

Friday, 29 March 2013

(English and Dutch) Manifestations of religion on the work floor?

by Robin Cozijnsen, Menco Rasterhoff, Nienke de Visser and Mirjam Winkels – law clerks in the criminal law department of the Amsterdam Court of Appeal in the Netherlands



(Photo credit)

On January 15th the European Court of Human Rights (ECHR) gave judgment in the cases of *Eweida and others v. the United Kingdom*. All cases (applicants Eweida, Chaplin, McFarlane and Ladele) deal with the right to manifest religion in the workplace. This has been a controversial topic over the past few years in many European countries. The assessment always involves striking a fair balance between the right of the employee to manifest his religion and the employer's reason for interference with that right.

In Eweida's case the aim of the employer (an airline company) to project a certain corporate image in maintaining its uniform code did not outweigh Eweida's desire to manifest her religious belief in wearing a (discreet) cross visibly at work. Eweida's employer was not entitled to interfere in this way with Eweida's right so to manifest her religion.

In the Chaplin case the reason of the employer (a hospital ward) for asking Ms Chaplin to remove her cross and chain did outweigh the right of the employee to manifest her religion in wearing that cross on a chain around her neck, visible and accessible both at the back of her neck and in front. The court ruled that the protection of health and safety on a hospital ward, was inherently more important than the reason for interference of the employer in the case of Ms Eweida.

In the cases of Ladele and McFarlane it was held that domestic courts had not exceeded their wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between the applicants' right to manifest their religious belief and their employers' interest in securing the rights of others. These courts had upheld the employers' decisions to bring disciplinary proceedings and they had rejected the applicants' discrimination claims. Ms Ladele, a registrar of births, marriages and deaths, refused to agree to be designated also as a registrar of civil partnerships between same-sex couples; Mr McFarlane, a psycho-social counsellor, refused to commit himself to providing counselling to same-sex couples. Both refusals were directly motivated by the applicants' orthodox Christian belief. In both cases the employer was pursuing a policy of providing its services without discrimination, and thus aiming to secure the rights of others not to be discriminated against on grounds of sexual orientation, which rights are also protected under the Convention.

All cases show that employees enjoy a right to manifest their religion in the workplace, albeit not an absolute right.

In each case a fair balance should be struck between the rights of the employee and the rights of the employer and any interference with the employee's right to manifest his religion must be proportionate. The question now arises what the aforementioned cases may teach us with regard to a special group of employees: civil servants. The Dutch Constitution states that "All Netherlands citizens are equally eligible for public service". However, manifestation of religious belief may violate principles of a State. For a fair balance to be struck between such manifestation and the interests of a State, should the special position of a State as an employer be attributed a different weight?

Starting point must be that the State has a duty of neutrality and impartiality with regard to religion. In the Netherlands the separation of church and State and the prohibition of discrimination are thought to ensue from this principle. Because a civil servant is representing the State while performing his function, he must appear in a neutral manner. This neutral appearance is on the one hand shown in the way a civil servant renders a service, namely in an unbiased way, and on the other hand in his actual appearance, for example by wearing an uniform.

External neutrality and impartiality

Between the contracting States opinions vary largely as to how external neutrality and impartiality should be implemented. For example, in England in 2003 judge with a turban instead of a wig was appointed and in Sweden police officers are allowed to wear a headscarf. In the Netherlands on the other hand there are explicit rules which must guarantee the external neutrality and impartiality of these authorities.

Nevertheless, a diversity of cases may show that Dutch opinions on these issues are not unanimous. For example:

- A candidate clerk of the court in Zwolle (the Netherlands) was rejected because she wished to wear a headscarf during court hearings. Though the Commission for Equal Treatment gave its (non-binding) decision in her favour, the Minister of Justice stuck to his view that wearing a headscarf would undermine the authority of the judiciary. The Minister referred mainly to article 6 of the Convention (right to a fair trial by an impartial judge). The rejection was maintained.
- A tram conductor in Amsterdam (employed by a public authority) complained because he was suspended for refusing to take off a (big) cross he used to wear on a necklace. The Amsterdam court held that the aim of the employer to project a certain professional image was legitimate and the prohibition to wear this cross was proportionate. The court considered that personal items worn over the uniform, such as necklaces and jewellery, detract from the businesslike and uniform look. The suspension was upheld.

