Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 13 juli 2016[1]

Mål C-188/15

Asma Bougnaoui
Association de défense des droits de l'homme (ADDH)
mot
Micropole SA

(begäran om förhandsavgörande från Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike))

”Socialpolitik — Likabehandling i arbetslivet — Direktiv 2000/78/EG — Diskriminering på grund av religion eller övertygelse — Verkligt och avgörande yrkeskrav — Betydelse — Direkt och indirekt diskriminering — Bärande av islamisk huvudduk”

1. Innebär det förbud mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse som följer av unionsrätten, och särskilt av direktiv 2000/78,[2] att det är olagligt att säga upp en anställd som är praktiserande muslim på grund av att hon vägrar att rätta sig efter en förhållningsorder från arbetsgivaren (ett privat företag) om att inte bära slöja eller huvudduk i kontakterna med företagets kunder? Frågan har ställts till domstolen med hänvisning till artikel 4.1 i detta direktiv. Som jag kommer att förklara nedan är även frågor avseende den åtskillnad som görs i artikel 2.2 a och b mellan direkt och indirekt diskriminering relevanta i detta sammanhang.[3]

Tillämpliga bestämmelser

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

2. I artikel 9 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen),[4] föreskrivs följande:

”1. Var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet. Denna rätt innefattar frihet att byta religion eller övertygelse och frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller övertygelse genom gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, 2000, s. 16).

3 — Hof van Cassatie (Belgien) har ingett en begäran om förhandsavgörande grundad på liknande (men inte identiska) faktiska omständigheter till domstolen i målet C-157/15, Achbita (fortfarande anhängigt vid domstolen). Den fråga som den domstolen har hänskjutit skiljer sig från den nu aktuella frågan, genom att den i huvudsak rör skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 a och 2.2 b i direktiv 2000/78. Min kollega, generaladvokaten Kokott, lämnade sitt förslag till avgörande i det målet den 31 maj 2016.

4 — Undertecknad i Rom den 4 november 1950. Alla medlemsstater har undertecknat Europakonventionen, men Europeiska unionen har ännu inte som sådan tillträtt den, se yttrande 2/13 (EU:C:2014:2454).

2. Friheten att utöva sin religion eller tro får endast underkastas sådana begränsningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten, till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.”

3. I artikel 14 i Europakonventionen föreskrivs följande:

”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention ska säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”

4. Artikel 1 i protokoll nr 12 till Europakonventionen har rubriken ”Generellt förbud mot diskriminering”.[5] I punkt 1 föreskrivs följande:

”Åtnjutandet av varje rättighet som anges i lag skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”

Fördraget om Europeiska unionen

5. I artikel 3.3 FEU föreskrivs följande:

”Unionen ska upprätta en inre marknad. Unionen ska verka för en hållbar utveckling i Europa som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt och på prisstabilitet, på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas, samt på en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö. Den ska främja vetenskapliga och tekniska framsteg.

Den ska bekämpa social utestängning och diskriminering samt främja social rättvisa och socialt skydd …”

6. I artikel 4.2 FEU föreskrivs följande:

”Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar.”

5 — Protokollet öppnades för undertecknande den 4 november 2000. EU-medlemsstater som hittills har undertecknat det är Österrike, Belgien, Kroatien, Cypern, Tjeckien, Estland, Finland, Tyskland, Grekland, Ungern, Irland, Italien, Lettland, Luxemburg, Malta, Nederländerna, Portugal, Rumänien, Slovakien, Slovenien och Spanien. Endast Kroatien, Cypern, Finland, Luxemburg, Malta, Nederländerna, Rumänien, Slovenien och Spanien har hittills ratificerat det.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

7. Artikel 10 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan),[6] har titeln ”Tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet”. Punkt 1 har följande lydelse:

”Var och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet. Denna rätt innefattar frihet att byta religion eller övertygelse och frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller övertygelse genom gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer.”

8. I artikel 16 i stadgan, med rubriken ”Näringsfrihet”, anges följande:

”Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.”

9. Artikel 21 i stadgan har rubriken ”Icke-diskriminering”. I punkt 1 föreskrivs följande:

”All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden.”

Direktiv 2000/78

10. I skälen i direktiv 2000/78 föreskrivs särskilt följande:

”(1) Enligt artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen bygger Europeiska unionen på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna, och unionen ska som allmänna principer för [EU-]rätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i [Europakonventionen] och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

…

(9) Sysselsättning och arbete är grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla och bidrar i hög grad till att medborgarna kan delta fullt ut i det ekonomiska, kulturella och sociala livet och till deras personliga utveckling.

…

(11) Diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning kan undergräva förverkligandet av målen i EG-fördraget, särskilt förverkligandet av en hög sysselsättningsnivå och en hög nivå på det sociala skyddet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten, ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet samt fri rörlighet för personer.

(12) Därför bör all direkt eller indirekt diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning på de områden som omfattas av detta direktiv förbjudas i hela [Europeiska unionen]. …

…

6 — EUT C 83, 2010, s. 389.

(15) Bedömningen av händelser av vilka den slutsatsen kan dras att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering är en fråga för nationella rättsliga instanser eller andra behöriga organ i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis. …

…

(23) Under mycket begränsade omständigheter kan en särbehandling vara berättigad, när en egenskap som avser religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav, förutsatt att syftet är legitimt och kravet är rimligt. Sådana omständigheter ska ingå i den information som medlemsstaterna ska lämna till kommissionen.

…”

11. I artikel 1 i direktivet anges att syftet med detta är ”att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling ska kunna genomföras i medlemsstaterna”.

12. Artikel 2 i direktivet har rubriken ”Begreppet diskriminering”. I denna föreskrivs särskilt följande:

’1. I detta direktiv avses med principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1.

2. Vid tillämpningen av punkt 1 ska

(a) direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation,

(b) indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte

(i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, …

…

5. Detta direktiv ska inte påverka de åtgärder som föreskrivs i nationell lagstiftning och som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för den allmänna säkerheten, ordningens bevarande, förebyggande av brott samt skydd för hälsa och andra personers fri- och rättigheter.”

13. I artikel 3 i direktivet som har rubriken ”Tillämpningsområde” föreskrivs följande:

”1. Inom ramen för [Europeiska unionens] befogenheter ska detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, i fråga om följande:

(a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran.

…

(c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

…”

14. I artikel 4 i direktiv 2000/78, med rubriken ”Yrkeskrav”, föreskrivs följande i punkt 1:

”Utan hinder av artikel 2.1 och 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att sådan särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med någon av de grunder som anges i artikel 1 inte ska utgöra diskriminering, om denna egenskap utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs, förutsatt att målet är legitimt och kravet proportionerligt.”

15. Artikel 4.2 avser särbehandling som grundar sig på en persons religion eller övertygelse i det specifika sammanhanget yrkesverksamhet inom kyrkor och ”andra offentliga eller enskilda organisationer, vilkas etiska grundsyn grundar sig på religion eller övertygelse”.

16. I artikel 6 i direktiv 2000/78 föreskrivs vissa undantag från direktivets bestämmelser beträffande diskriminering på grund av ålder.

17. I artikel 7.1 i direktivet föreskrivs att i syfte att säkerställa fullständig jämlikhet i praktiken får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer missgynnas på de grunder som anges i artikel 1 eller för att kompensera för ett sådant missgynnande.

Fransk rätt

18. I artikel L. 1121–1 i Code de travail (lagen om anställning) föreskrivs följande:

”Det är förbjudet att begränsa personliga rättigheter och individuella eller kollektiva friheter genom inskränkningar som inte är berättigade med hänsyn till karaktären av den uppgift som ska utföras och proportionerliga i förhållande till det eftersträvade målet.”

