in het uniformboekje van 17 februari 2011, geformuleerde kledijbepalingen ONGEGROND.

Veroordeelt eisende partij in betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 990 € aan eerste verweerster R. B. NV.

Veroordeelt tweede verweerster H. B. BVBA in betaling van de kosten van het geding, in hoofde van eisende partij vastgesteld op 139,67€ dagvaardingskosten en 990€ rechtsplegingsvergoeding.

Veroordeelt tweede verweerster H. B. BVBA in betaling van de kosten van het geding van de vrijwillig tussenkomende partij CENTRUM voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, vastgesteld op 1.320 € rechtsplegingsvergoeding.

Wijst de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad af

Aldus gewezen door de Eerste Kamer, van de arbeidsrechtbank van Tongeren, samengesteld uit:

Hilde V., rechter, voorzitter van deze kamer,

E. G. werkend rechter in sociale zaken, werkgever,

J.P. T. werkend rechter in sociale zaken, werknemer-bediende,

bijgestaan door M. L. griffier met opdracht (M.B. 18.05.2000 - B.S. 24.05.2000).

en uitgesproken in openbare terechtzitting van diezelfde kamer op 2.01.2013 door Hilde V., rechter, voorzitter van de Kamer, bijgestaan door M. L., griffier met opdracht (M.B. 18.05.2000 – B.S. 24.05.2000).