Though in some other European countries there seems to be some space for wearing religious symbols by authorities, the strict Dutch rules may be sustainable under the Convention, considering the large "margin of appreciation" left to the States. Nevertheless, it seems to follow from *Eweida* that - in principle- there should be some space for religion in the workplace, both for those in public as those in private service. However, greater importance may be attached by the employer to practical or safety concerns than to the right to manifest one's religion. For example, a police officer may rightfully be prohibited from wearing a religious cross because of safety risks, while this reason would not be easily valid in the case of a tram conductor or an office worker. In that respect, the government has to strike a fair balance in the same way a private employer has to do.

The key difference between those in public and those in private service is, in our opinion, found in the questions whether a specific civil function actually does require a neutral appearance and whether the interests of third parties may be harmed by a non-neutral appearance. So a judge is seen as an impartial representative of the State and the judge wearing a religious symbol may well conflict with the right to a fair trial by an impartial judge, protected under the Convention, in particular in cases where religious disputes are at stake. But in the case of a police officer, it is less clear why wearing a religious attribute would impair his proper functioning, while also the margin of appreciation might play a more important part. And on the other side of the spectrum, in the case of the tram conductor or office worker, it is hardly conceivable that wearing a cross would seriously be thought to conflict with the State's neutrality, or infringe on the rights of others. It follows that, after *Eweida*, it is highly questionable if a decision like that of the Amsterdam court in the conductor's case would still be sound.

Neutral services

Not only the appearance of a civil servant should be neutral, in some cases, but also the way these servants perform their services. An important issue is the registrar who refuses, on religious grounds, to marry same-sex couples. Another issue of this kind is the civil servant who refuses, on religious grounds, to shake hands with women. In the Netherlands there were several cases similar to the Ladele and McFarlane cases. The (former) Commission for Equal Treatment found, at first, that a municipality could not demand from a registrar that he would marry same-sex couples. In 2008 it changed its opinion on this issue (and was therein followed by many politicians). In the 2012 coalition agreement of the government it is stated that as civil servants, no persons who will refuse, on religious grounds, services which are part of their job (so-called "refusing civil servants"), will be appointed any more. Notably, according to the Ladele and McFarlane cases, civil servants who refuse services on religious grounds, may even be dismissed.

Services provided by a civil servant are seen as government action and should therefore be provided in a neutral way. These cases also concern the prohibition of discrimination. By refusing to marry same-sex couples, such couples are discriminated against. Therefore striking a balance between rights of the employee and the government as an employer does also concern the duty of the State to respect the rights of individuals under the Convention with regards to discrimination. The latter is such an important concern that the right of an individual to manifest his religion will hardly ever prevail above that concern. The fact that the complaints of Ladele and McFarlane were turned down should therefore not surprise anyone.

The practical consequences of the cases Ladele and McFarlane seem to be minimal at first. There are only a few "refusing civil servants" in the Netherlands and a lot less same-sex marriages than different-sex marriages. In most municipalities the issue is simply avoided by not asking a registrar having religious objections to marry a same-sex couple. The Strasbourg court also does not outrightly oblige States to dismiss registrars who refuse to marry same-sex couples. National authorities have a large margin of appreciation in this matter where proportionality and subsidiarity play also a big part. It is therefore possible that in some cases the government is permitted to decide not to dismiss a registrar who refuses to marry same-sex couples.

Conclusion

Those who hoped for clear rules and a strict line to be followed in Europe regarding the issues of the Eweida cases will have been disappointed. The Strasbourg court did not give a truly principled statement. Considering the fact that opinions in the different States are very much at variance, that is probably the best outcome. With the guidance given, there is still enough room for each State to provide custom-made solutions. The European Court clearly states that there should be some room for religion in the workplace but also that this right is not absolute. In each case a fair balance should be struck between the rights of the employee and the rights of the employer. Where no practical objections occur, there should be "*evidence of any real encroachment on the interest of others*" if any inference on the right of the employee to manifest his religion is to be warranted.