19. I artikel L. 1321–3 i lagen om anställning, i den version som var i kraft vid den aktuella tidpunkten, föreskrivs följande:

”Arbetsplatsföreskrifter får inte innehålla något av följande:

1) bestämmelser som strider mot primär- eller sekundärrätten eller mot de villkor som föreskrivs i kollektivavtal och överenskommelser om arbetsmetoder som är tillämpliga inom företaget eller verksamheten,

2) bestämmelser om inskränkningar av personliga rättigheter och av individuella och kollektiva friheter som inte är berättigade med hänsyn till karaktären av den uppgift som ska utföras eller proportionerliga till det eftersträvade målet,

3) bestämmelser som diskriminerar anställda i deras anställning eller i deras arbete, när de har samma yrkesförmåga, på grund av deras ursprung, kön, beteende, sexuell läggning, ålder … politiska åsikter, fackliga verksamhet eller verksamhet inom företagsråd, religiösa övertygelse, fysiska egenskaper, efternamn eller på grund av deras hälsotillstånd eller funktionshinder.”

20. Artikel L. 1132–1 i lagen om anställning har följande lydelse:

”Ingen får uteslutas från ett anställningsförfarande eller från tillträde till arbetslivserfarenhet eller en utbildningsperiod inom ett företag, ingen anställd får straffas, sägas upp eller utsättas för diskriminerande behandling, direkt eller indirekt, … särskilt beträffande lön, … vinstandelssystem eller program för aktieinnehav riktade till anställda, utbildning, omklassificering, ekonomiskt stöd, certifiering, karriärsutveckling, överföring eller förnyelse av anställningsavtal på grund av personens ursprung, kön, beteende, sexuella läggning, ålder, … politiska åsikter, facklig verksamhet eller verksamhet inom företagsråd, religiös övertygelse, fysiska egenskaper, efternamn … eller på grund av hälsotillstånd eller funktionshinder.”

21. Artikel L. 1133–1 i lagen om anställning har följande lydelse:

”Artikel L. 1132–1 ska inte utgöra hinder för särbehandling som föranleds av ett verkligt och avgörande yrkeskrav, under förutsättning att målet är legitimt och kravet proportionerligt.”

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågan

22. Asma Bougnaoui anställdes som projektingenjör av Micropole SA, ett företag som i beslutet om hänskjutande beskrevs som ett konsultföretag för rådgivning, ingenjörskonst och utbildning, med särskild inriktning på utveckling och integrering av beslutslösningar. Innan hon arbetade som anställd inom detta företag hade hon genomgått en praktiktjänstgöring där. Hennes anställningsavtal med Micropole började den 15 juli 2008.

23. Den 15 juni 2009 kallades hon till ett samtal där hon informerades om att hon eventuellt skulle komma att sägas upp. Därefter sades hon upp genom en skrivelse av den 22 juni 2009. I denna skrivelse (nedan kallad uppsägningsbrevet) angavs följande:

”Ni genomgick Er praktiktjänstgöring med början den 4 februari 2008 och anställdes därefter av vårt företag den 1 augusti 2008[7] som projektingenjör. Det ingår i Era arbetsuppgifter att delta i olika uppdrag för våra kunders räkning.

Den 15 maj i år bad vi Er att utföra vissa uppgifter åt kunden Groupama i Toulouse. Efteråt fick vi veta av kunden att det faktum att Ni bar slöja, vilket Ni mycket riktigt gör varje dag, hade stört vissa av medarbetarna. Kunden framställde också ett önskemål om att ’det inte skulle vara någon slöja nästa gång’”.

Frågan om bärande av slöja togs upp med Er på ett klart och tydligt sätt i samband med att Ni anställdes i företaget och under de samtal som ägde rum med Er operationella chef, …, samt med …, som var ansvarig för rekryteringen. Vi preciserade då att vi till fullo respekterar principen om åsiktsfrihet liksom var och ens religiösa övertygelse, men att Ni inte skulle kunna bära slöja i alla sammanhang eftersom Ni, internt eller externt, skulle komma i kontakt med företagets kunder. För att främja utvecklingen av företaget är vi nämligen tvungna att se till att våra anställda iakttar viss diskretion gentemot våra kunder när det gäller att uttrycka sina personliga åsikter.

7 — Det är oklart varför detta datum skulle ha använts i uppsägningsbrevet, eftersom det förefaller vara ostridigt mellan parterna att Asma Bougnaouis anställning i Micropole påbörjades den 15 juli 2008. Jag fäster ingen vikt vid denna fråga, åtminstone vad gäller förevarande förslag till avgörande.

Under vårt samtal den 17 juni[8] upprepade vi denna princip om nödvändig neutralitet som vi bad Er att följa i kontakten med vår kundkrets. Vi frågade Er på nytt om Ni kunde acceptera detta yrkesmässiga krav genom att gå med på att inte bära slöja, varvid Ni besvarade frågan nekande.

Vi anser att dessa omständigheter, av de ovannämnda orsakerna, utgör sakliga skäl för att säga upp Ert anställningsavtal. Eftersom Er inställning gör det omöjligt för Er att fortsätta arbeta i företaget, då vi på grund av Er inte kan fortsätta att tillhandahålla våra tjänster hos våra kunder, kommer Ni inte att ges förmånen av en uppsägningstid. På grund av att det är Ni själv som bär ansvaret för detta kommer Ni inte att uppbära uppsägningslön.

Vi beklagar den uppkomna situationen, då Er yrkeskompetens och potential hade ingett oss förhoppningar om ett varaktigt samarbete.”

24. I november 2009 väckte Asma Bougnaoui talan vid Conseil de prud’hommes (Arbetsdomstolen, Paris, Frankrike) varvid hon bestred uppsägningen och gjorde gällande att den utgjorde en diskriminerande åtgärd baserad på hennes religiösa övertygelser. Association de défense des droits de l’homme (ADDH) (organisationen för skydd av mänskliga rättigheter, nedan kallad ADDH) intervenerade på eget initiativ. I dom av den 4 maj 2011 slog domstolen fast att det förelåg en faktisk och giltig grund för uppsägningen, förpliktade Micropole att utge ett belopp på 8 378,78 euro i uppsägningslön till Asma Bougnaoui och ogillade övriga yrkanden.

25. Efter det att Asma Bougnaoui gett in ett överklagande och Micropole gett in ett anslutningsöverklagande, fastställdes arbetsdomstolens dom av Cour d’appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris) genom dom av den 18 april 2013.

26. Asma Bougnaoui överklagade den domen till den hänskjutande domstolen. Eftersom den domstolen finner att det råder osäkerhet i fråga om vilken tolkning som ska göras av unionsrätten under omständigheterna i det målet, har den med stöd av artikel 267 FEUF ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 4.1 i rådets [direktiv 2000/78] tolkas så, att ett önskemål hos en av kunderna till ett datakonsultföretag om att företagets IT-tjänster inte längre ska tillhandahållas av en i företaget anställd projektingenjör som bär islamisk huvudduk, utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs?”

27. Skriftliga yttranden har getts in till domstolen av Asma Bougnaoui och ADDH, Micropole, den franska och den svenska regeringen och av Europeiska kommissionen. Vid förhandlingen den 15 mars 2016 yttrande sig samma parter, liksom även Förenade kungarikets regering.

Inledande anmärkningar

Inledning

28. Rent allmänt handlar den fråga som domstolen har ombetts att besvara om vilka konsekvenser de unionsrättsliga bestämmelserna om diskrimineringsförbud får för bärandet av religiös klädsel. Närmare bestämt ska frågan undersökas med avseende på en praktiserande kvinnlig muslims bärande av sådan klädsel i ett anställningsförhållande inom den privata sektorn. Mycket har ändrats under de senaste decennierna beträffande samhällets sedvänjor i allmänhet och arbetsmarknaden i synnerhet. Det är

8 — I uppsägningsbrevet används detta datum, medan det i beslutet om hänskjutande anges att en intervju ägde rum den 15 juni 2009. Det kan naturligtvis vara så, att det gjordes två intervjuer. Oavsett vilket så anser jag inte att detta ändrar någonting beträffande den tolkningsfråga som har ställts till domstolen.

inte längre så, att människor av olika religioner och etnisk bakgrund kan utgå ifrån att de kommer att leva och arbeta åtskilda från varandra. Frågor som relativt nyligen ansågs vara av ingen, eller högst av föga, betydelse har nu hamnat i fokus, ibland på ett obehagligt sätt. Ur detta perspektiv kan målets bakgrund uppfattas som en relativt ”modern” sådan och kan, i vissa kretsar, uppfattas som känsloladdad. Det är också ett område där det råder vitt skilda uppfattningar och där sedvänjor skiljer sig mycket åt inom Europeiska unionen.

29. Det är ofta (kanske i allmänhet) så, att den som tillhör en viss religion inte uppfattar allt i ”handboken” för de religiösa sederna som själva ”kärnan” i hans eller hennes egen religionsutövning. Religionsutövning förekommer i olika former och olika intensitet. Vad en viss person anser vara väsentligt för hans eller hennes religionsutövning kan även variera över tid. Det beror på att det är ganska vanligt att graden av den personliga tron, och således av det personliga utövandet av denna tro, utvecklas under livets gång. Vissa blir mindre praktiserande med tiden, andra mer. Bland dem som har en viss tro kan även graden av religionsutövning fluktuera under det religiösa året. En utökad religionsutövning – som en praktiserande troende kan finna det lämpligt att ägna sig åt på olika sätt – kan således vara förknippad med vissa tidpunkter på det religiösa året,[9] medan det för samma person kan framstå som lämpligt med en minskad religionsutövning vid en annan tidpunkt.[10]

30. Frågan i detta förslag till avgörande avser inte enbart islam och personer av kvinnligt kön. Bärandet av religiös klädsel är inte begränsat till en specifik religion eller till ett specifikt kön. I vissa fall finns det vad som kan kallas för absoluta regler, även om dessa inte nödvändigtvis är tillämpliga på alla anhängare av den aktuella tron och under alla omständigheter. I andra fall kan det finnas en eller flera sorters klädslar för anhängarna, vilka kan välja att bära dem antingen permanent (åtminstone i offentligheten) eller vid tidpunkter och/eller på platser där de finner det lämpligt. Således var exempelvis nunnor inom den romersk-katolska och den anglikanska kyrkan traditionellt tvungna att bära en form av klädsel som omfattade en huvudbonad eller slöja. I vissa ordnar får denna särskiljande klädsel numera bytas ut mot ett litet diskret kors fäst på en vanlig civil klädsel. Likaledes är användningen av kippan[11] av manliga anhängare till den judiska läran välkänd. Trots den omfattande debatten om huruvida det finns en skyldighet att alltid täcka huvudet (och inte bara vid bön), är det många anhängare av den ortodoxa tron som gör detta i praktiken.[12] Manliga anhängare av den sikhiska tron är i allmänhet tvungna att alltid bära en dastar (eller turban) och får inte ta av den i offentligheten.[13]

31. Det kan dessutom finnas olika sorters religiösa klädslar för anhängare av en viss tro. Asma Bougnaoui förefaller ha burit en så kallad ”hijab”, det vill säga ett slags scarf som täcker huvud och hals men lämnar ansiktet synligt. Andra klädslar som bärs av muslimska kvinnor är nikab – en ansiktstäckande slöja som endast lämnar en öppning för ögonen, burka – en klädsel som täcker hela kroppen och omfattar ett nät över ansiktet och ”chadar” eller ”chador” eller ”abaya” – en svart slöja som täcker hela kroppen från huvud till vrister men lämnar ansiktet synligt.[14]

9 — Se, exempelvis, dom av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Strasbourgdomstolen) av den 1 juli 2014, S.A.S. mot Frankrike, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, § 12.

10 — För att illustrera detta: Det är välkänt att antalet kyrkobesökare är högst under julen (med högsta antal på midnattsmässan och/eller högmässan på juldagen), och många kristna ”gör en ansträngning” vid fastan, precis före påskhögtiden. Ett liknande fenomen kan iakttas inom judendomen. Det kan således hända att synagogor utfärdar biljetter för att kunna hantera deltagandet vid gudstjänster kring Rosh ha-shana (det judiska nyåret) och Jom Kippur (försoningsdagen) – medan ett sådant förfarande under resten av året inte behövs, eftersom det finns gott om utrymme för alla som önskar delta.

11 — Betecknad som kippa eller jarmulke eller, i mer vardagligt tal, kalott.

12 — Se Oxtoby, W.G., *A Concise Introduction to World Religions*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

13 — Se Cole, W.O., och Sambhi, P.S., *Sikhism and Christianity: A Comparative Study*, Macmillan, 1993. Manliga sikhiska advokater i Förenade kungariket har förenat sina religiösa plikter med yrkets klädtvång (peruk och kappa i domstol) genom att ersätta den vanliga svarta dastarn med en särskild vit dastar.

14 — För ytterligare information, se: ”Niqab, hijab, burqa: des voiles et beaucoup de confusions, Le Monde”, 11 juni 2015, tillgänglig på internet på följande sida: http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/06/11/niqab-hijab-burqa-des-voiles-et-beaucoup-de-confusions_4651970_4355770.html#U3778UWCg7HuTisY.99.

32. Slutligen ska det, när det gäller vilken typ av huvud- och kroppsklädsel kvinnliga anhängare av islam kan välja att bära, påpekas att det inom den muslimska tron, liksom inom nästan alla andra religioner, finns olika strömningar beträffande vilka exakta regler som ska iakttas av anhängarna. Inte alla av dessa skolor uppställer krav i detta hänseende. Vissa anser att kvinnor är fria att inte bära någon typ av huvud- eller kroppsplagg över huvud taget. Andra inriktningar föreskriver att kvinnor har en skyldighet att alltid göra det på allmän plats. Vissa muslimska kvinnor ser det som en frivillig handling och väljer huruvida de ska bära religiös klädsel eller inte beroende på sammanhanget. [15]

33. Frågorna gäller inte endast bärande av religiös klädsel. Användning av religiösa symboler har också gett upphov till kontroverser och det står klart att dessa kan variera i både storlek och innebörd. Strasbourgdomstolen grundade exempelvis en del av resonemanget i sin dom Eweida på den omständigheten att det kors som Eweida bar var ”diskret”. [16] Det tycks ha rört sig om ett väldigt litet kors, fäst i ett halsband runt bärarens hals. Det kan således uppfattas som relativt, men uppenbarligen inte helt, oansenligt. Det händer att andra anhängare av den kristna tron väljer att bära mycket större kors, upp till flera centimeter långa. Ibland kan det emellertid inte vara rimligt att förvänta sig att den berörda personen ska göra ett ”diskret” val. Det är sålunda svårt att föreställa sig hur en manlig sikh skulle kunna vara diskret eller oansenlig när han rättar sig efter kravet på att bära dastar. [17] Antingen bär han den turban som hans religion föreskriver eller så gör han det inte.

Medlemsstaterna

34. Strasbourgdomstolen påpekade i sin dom Leyla Şahin mot Turkiet att ”det inte är möjligt att inom Europa skönja en enhetlig syn på religionens betydelse i samhället … och betydelsen och följderna av det offentliga uttrycket för religiös tro varierar beroende på tidsperioder och sammanhang”. [18] Det finns ingenting som tyder på att läget har ändrats under de cirka tio år som har förflutit sedan den domen meddelades.