In cases concerning visible religious symbols in the external appearance of a civil servant, a prohibition will only be allowed if it is established that the manifestation of religion does conflict in an unacceptable way with the special interest of the government as employer. Additionally, the prohibition has to be proportionate. This means that a civil servant may only exceptionally be prevented from openly manifesting his religion.

When it comes to refusing certain services by a civil servant on religious grounds, his rights seem to be more restricted. A prohibition of such behaviour is in line with the Convention when the rights of others are at stake because of the discriminatory aspects of the refusal. The special position and obligations of the government as an employer will, in these cases, only work against the employee refusing certain services. For the "refusing civil servant" the outcome of the Eweida cases is therefore bad news, but it is doubtful if the practical consequences will be substantial. The European Court leaves the different states enough room to strike of fair balance of their own.

De betekenis van 'Eweida and others' voor de (weiger)ambtenaar

Op 15 januari 2013 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitspraak gedaan in de zaak Eweida and Others v. the United Kingdom. Het betreft hier een complex van vier zaken (Eweida, Chaplin, McFarlane en Ladele), die allemaal zien op de principiële vraag welke ruimte er is voor religieuze uitingen op de werkvloer. De beantwoording van die vraag betreft telkens de afweging tussen werkgeversbelangen enerzijds en het belang van de werknemer om uiting te geven aan de geloofsovertuiging anderzijds. In de zaak Eweida valt deze belangenafweging uit in het voordeel van de werkneemster van British Airways, die in weerwil van werkinstructies op het werk verschijnt met een kruisje aan een kettinkje om haar nek. Het hof oordeelt dat de wens van het bedrijf om een zakelijk imago uit te stralen niet zwaarder weegt dan de vrijheid van de werknemer om zijn of haar religieuze identiteit te tonen. In de overige zaken sloeg de balans juist door in het voordeel van de werkgever. Zo oordeelt het hof in de zaak Chaplin, waar de werkgever om veiligheidsredenen had verzocht het kettinkje met kruisje niet te dragen, dat de medische veiligheid 'van inherent groter belang' is dan het belang van de werkneemster om haar geloofsovertuiging te kunnen uiten. De zaken Ladele (ambtenaar) en McFarlane (therapeut) betreffen twee zaken waarin de klagers weigerden stellen van hetzelfde geslacht een dienst te verlenen. In deze zaken oordeelt het hof dat het recht op vrijheid van godsdienst niet is geschonden door het ontslag, omdat de werkgever een juiste belangenafweging heeft gemaakt.

Uit bovengenoemde zaken volgt dat er in beginsel ruimte moet zijn voor religieuze uitingen op de werkvloer, maar dat dit recht niet onbeperkt geldt. Telkens moet opnieuw de afweging gemaakt worden tussen het belang van de werkgever en het belang van de werknemer. De vraag rijst welke betekenis de verschillende uitspraken hebben voor een speciale groep van werknemers, de ambtenaren. De Nederlandse grondwet bepaalt: 'Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar'. In sommige gevallen kan, net als bij reguliere bedrijven, het uiterlijke voorkomen van een burger, of de manier waarop hij uiting geeft aan zijn religieuze overtuiging in strijd komen met de uitgangspunten van de Staat. Moet de bijzondere positie van de overheid als werkgever tot een andere belangenafweging leiden dan bij private bedrijven en in hoeverre is dat verschil dan geoorloofd? In het hiernavolgende wordt getracht op deze vraag in grote lijnen een antwoord te formuleren.

Uitgangspunt is, wat Nederland betreft, dat de Staat religieus neutraal moet zijn in verhouding tot haar burgers. Dit beginsel komt onder meer tot uitdrukking in de scheiding tussen kerk en Staat en komt ook duidelijk naar voren in bijvoorbeeld het discriminatieverbod. Omdat de ambtenaren in hun dagelijkse werkzaamheden veelal uitvoering geven aan de Nederlandse wet- en regelgeving, en daarmee de Nederlandse Staat vertegenwoordigen, dienen zij in de opvatting van velen een neutrale uitstraling te hebben. Deze neutrale uitstraling komt terug in de manier waarop de ambtenaar invulling geeft aan de dienstverlening, namelijk onbevooroordeeld, alsmede in het voorkomen, bijvoorbeeld door het dragen van uniformen.