35. När det gäller utbredningen av religiös övertygelse i medlemsstaterna, visar rapporterna från en undersökning som Europeiska kommissionen beställde år 2012 [19] att de som uppgav sig ha en kristen tro i Europeiska unionen utgjorde en genomsnittlig andel på 74 procent. Men siffrorna för de olika medlemsstaterna varierade betydligt. För Cypern var andelen 99 procent, nära följd av Rumänien med 98 procent, Grekland med 97 procent, Malta med 96 procent, Portugal med 93 procent samt Polen och Irland med 92 procent. I motsats därtill fanns de lägsta procentandelarna i Estland (45 procent) och Tjeckien (34 procent). Vad gäller muslimska anhängare registrerades den högsta andelen i Bulgarien (11 procent), följd av Belgien (5 procent). I 16 medlemsstater var andelen 0 procent. När det gäller dem som uppgav sig vara ateister eller agnostiker, fanns den högsta nivån i Tjeckien (20 respektive 39 procent), och vad gäller den nederländska befolkningen uppgav sig 41 procent vara agnostiker. För Cypern och Rumänien var siffran 0 procent i båda fallen. Beträffande upplevd diskriminering på grund

15 — Se, exempelvis, dom meddelad av Strasbourgdomstolen av den 1 juli 2014, S.A.S. mot Frankrike, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511. I § 12 i denna dom anges att sökanden, en hängiven muslim, bar nikab på allmän plats och privat, men inte systematiskt. Hon önskade kunna bära den när hon valde att göra detta, särskilt beroende på hennes andliga känslor. Det fanns vissa tidpunkter (exempelvis under sådana religiösa händelser som Ramadan) när hon ansåg att hon borde bära den på allmän plats för att uttrycka sin religiösa, personliga och kulturella tro. Hennes mål var inte att irritera andra utan att känna en inre frid.

16 — Dom av den 15 januari 2013 i målet Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94.

17 — Se punkt 30 ovan.

18 — Dom av den 10 november 2005, Leyla Şahin mot Turkiet, CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 109.

19 — Se Europeiska kommissionen, särskilt Eurobarometer-undersökning nr 393, *Report on Discrimination in the EU in 2012*, november 2012. Denna rapport omfattar inte Kroatien. Det ska tilläggas att de siffror som anges ska tolkas med försiktighet. De grundar sig inte på officiell statistik utan på svar på ställda frågor. De gör ingen åtskillnad mellan praktiserande och icke-praktiserande anhängare av en viss religion och gör inte heller nödvändigtvis någon åtskillnad mellan religiös tillhörighet och etnisk tillhörighet. Jag inkluderar dem i syfte att visa att det inte finns någon ”norm” inom medlemsstaterna i detta sammanhang.

av religion eller övertygelse inom medlemsstaterna visar rapporten att 51 procent av européerna generellt ansåg att det var ovanligt eller inte förekom alls medan 39 procent ansåg att det var utbrett. Diskriminering på dessa grunder ansågs mest förekommande i Frankrike (66 procent) och i Belgien (60 procent), medan motsvarande andelar för Tjeckien och Lettland var 10 procent.

36. Medlemsstaternas lagstiftning och rättspraxis avseende bärande av religiös klädsel inom anställningsförhållanden visar också på en omfattande variation. [20]

37. I ena änden av skalan har vissa medlemsstater antagit en lagstiftning som föreskriver ett fullständigt förbud mot att bära vissa typer av klädsel offentligt. Således har både Frankrike [21] och Belgien [22] instiftat lagar som förbjuder bärande på allmän plats av klädsel som är utformad för att dölja ansiktet. Dessa lagar åsyftar inte arbetsmarknaden specifikt, men deras tillämpningsområde är så brett att de oundvikligen kan begränsa möjligheten för vissa personer (inklusive muslimska kvinnor som väljer att bära burka eller nikab) att ta sig in på arbetsmarknaden.

38. Relevanta i sammanhanget är också principerna om *laïcité* och *neutralité* [23] vilka återigen är särskilt relevanta i Frankrike och Belgien. Det är på grundval av dessa principer som det råder förbud för anställda inom den franska statliga sektorn att bära religiösa symboler och religiös klädsel på arbetsplatsen. [24] Offentligt anställda i Belgien har också en strikt skyldighet att iaktta principen om neutralitet. [25]

39. Andra medlemsstater ger sina offentligt anställda mer frihet. Således fann Bundesverfassungsgericht (Federala konstitutionsdomstolen), i Tyskland, nyligen att ett förbud mot att bära religiösa symboler på arbetsplatsen, grundat på en teoretisk risk för en negativ inverkan på statens neutralitet inom den offentliga utbildningssektorn, strider mot religionsfriheten, och att det utgör en omotiverad direkt diskriminering att ge företräde för judisk-kristna värderingar. Det är enbart när skollärares utseende kan skapa eller bidra till en tillräckligt specifik risk för en negativ inverkan på den statliga neutraliteten eller den konfliktfria samexistensen inom skolsystemet som ett sådant förbud kan vara motiverat. [26] I andra medlemsstater finns det inga principiella restriktioner avseende vilka religiösa symboler eller vilken religiös klädsel som får bäras av offentligt anställda. Detta är exempelvis fallet i Danmark, Nederländerna och Förenade kungariket. [27] Jag vill tillägga att i dessa länder gör man i lagstiftningen inte någon formell åtskillnad mellan de rättsliga bestämmelser som ska tillämpas på offentligt anställda och de som ska tillämpas på anställda inom den privata sektorn.

40. När det gäller anställning inom den privata sektorn finns det återigen en stor variation mellan medlemsstaterna. Det ska understrykas att det allmänt tycks saknas relevanta restriktioner på detta område. Dem som jag hänvisar till nedan utgör således snarare undantag än regel.

20 — Jag skulle vilja påstå att den prövning som följer inte på något sätt är att betrakta som uttömmande. Genom att hänvisa till några av medlemsstaternas lagar och beslut vill jag endast understryka vissa aspekter av bestämmelserna på detta område som enligt min uppfattning är särskilt relevanta. Ett sådant arbete är nödvändigtvis ofullständigt.

21 — Loi nº 2010–1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (Lag nr 2010–1192 av den 11 oktober 2010 om förbud mot att dölja ansiktet på allmän plats).

22 — Loi du 1er juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage (Lag av den 1 juni 2011 om förbud att bära klädsel som döljer ansiktet helt eller till stor del). Förbudet är tillämpligt på alla platser som är tillgängliga för allmänheten.

23 — Dessa kan fritt översättas till svenska som ”(statlig) sekularism” och ”(statlig) neutralitet”.

24 — Se, beträffande offentliga skolor, loi nº 2004–228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (Lag nr 2004–228 av den 15 mars 2004 avseende, som en tillämpning av principen om statlig sekularism, bärande av symboler eller klädsel som visar religiös tillhörighet i offentliga grundskolor och gymnasieskolor) och se, mer allmänt, Conseil d'État, avis, 3 maj 2000, *Mlle Marteaux*, nr 217017.

25 — Se Arrêté royal du 14 Juin 2007, modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l'État (lagdekret av den 14 juni 2007 om ändring av kungliga dekretet av den 2 oktober 1937 avseende bestämmelser tillämpliga på offentligt anställda), artikel 8.

26 — Se beslut av den 27 januari 2015, 1 BvR 471/10 och 1 BvR 1181/10.

27 — Detta innebär inte att det inte kan finnas restriktioner på, exempelvis, hälso- och säkerhetsrelaterade grunder.

41. I Frankrike hade nyligen Cour de cassation (Högsta domstolen) i plenum (*assemblée plénière*) att avgöra ett mål avseende en förskola inom den privata sektorn i ett eftersatt område i departementet Yvelines vilken som arbetsgivare hade klädselregler som förbjöd de anställda att bära religiösa symboler som en del av sin klädsel. Den biträdande direktören hade brutit mot dessa regler genom att vägra att ta av sig sin islamiska huvudduk och blev uppsagd. Den nationella domstolen slog fast, särskilt mot bakgrund av artiklarna L. 1121–1 och L. 1321–3 i anställningslagen, att begränsningar av en anställds frihet att ge uttryck för sin religiösa övertygelse ska vara motiverad med hänsyn till den typ av arbete som utövas och proportionerlig i förhållande till det eftersträvade målet. Av detta skäl får privata företag inte införa allmänna och oprecisa begränsningar av en grundläggande frihet i sina anställningsvillkor. Begränsningar som är tillräckligt precisa, motiverade med hänsyn till den typ av arbete som utförs och proportionerliga i förhållande till det eftersträvade målet kan emellertid vara lagliga. I detta hänseende påpekade domstolen att det aktuella företaget endast hade 18 anställda och att dessa anställda var eller skulle kunna vara i kontakt med småbarn och deras föräldrar. På denna grund godtog domstolen begränsningen, men påpekade samtidigt att det inte av dess dom följde att principen om statlig sekularism, i den mening som avses i artikel 1 i grundlagen, var tillämplig på anställning inom den privata sektor som inte omfattade förvaltning av en offentlig tjänst. [28]

42. Även om principen om *laïcité* inte i allmänhet är tillämplig på anställningsförhållanden inom den privata sektorn i Frankrike, kan begränsningar av rätten att bära religiös klädsel för det första föreskrivas av hänsyn till hälsa, säkerhet eller hygien i syfte att skydda individen. [29] För det andra kan sådana begränsningar vara motiverade när det krävs för att verksamheten ska fungera ordentligt. Det betyder i) att en anställd inte kan vägra att utföra vissa uppgifter som tydligt anges i anställningsavtalet och som vederbörande känner till från början av anställningsförhållandet, [30] ii) att det är nödvändigt att undvika att det uppstår en oacceptabel obalans mellan de anställdas rätt att utöva sin religionsfrihet och arbetsgivarens affärsintressen, samt mellan de anställda i allmänhet vad gäller exempelvis ledighet för religiösa högtider, [31] iii) och att kundrelationer kan utgöra grund för en begränsning, men endast när skada på verksamheten kan fastställas. Enbart farhågor att sådan kan ske räcker inte. [32]

43. I Tyskland får en anställd inom den privata sektorn i princip förbjudas att bära religiösa symboler på arbetsplatsen, antingen genom kollektivavtal eller genom arbetsgivarens rätt att utöva företags- och arbetsledning. Detta får emellertid endast ske undantagsvis. [33] I motsats härtill har College voor de Rechten van de Mens (institut för mänskliga rättigheter) i Nederländerna slagit fast att en bestämmelse eller en instruktion som uttryckligen förbjuder bärande av en religiös symbol ska anses utgöra direkt diskriminering. [34]

28 — Cour de cassation, assemblée plénière, 25 juni 2014, arrêt nº 13–28.845 ('*Baby Loup*').

29 — Se överläggningar vid Haute autorité de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Kommissionen för jämlikhet och icke-diskriminering) (HALDE), nr 2009–117 av den 6 april 2009, punkterna 40 och 41.

30 — Se, exempelvis, Cour de cassation, chambre sociale, 12 juli 2010, nr 08–45.509 och Cour de cassation, chambre sociale, 24 mars 1998, nr 95–44.738.

31 — Se överläggning vid HALDE, nr 2007–301 av den 13 november 2007.

32 — Exempelvis har det slagits fast att uppsägningen av en kvinnlig säljare som bar en heltäckande (som täckte hela kroppen) religiös klädsel på sin arbetsplats var giltig, då hon inte hade burit denna klädsel när hon anställdes (se Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion, 9 september 1997, nr 97/703.306). Men enbart den omständigheten att en anställd är i kontakt med kunder kan inte motivera en begränsning av denna anställdas frihet att ge uttryck för sin religion. Följaktligen har det slagits fast att en uppsägning av en anställd som vägrade att ta av sig sin huvudduk, som hon hade burit sedan början av sin anställning och som inte hade orsakat några problem med dem av verksamhetens kunder som hon var i kontakt med var rättsstridig (se Cour d'appel de Paris, 19 juni 2003, nr 03–30.212).

33 — Bundesarbeitsgericht (Federala arbetsdomstolen) har således slagit fast att en uppsägning av en medlem av försäljningspersonalen på ett varuhus på grund av hennes vägran att ta av sig sin huvudduk inte kunde motiveras på de grunder som föreskrivs i Kündigungsschutzgesetz (lagen om skydd mot rättsstridig uppsägning) av det skälet att hon inte var förhindrad att utföra sitt arbete som säljare och att hennes beteende inte var skadligt för hennes arbetsgivare. Se dom av den 10 oktober 2002, 2 AZR 472/01.

34 — Beslut av institutet för mänskliga rättigheter av den 18 december 2015. Institutets beslut har visserligen inte någon bindande verkan, men deras övertygande kraft är stark och de följs i de flesta fall av de nationella domstolarna.

44. I flera medlemsstater har vissa begränsningar av bärandet av religiös klädsel och religiösa symboler av anställda inom den privata sektorn godtagits av skäl som är att hänföra till i) hälsa och säkerhet [35] och ii) arbetsgivarens affärsintressen. [36]

Strasbourgdomstolens praxis

45. Strasbourgdomstolen har slagit fast att tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, såsom de stadgas i artikel 9 i Europakonventionen, ingår bland ”de grundläggande värdena i ett demokratiskt samhälle” i den mening som avses i Europakonventionen [37] och att religionsfrihet bland annat innebär frihet att ge uttryck för sin religion, ensam inom den privata sfären eller tillsammans med andra och inom den offentliga sfären. [38] Strasbourgdomstolen har slagit fast att det föreligger en inskränkning av denna rättighet när den aktuella åtgärden består i ett förbud mot att bära islamisk huvudduk. [39]

46. Av stor betydelse i den del av Strasbourgdomstolens praxis som är relevant för detta förslag till avgörande är i) undantaget från den allmänna rätten till religionsfrihet som föreskrivs i artikel 9.2 i Europakonventionen och ii) artikel 14 i Europakonventionen, vilken förbjuder diskriminering på ett flertal grunder, inbegripet religion.

47. En stor del av denna rättspraxis har rört tillämpning av nationella bestämmelser avseende bärande av islamisk klädsel. När Strasbourgdomstolen i sådana mål har slagit fast att det har skett en begränsning av den allmänna rättighet som föreskrivs i artikel 9.1, gör den därefter en prövning av huruvida åtgärden ”i ett demokratiskt samhälle är nödvändig” i den mening som avses i artikel 9.2. Därigenom slår den fast huruvida de åtgärder som vidtagits på nationell nivå har varit principiellt motiverade, det vill säga huruvida de skäl som anförts för att motivera dem framstår som ”relevanta och tillräckliga” och är proportionerliga i förhållande till det eftersträvade legitima målet. För att avgöra den sistnämnda frågan måste domstolen väga skyddet av andras rättigheter och friheter mot sökandens påstådda beteende. [40] Eftersom jag, av de skäl som jag kommer att redogöra för i punkt 81 nedan, inte har för avsikt att i detalj undersöka de åtgärder som staten vidtar i detta förslag till avgörande, kommer jag endast kortfattat att återge Strasbourgdomstolens praxis på detta område. Det är emellertid värt att beskriva några av de fall i vilka den domstolen har funnit att kriteriet ”proportionerligt i förhållande till det eftersträvade legitima målet” är uppfyllt.

35 — Bland dessa ingår Belgien, Danmark, Nederländerna och Förenade kungariket.

36 — i) I Belgien slog således Cour du travail de Bruxelles (Arbetsöverdomstolen i Bruxelles) i dom av den 15 januari 2008 (*Journal des tribunaux du travail*, nr 9/2008, s. 140), fast att en arbetsgivare fick åberopa objektiva överväganden avseende den kommersiella bilden av dennes affärsverksamhet i syfte att säga upp ett butiksbiträde som bar huvudduk. ii) I Danmark har Højesteret (Högsta domstolen) slagit fast att en arbetsgivare får föreskriva klädselregler som är utformade för att återspegla företagets kommersiella image och som inte tillåter bärande av huvudduk under förutsättning att reglerna tillämpas på alla anställda (Ufr. 2005, 1265H). iii) De nederländska domstolarna har bifallit arbetsgivares yrkanden grundade på prioritet för affärsverksamhetens yrkes- och representationsanseende vid införandet av klädselregler (se utlåtandet från Commissie Gelijke Behandeling (Likabehandlingsnämnden) avseende regler om polisuniformer och ”livsstils-neutralitet” (CGB-Advies/2007/08)). iv) Det framgår att i Förenade kungariket får en arbetsgivare föreskriva klädselregler för sina anställda under förutsättning att arbetsgivaren, för det fall reglerna är till nackdel för en viss anställd på grund av dennes religion, motiverar dem (se Vickers, L., ”Migration, Labour Law and Religious Discrimination”, i *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, kapitel 17).