Uiterlijke neutraliteit

Tussen de verdragspartijen bestaat groot verschil in opvatting over de vraag of en hoe uitvoering dient te worden gegeven aan de uiterlijke neutraliteit van de ambtenaar. In Engeland is bijvoorbeeld in 2003 de eerste rechter met tulband – in plaats van een pruik – benoemd in het High Court en in Zweden is het de politie toegestaan een hoofddoek te dragen. In Nederland daarentegen zijn juist expliciete regels gesteld die de uiterlijke neutraliteit van de gezagsdragers moeten garanderen. De rechterlijke macht is bijvoorbeeld bij Koninklijk Besluit gehouden aan een soort absolute uiterlijke neutraliteit en ook voor onder meer politieagenten en militair personeel geldt de regel van uiterlijke neutraliteit op grond van diverse gedragscodes. Dat over de houdbaarheid van deze strenge regels verschil in opvatting bestaat, blijkt wel uit de verschillende zaken die over dit onderwerp zijn aangespannen.

Een kandidaat-griffier bij de rechtbank Zwolle werd afgewezen omdat zij ter terechtzitting een hoofddoek wilde dragen. Hoewel zij in het gelijk werd gesteld door de voormalige Commissie Gelijke Behandeling, huldigde toenmalig minister van Justitie Korthals -in reactie op Kamervragen- het standpunt dat het dragen van een hoofddoekje afbreuk zou doen het gezag van de rechterlijke macht, dus ook indien het 'slechts' de griffier is die het hoofddoekje draagt. De minister beriep zich daarbij hoofdzakelijk op artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces door een onpartijdige rechter), waar zijns inziens ook de griffier onder valt. De klacht van een Amsterdamse tramconductor (destijds nog een overheidsbedrijf), die werd geschorst omdat hij weigerde het kruisje (5 cm) dat hij om zijn nek droeg af

te doen, vond geen gehoor bij de rechtbank en het gerechtshof te Amsterdam. Het gerechtshof oordeelde dat de door het Gemeentelijk Vervoersbedrijf (GVB) gewenste professionele uitstraling van haar werknemers een legitiem doel is en dat een verbod op het dragen van een kruisje proportioneel is. Daarbij ging het hof er vanuit dat over de bedrijfskleding gedragen persoonlijke elementen, zoals kettingen of sieraden, afbreuk doen aan de zakelijke en uniforme uitstraling.

Hieruit lijkt te volgen dat er nagenoeg geen ruimte voor religieuze kleding of symbolen bij de ambtenarij in Nederland mogelijk is. Toch is dat niet het geval. Hoewel dit niet direct volgt uit de verschillende uitspraken binnen 'Eweida' lijkt het aannemelijk te stellen dat ook bij de overheid in beginsel ruimte moet zijn voor religie op de werkvloer. Bij de belangenafweging wordt ten eerste, zo blijkt uit de zaak Chaplin, belang toegekend aan de praktische bezwaren die aan het dragen van een religieus symbool kunnen zitten. Zo is het zeer aannemelijk dat bijvoorbeeld een verbod op het dragen van een kettinkje met een kruisje door politieagenten toelaatbaar zou zijn, omdat dit veiligheidsrisico's voor de drager met zich meebrengt in zijn dagelijkse werkzaamheden. Bij de tramconductor is daar niet zo snel sprake van. In zoverre verschilt de belangenafweging bij de overheid niet zo zeer van een regulier bedrijf.