37 — Se, exempelvis, beslut av den 15 februari 2001, Dahlab mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398 och av den 24 januari 2006, Kurtulmuş mot Turkiet, CE:ECHR:2006:0124DEC006550001.

38 — Dom av den 10 november 2005, Leyla Şahin mot Turkiet, CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 105.

39 — Se, exempelvis, beslut av den 15 februari 2001, Dahlab mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

40 — För ett exempel på tillämpningen av detta kriterium, se, exempelvis, beslut av den 15 februari 2001, Dahlab mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

48. Strasbourgdomstolen har således bland annat slagit fast följande:

— Att förbjuda lärare inom det statliga utbildningssystemet som undervisar ”små” barn att under pågående undervisning bära islamisk huvudduk var i princip berättigat och proportionerligt i förhållande till det angivna syftet att skydda andras rättigheter och friheter, allmän ordning och allmän säkerhet. Det var således ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle”. [41]

— Likande principer var tillämpliga på förbud mot huvudbonader (i detta fall en islamisk huvudduk) som ålagts en docent som var offentligt anställd [42] och på ett liknande förbud som ålades en lärare i religionskunskap i en offentlig högstadie- och gymnasieskola. [43]

— Ett förbud mot att bära religiös klädsel (i detta fall en islamisk huvudduk) som ålagts en socialarbetare som var anställd vid en psykiatrisk avdelning på ett allmänt sjukhus utgjorde på motsvarande sätt inte heller ett åsidosättande av artikel 9 i Europakonventionen. [44]

49. Genom den sista av dessa domar lämnade Strasbourgdomstolen för första gången ett avgörande avseende ett förbud för anställda inom den offentliga sektorn utanför utbildningsområdet. Den fann i detta sammanhang att det fanns ett samband mellan neutraliteten hos de allmänna sjukhusen och personalens hållning, vilket krävde att patienterna inte skulle hysa några tvivel beträffande denna opartiskhet. Den konventionsslutande staten hade inte överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 9.2 i Europakonventionen. [45]

50. I ett annat sammanhang slog den domstolen fast att skyddet för hälsa och säkerhet beträffande sjuksköterskor och patienter på ett allmänt sjukhus utgjorde ett legitimt mål. Vid bedömningen av kravet på ett sådant slags skydd på en sjukhusavdelning skulle de nationella myndigheterna ges ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. En restriktion avseende bärandet av ett (kristet) kors och kedja som var både ”synligt och tillgängligt”, som ålagts en sjuksköterska som arbetade på en avdelning för vård av äldre på ett psykiatriskt sjukhus, var inte oproportionerligt och var således nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. [46]

51. I motsats härtill fastställde Strasbourgdomstolen, beträffande det generella förbud mot att på allmän plats bära klädsel avsedd att dölja ansiktet som föreskrivs i den franska lagstiftningen, vid sin bedömning av frågan om nödvändighet i förhållande till allmän säkerhet i den mening som avses i, bland annat, artikel 9 i Europakonventionen att ett sådant förbud endast kunde anses proportionerligt i förhållande till det legitima målet avseende allmän säkerhet när det fanns ett allmänt hot mot detta mål. [47]

41 — Beslut av den 15 februari 2001, Dahlab mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

42 — Beslut av den 24 januari 2006, Kurtulmuş mot Turkiet, CE:ECHR:2006:0124DEC006550001.

43 — Beslut av den 3 april 2007, Karaduman mot Turkiet, CE:ECHR:2007:0403DEC004129604.

44 — Dom av den 26 november 2015, Ebrahimian mot Frankrike, CE:ECHR:2015:1126JUD006484611.

45 — §§ 63 och 67. Det är emellertid värt att påpeka att den domen har ifrågasatts inom Strasbourgdomstolen själv. Domaren O’Leary påpekade i sitt delvis instämmande och delvis avvikande yttrande att domstolens tidigare praxis huvudsakligen rörde frågor som är nära knutna till de värderingar som utbildningsinstitutioner förväntas lära ut och att det i denna dom endast förekom en kort diskussion angående den omfattande utvidgningen av denna rättspraxis till att omfatta det bredare området. Beträffande det utrymme för skönsmässig bedömning som de konventionsslutande staterna har getts beträffande bärande av religiös huvudbonad, angav hon att hon ansåg att ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning går hand i hand med europeisk övervakning i fall där Europakonventionen är tillämplig och inte får kringgås genom åberopande detta utrymme för skönsmässig bedömning, hur stort det än är. Domaren De Gaetano angav i sitt avvikande yttrande, till stöd för sin uppfattning att det förelåg en överträdelse av artikel 9 i Europakonventionen, att domen vilade på vad han kallade den ”falska (och mycket farliga) premissen … att användarna av offentliga tjänster inte kan garanteras att tjänsten är opartisk om den offentligt anställda person som utför tjänsten på minsta sätt ger uttryck för sin religiösa tillhörighet … En grundlagsprincip eller en konstitutionell ’tradition’ kan lätt bli föremål för förgudning, och därmed undergräva de värderingar som ligger till grund för [Europakonventionen]…”.

46 — Dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, §§ 99 and 100.

47 — Dom av den 1 juli 2014, S.A.S. mot Frankrike, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, § 139. Eftersom den franska regeringen inte hade lyckats uppfylla detta kriterium underkändes denna grund. Åtgärden godtogs emellertid med hänvisning till det separata målet avseende ”att leva tillsammans” som denna regering gjorde gällande.

52. På området anställning inom den privata sektorn finns det för närvarande endast en dom från Strasbourgdomstolen som är direkt relevant beträffande religiös klädsel, nämligen Eweida m.fl. mot Förenade kungariket.[48] Frågan vid den domstolen i målet Eweida gällde det öppna bärandet av ett kors, vilket beskrevs som ”diskret”, vilket (vid den aktuella tidpunkten) stred mot hennes anställningsvillkor som syftade till att en viss bild skulle ges av företaget. Strasbourgdomstolen slog fast att den begränsningen utgjorde en inskränkning av hennes rättigheter enligt artikel 9.1 i Europakonventionen.[49] Vid fastställandet av huruvida den aktuella åtgärden var principiellt motiverad och proportionerlig, skulle en rättvis avvägning göras mellan de konkurrerande intressena hos individen och hos samhället som helhet, med förbehåll under alla omständigheter för det utrymme för skönsmässig bedömning som staten har.[50] Arbetsgivarens önskan att visa sin företagsimage var legitim men den behövde vägas mot Eweidas önskan att ge uttryck för sin religiösa övertygelse. Eftersom hennes kors var diskret, kan det inte ha påverkat hennes yrkesmässiga framtoning. Hennes arbetsgivare har tidigare tillåtit andra medlemmar av personalen att bära andra religiösa kännetecken såsom turbaner och hijaber, och företaget hade därefter ändrat sina klädselregler för att tillåta synligt bärande av religiösa symboliska smycken. Eftersom det inte fanns något bevis för något faktiskt inkräktande på andras intressen hade de nationella myndigheterna – i detta fall de nationella domstolar som hade ogillat Eweidas talan – inte lyckats skydda hennes rätt att ge uttryck för sin religion, i strid med den positiva skyldigheten enligt artikel 9 i Europakonventionen.[51]

53. När det gäller den funktion som islamisk klädsel har och den roll den spelar för de kvinnor som bär den, skulle jag här vilja göra ett kort avbrott i mitt resonemang för att notera vad som tycks vara en ändring i Strasbourgdomstolens synsätt mellan dess tidigare praxis och dess senare domar.[52] I Dahlab mot Schweiz[53] påpekade den, till exempel, att ”bärandet av huvudduk kan få något slags omvändande verkan, då det förefaller påtvingas kvinnor genom en föreskrift som finns i koranen och som … knappast överensstämmer med principen om jämställdhet mellan kvinnor och män. Det förefaller därför svårt att förena bärandet av islamisk huvudduk med det budskap om tolerans, respekt för andra och, framför allt, jämlikhet och icke-diskriminering som alla lärare i ett demokratiskt samhälle måste förmedla till sina elever”.[54]

54. I motsats härtill ogillade Strasbourgdomstolen i sin dom S.A.S mot Frankrike[55] argument som den franska regeringen anfört angående jämlikhet enligt följande:”119. … Domstolen anser emellertid att en konventionsslutande stat inte kan åberopa jämställdhet mellan kvinnor och män i syfte att förbjuda en sedvänja som försvaras av kvinnor – såsom sökanden – i samband med utövandet av de rättigheter som föreskrivs i [andra punkten i artikel 8 respektive i artikel 9 i Europakonventionen], såvida det inte ska förstås så att individerna skulle kunna skyddas på denna grund från utövandet av sina egna grundläggande rättigheter och friheter …

120. … Hur väsentlig respekten för mänsklig värdighet än är, kan den inte legitimt motivera ett generellt förbud mot att på allmän plats bära en slöja som helt täcker ansiktet. Domstolen är medveten om att den aktuella klädseln uppfattas som främmande av många av dem som iakttar den. Det ska emellertid påpekas att den är uttrycket för en kulturell identitet som bidrar till den pluralism som ingår i en demokrati …”

48 — Dom av den 15 januari 2013, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

49 — § 91.

50 — § 84.

51 — § 94.

52 — Jag tillstår naturligtvis att de faktiska omständigheterna är olika, då tidigare rättspraxis gällde utbildningssektorn och senare rättspraxis avsåg det offentliga rummet.

53 — Beslut av den 15 februari 2001, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

54 — Se även dom av den 10 november 2005, Leyla Şahin mot Turkiet, CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 111.

55 — Dom av den 1 juli 2014, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511

55. Det andra område på vilket jag skulle vilja konstatera en ändring av tonvikten avser den frihet som anställda har att lämna sin tjänst och, följaktligen, finna ett annat arbete någon annanstans. I ett tidigare beslut av Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna angavs att detta var ”den optimala garantin för [den anställdes] rätt till religionsfrihet”. [56] Senare har Strasbourgdomstolen själv valt ett annat synsätt, varvid den slagit fast att ”mot bakgrund av den betydelse som religionsfrihet har i ett demokratiskt samhälle, anser domstolen att när en individ klagar över en begränsning av religionsfriheten på arbetsplatsen, är det i stället för att ange att möjligheten att byta arbete skulle få varje inskränkning av rättigheten att upphöra bättre att väga in denna möjlighet vid bedömningen av huruvida begränsningen var proportionerlig”. [57]

56. Beträffande de påstådda åsidosättandena av artikel 14 i Europakonventionen har Strasbourgdomstolen slagit fast att denna bestämmelse inte har någon oberoende tillämpning, eftersom den endast har verkan i förhållande till de rättigheter och friheter som skyddas av andra materiella bestämmelser i Europakonventionen och dess protokoll. [58] I Eweida m.fl. mot Förenade kungariket [59] fann Strasbourgdomstolen beträffande Eweida att, eftersom det hade visat sig föreligga ett åsidosättande av artikel 9, saknades det anledning att pröva hennes klagomål enligt artikel 14 separat. [60] Den angav beträffande den andra sökanden i det målet att de faktorer som skulle vägas in vid bedömningen av åtgärdens proportionalitet enligt artikel 14 jämförd med artikel 9 skulle vara av liknande slag och att det således saknades grund för att konstatera ett åsidosättande av den förstnämnda bestämmelsen mot bakgrund av den omständigheten att det inte hade skett något åsidosättande av artikel 9. [61]

57. Det bakomliggande syftet med protokoll nr 12 till Europakonventionen är visserligen att ge ett förstärkt skydd mot diskriminering, men dess relevans har hittills varit mycket begränsad. I synnerhet har endast nio medlemsstater hittills ratificerat det [62] och det har endast kommit ytterst lite rättspraxis från Strasbourgdomstolen avseende detta protokoll. [63]

Skillnaderna mellan ett begränsningsbaserat och ett diskrimineringsbaserat synsätt

58. Micropole har i sitt skriftliga yttrande understrukit vad den anser vara en grundläggande kontrast på detta rättsområde mellan begränsningen av en rättighet och förbudet mot diskriminering. Deras tillämpningsområde är olika och den förstnämnda är betydligt flexiblare än den sistnämnda. De ska, enligt bolaget, särskiljas från varandra.

59. Detta är en viktig punkt och den kräver en närmare undersökning.

56 — Se beslut av den 3 december 1996, *Konttinen* mot Finland, CE:ECHR:1996:1203DEC002494994, bekräftad i beslut av den 9 april 1997, Stedman mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1997:0409DEC002910795, där kommissionen påpekade att det stod sökanden ”fritt att säga upp sig”.

57 — Dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 83.

58 — Dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 85. Av detta skäl har artikel 14 i Europakonventionen av vissa författare beskrivits som ”parasitisk”. Se Haverkort-Spekenbrink, s., *European Non-discrimination Law*, School of Human Rights Research Series, volym 59, s. 127.

59 — Dom av den 15 januari 2013, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

60 — § 95.

61 — § 101.

62 — Se fotnot 5 ovan.

63 — Se, exempelvis, dom av den 22 december 2009, Sejdić och Finci mot Bosnien och Herzegovina, CE:ECHR:2009:1222JUD002799606 och dom av den 15 juli 2014, Zornić mot Bosnien och Herzegovina, CE:ECHR:2014:0715JUD000368106. Målen rörde sökandenas rätt att kandidera i valen till representanthuset och presidentrådet i Bosnien och Herzrgovina.

60. Det är riktigt att Strasbourgdomstolens inledande synsätt vid tillämpningen av Europakonventionen har varit att anta vad som skulle kunna kallas för det begränsningsbaserade synsättet med hänvisning till artikel 9. Som jag har nämnt i punkt 56 ovan har den roll som artikel 14 spelat varit underordnad. Då stadgan har en bindande verkan inom unionsrätten sedan Lissabonfördragets ikraftträdande, kan EU-domstolen nu väntas anta samma synsätt genom att tillämpa de motsvarande bestämmelserna enligt det dokumentet, det vill säga artiklarna 10 och 21.

61. Detta synsätt är enligt min uppfattning alltför förenklat.

62. I direktiv 2000/78 föreskrivs ett antal förbud grundade på diskriminering. Därigenom följer direktivet det synsätt som antagits i vad som numera är unionsrätt sedan dess inrättande.[64] Beträffande diskriminering på grund av ålder har domstolen slagit fast att principen om förbud mot diskriminering ska anses som en allmän princip i unionsrätten, och att denna princip har konkretiserats genom direktivet i frågor som rör arbetslivet.[65] Detsamma måste gälla för principen om förbud mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse.

63. Samtidigt finns det en grundläggande skillnad i den intellektuella bedömning som ligger bakom de båda synsätten. Visserligen kan hållningen i huvudsak vara densamma beträffande indirekt diskriminering, i den mån de undantag som är tillåtna enligt unionslagstiftningen kräver att det ska finnas ett legitimt mål som är proportionerligt, och vilket speglar hållningen enligt Europakonventionen. Men i samband med direkt diskriminering är det skydd som unionsrätten ger starkare. I detta sammanhang kan en begränsning av en rätt som garanteras i Europakonventionen alltid vara motiverad på den grunden att den eftersträvar ett legitimt mål och är proportionerlig. Enligt unionsrätten däremot är endast undantag tillåtna så länge den aktuella åtgärden specifikt föreskriver dem.[66]

64. Denna skillnad i synsätt är enligt min uppfattning helt legitim. I artikel 52.3 i stadgan föreskrivs specifikt att unionsrätten kan föreskriva ett mer omfattande skydd än det som ges i Europakonventionen.