Het is echter aannemelijk dat daarnaast ook een aanmerkelijk belang wordt toegekend aan de taak die de ambtenaar uitvoert. Als regel lijkt te gelden dat hoe meer gezag en bevoegdheden de ambtenaar heeft, hoe minder ruimte er is voor het dragen van religieuze symbolen. De conducteur heeft - hoewel formeel in overheidsdienst - louter een dienstverlenende functie, waarbij bezwaarlijk denkbaar is dat het dragen van een kruisje op onaanvaardbare wijze in strijd komt met de neutraliteit van de Staat. In dat licht is zeer de vraag of voornoemde beslissing van het gerechtshof Amsterdam in de zaak van de tramconductor nog houdbaar is, nu deze in het licht van de Eweida-uitspraak wel erg kort door de bocht lijkt. De onderbouwing door het GVB hield immers weinig méér in dan de gewenste professionele uitstraling en in de zaak Eweida was dat juist te weinig. Een rechter is echter bij uitstek een ambtenaar die door de burger wordt gezien als vertegenwoordiger van de Staat. In zulke functies kan het dragen van een religieus symbool problematisch zijn, omdat een botsing kan optreden tussen het recht van de rechter op het uiten van zijn geloofsovertuiging en het recht van een verdachte op een eerlijk proces door een onpartijdige rechter. Hoewel in Nederland de rechter wordt geacht onpartijdig te zijn, kan de aard van de zaak zich verzetten tegen het dragen van een religieus symbool. Met name in zaken waarin religieuze kwesties spelen (eerwraak, rituele slacht, Zondagswet), zal het dragen van een kruisje of hoofddoek echter wel de schijn van partijdigheid kunnen wekken en zal een verbod – wegens botsende grondrechten – snel gerechtvaardigd zijn. Hoewel in andere Europese landen er wel degelijk speelruimte lijkt te zijn voor het dragen van religieuze symbolen door gezagsdragers, lijkt de strenge Nederlandse regelgeving op dit vlak houdbaar, gezien de ruime 'margin of appreciation' die het hof aan de verschillende Staten laat.

Neutrale dienstverlening

Niet alleen het uiterlijke voorkomen van de ambtenaar moet in bepaalde gevallen neutraliteit uitstralen, maar ook uit de manier waarop zij hun dienstverlening invullen moet neutraliteit blijken. Hierbij kan meteen worden gedacht aan de zogenoemde 'weigerambtenaar'. Hieronder wordt in het algemeen verstaan een ambtenaar van de burgerlijke stand die weigert om partners van het gelijke geslacht te huwen, oftewel een homohuwelijk te sluiten. Maar ook een straatcoach die uit geloofsovertuiging weigert vrouwen een hand te schudden kan als weigerambtenaar worden gezien. In Nederland hebben verschillende zaken gespeeld die vergelijkbaar zijn met de zaken Ladele en McFarlane. De voormalige Commissie Gelijke Behandeling oordeelde aanvankelijk, onder verwijzing naar de Algemene Wet Gelijke Behandeling, dat een gemeente niet van een trouwambtenaar mag eisen dat deze ook bereid is om koppels van gelijk geslacht te huwen. In 2008 is zij echter van dit standpunt teruggekomen. De politiek heeft deze lijn gevolgd en in het regeerakkoord van het huidige kabinet opgenomen dat geen nieuwe weigerambtenaren zullen worden aangesteld. Een van de meest in het oog springende delen van Eweida-uitspraak is de uitspraak in de zaak Ladele dat ook zittende weigerambtenaren mogen worden ontslagen.

De feitelijke dienstverlening door een ambtenaar wordt vereenzelvigd met overheidshandelen en moet om die reden neutraliteit uitdragen. Daar komt bij dat in deze zaak, anders dan in de zaken waar het gaat om het dragen van een religieus symbool, ook sprake is van een inbreuk op het discriminatieverbod. Door het weigeren een dienst te verlenen worden immers homoseksuele stellen rechtstreeks benadeeld. De belangenafweging tussen de werknemer en de overheid als werkgever wordt mede ingevuld door verplichting van laatstgenoemde om de rechten die voortvloeien uit het

verdrag (en de grondwet) te respecteren in de uitvoering van haar taak als overheid. Dat is natuurlijk een zeer zwaarwegend belang, waar het recht van de werknemer om uiting te geven aan zijn geloofsovertuiging eigenlijk nooit tegen op weegt. Dat de klachten van Ladele en McFarlane werden afgewezen is dan ook geen verrassing te noemen.

De gevolgen die de uitspraken in de zaken Ladele en McFarlane zullen hebben lijken op het eerste gezicht in de praktijk niet zo verstrekkend te zullen zijn. Ten eerste is het aantal weigerambtenaren in Nederland zeer gering. Daar komt bij dat het aantal huwelijksceremonies tussen mensen van hetzelfde geslacht in aantal veel minder is dan tussen een man en een vrouw. In de meeste gemeenten wordt dan ook praktisch omgegaan met deze kwestie door deze weigerambtenaren, die hun overige werkzaamheden prima uit kunnen voeren, gewoonweg niet in te zetten op dergelijke huwelijksluitingen. Overigens is het goed op te merken dat het Hof nergens zegt dat de overheid verplicht is om weigerambtenaren te ontslaan. De nationale autoriteiten hebben ook op dit gebied een ruime beoordelingsvrijheid om de rechten en plichten die in het geding zijn af te wegen en dat betekent dat een andere uitkomst niet per definitie onacceptabel zou zijn. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit spelen hier een belangrijke rol en het is, mede gelet op de praktische aanpak van de gemeenten, goed voor te stellen dat in sommige gevallen de overheid op grond daarvan gehouden is om de ambtenaar in dienst te houden.

Welke conclusie kan worden getrokken?

Wie hoopte op heldere rechtsregels en een uniforme lijn in Europa zal na het lezen van de Eweida-uitspraken enigszins bedrogen uitkomen. Het hof heeft zich nog altijd onthouden van een vergaande principiële uitspraak. Gezien het feit dat tussen de verdragspartijen verschil in opvatting bestaat omtrent deze problematiek, is dit wellicht een juiste keuze geweest. Op deze manier blijft er voldoende ruimte voor maatwerk. Het Hof laat duidelijk merken dat er in beginsel ruimte moet zijn voor religie op de werkvloer, maar dat dit recht niet onbeperkt geldt. Telkens moet de afweging gemaakt worden tussen het belang van de werkgever en het belang van de werknemer. Bij deze beoordeling wordt veel gewicht toegekend aan de feitelijke omstandigheden van de zaak. Bij het ontbreken van praktische bezwaren moet sprake zijn van 'evidence of any real encroachment on the interest of others'.

Als de werkgever de overheid betreft, zal daarnaast bij de beoordeling echter ook betrokken worden de verplichting van de overheid om de rechten die voortvloeien uit het verdrag (en de grondwet) te respecteren in de uitvoering van haar taak als overheid. Gezien deze verplichting kan de overheid er belang bij (stellen te) hebben dat een ambtenaar zich neutraal opstelt. Als dit zwaarwegende belang in het geding komt, zal de balans al snel naar de overheid als werkgever uitslaan. Praktische bezwaren, het soort taak dat de ambtenaar uitvoert en eventuele inbreuken op de rechten van derden zijn hierbij leidend.

Het belang van de overheid bij een neutrale uitstraling voor sommige ambtenaren mag wel worden aangenomen, gezien de bijzondere functies die zij vervullen. Maar telkens zal concreet moeten worden onderbouwd dat de uiting van een werknemer van zijn geloofsovertuiging op onaanvaardbare wijze in strijd is met het werkgeversbelang en dat een verbod ook echt proportioneel is. Dat betekent dat de ambtenaar slechts in bijzondere gevallen, afhankelijk van zijn functie, terughoudend hoeft te zijn met het etaleren van zijn geloofsovertuiging.

Waar het gaat om het weigeren van dienstverlening op religieuze gronden, komt de ambtenaar er waarschijnlijk minder goed vanaf. Hier geldt het beginsel dat waar de rechten van anderen in het geding komen door het vanuit een geloofsovertuiging ten opzichte van derden daadwerkelijk anders handelen dan gebruikelijk is, een verbod snel gerechtvaardigd zijn. Bij een weigerambtenaar is dit laatste evident het geval. De bijzondere positie van de overheid als werkgever noopt hier tot een belangenafweging ten nadele van de werknemer. Voor de weigerambtenaar zijn deze uitspraken dan ook in beginsel geen goed nieuws, maar het is zeer de vraag of in de praktijk deze uitspraak grote consequenties heeft. Gelukkig laat het hof voldoende ruimte aan de verdragslanden om hun eigen afweging te maken en zodoende maatwerk te leveren.