65. Det ska i förbigående påpekas att det står klart att de bestämmelser som reglerar indirekt diskriminering kan vara betydligt flexiblare än de som avser direkt diskriminering. Det skulle kunna invändas att tillämpningen av de unionsrättsliga bestämmelserna avseende den senare kategorin är onödigt strikt och att en viss ”blandning” av de båda kategorierna skulle vara lämplig.

66. Jag anser att så inte är fallet.

67. Distinktionen mellan de båda kategorierna av diskriminering är en grundläggande del av detta område inom unionslagstiftningen. Det finns enligt min uppfattning ingen anledning att avvika från den, med den oundvikliga förlust av rättssäkerhet som skulle följa av detta. Eftersom åtskillnaden är tydlig, är arbetsgivaren tvungen att noga överväga exakt vilka bestämmelser han önskar föreskriva i sina arbetsplatsföreskrifter. Vid denna bedömning bör arbetsgivaren ordentligt tänka igenom vilka gränser som ska fastställas och hur de ska tillämpas på arbetskraften.

64 — Se, vidare, punkt 68 och följande punkter nedan.

65 — Se dom av den 13 september 2011, Prigge m.fl., C-447/09, EU:C:2011:573, punkt 38.

66 — Se vidare, angående direktiv 2000/78, punkt 70 nedan.

Förbud mot diskriminering inom unionsrätten

68. När Romfördraget ursprungligen antogs var den enda bestämmelsen i dess avdelning om socialpolitik som hade någon verkan artikel 119, i vilken föreskrevs en uttrycklig skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa lika lön utan diskriminering på grund av kön. De övriga bestämmelserna i denna avdelning hade ett begränsat tillämpningsområde och gav få direkta rättigheter till medborgarna. En betydande utveckling har skett i Europeiska unionen sedan dess.

69. I ett tidigt skede utvecklades skyddet mest i förhållande till anställning, med antagandet av direktiv 75/117 om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män,[67] följt av direktiv 76/207 om likabehandling av kvinnor och män i fråga om anställning,[68] och domstolens banbrytande dom Defrenne (nr 2).[69] Till följd av detta fanns det ett förbud mot diskriminering på grund av kön inom tillämpningsrådet för den relevanta lagstiftningen, tillsammans (med stöd av domstolens dom) med en åtskillnad mellan direkt och indirekt diskriminering.

70. Antagandet av artikel 13 EG (nu, efter ändring, artikel 19 FEUF) till följd av Amsterdamfördragets ikraftträdande den 1 maj 1999 innebar förstärkta befogenheter att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Den bestämmelsen i fördraget har utgjort grunden till direktiv 2000/43 om diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung[70] och till direktiv 2000/78.[71] Var och en av dessa bestämmelser antar samma struktur. Det finns ett generellt förbud mot direkt diskriminering, med förbehåll för endast de specifika undantag som föreskrivs i lagstiftningen, och ett förbud mot indirekt diskriminering, vilken emellertid kan vara berättigad när den aktuella åtgärden är objektivt motiverad av ett legitimt mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.[72]

71. Generaladvokaten Poiares Maduro konstaterade i sitt förslag till avgörande Coleman[73] att jämlikhet är en av de grundläggande principerna i unionsrätten. Enligt hans uppfattning är de värden som ligger till grund för jämlikhet människans värdighet och personlig självbestämmanderätt. För att kravet på människans värdighet ska vara uppfyllt måste det åtminstone föreligga ett erkännande av alla människors lika värde. Personligt självbestämmande innebär (för att använda hans ord) att ”enskilda personer ska ges möjlighet att utforma och genomföra sina liv genom en följd av val mellan olika [meningsfulla] alternativ”. Sådana egenskaper som religiös övertygelse, ålder, funktionshinder och sexuell läggning får inte ha någon betydelse för bedömningen, oavsett sammanhanget, av om det är rätt eller fel att behandla någon mindre fördelaktigt.[74] Han angav vidare följande:”11. På samma sätt innebär ett engagemang för självbestämmanderätt att människor inte ska fråntas [meningsfulla] alternativ på områden som är av grundläggande betydelse för deras liv, genom åberopande av att de

67 — Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, 1975, s. 19).

68 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, 1976, s. 40).

69 — Dom av den 8 april 1976, *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56). För en mer omfattande analys, se Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, kapitel 1.

70 — Rådets direktiv 2000/43/EG av 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, 2000, s. 22).

71 — Det ska påpekas att omfattningen av det skydd som föreskrivs i de båda direktiven varierar. Till exempel föreskrivs i artikel 3 i direktiv 2000/43 att dess tillämpningsområde omfattar ”e) socialt skydd, inklusive socialskydd och hälsovård, f) sociala förmåner, g) utbildning, [och] h) tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster som är tillgängliga för allmänheten, inbegripet hushållsarbete”. Dessa grunder finns inte listade i direktiv 2000/78. Det kommer också att vara uppenbart att en åtgärd som utgör diskriminering på grund av religion eller övertygelse också, mot bakgrund av omständigheterna, kan representera diskriminering på grund av kön eller ras. Kommissionen har visserligen antagit ett förslag till rådets direktiv om genomförande av principen om likabehandling av personer oavsett religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning (KOM(2008) 426 slutlig), vilket skulle utvidga tillämpningsområdet för skydd avseende de frågor som omfattas av direktiv 2000/78. Det återstår dock ännu att gå vidare med detta förslag.

72 — Samma synsätt har antagits i den nuvarande lagstiftningen avseende diskriminering på grund av kön, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (EUT L 204, 2006, s. 23).

73 — C-303/06, EU:C:2008:61.

74 — Punkterna 8–10.

tillhör en suspekt kategori. Tillgång till arbete och yrkesmässig utveckling är av grundläggande betydelse för varje individ inte enbart som ett medel att tjäna sitt uppehälle utan också som ett viktigt led i självuppfyllelse och förverkligande av individens förmåga. Den som diskriminerar en person som hör till en suspekt kategori fråntar henne [meningsfulla] alternativ på ett orättfärdigt sätt. Som en följd av detta begränsas den personens möjlighet att leva ett självständigt liv allvarligt, eftersom en viktig aspekt i hennes liv inte utformas genom hennes egna val utan genom någon annans fördom. Genom att människor i denna kategori behandlas sämre på grund av sina egenskaper hindras de från att utöva sin självbestämmanderätt. I detta läge är det rimligt och rätt att låta lagstiftning mot diskriminering gripa in. Genom att värdesätta jämlikhet och engagera oss för att förverkliga jämlikhet genom lagstiftning strävar vi sammanfattningsvis efter att upprätthålla förutsättningarna för ett självständigt liv för varje människa."

72. Jag instämmer fullständigt i dessa iakttagelser. De understryker att diskriminering har både en ekonomisk inverkan (eftersom den kan påverka en persons förmåga att tjäna sitt uppehälle på arbetsmarknaden) och en psykologisk sådan (eftersom den kan påverka denna persons självbestämmande). Det ska tilläggas att lagstiftning om förbud mot diskriminering, på samma sätt som all annan lagstiftning, ska tillämpas på ett effektivt sätt. Den måste också tillämpas i enlighet med fastställda principer.

Omvändelsepropaganda och uppförande på arbetsplatsen

73. När en arbetsgivare ingår anställningsavtal med en anställd köper han inte denna persons själ. Han köper emellertid vederbörandes tid. Av detta skäl gör jag en tydlig åtskillnad mellan frihet att ge uttryck för sin religion – vars omfattning och möjlig begränsning i anställningssammanhanget står i centrum i det nationella målet – och religiös omvändelsepropaganda. Att förena den förstnämnda friheten med arbetsgivarens rätt till näringsfrihet kräver, liksom jag kommer att visa nedan, en svår balansgång mellan två konkurrerande rättigheter. Det senare utövandet hör, enligt min uppfattning, helt enkelt inte hemma i ett arbetssammanhang. Det är således legitimt för arbetsgivaren att föreskriva och upprätthålla bestämmelser som förbjuder omvändningspropaganda, både för att försäkra sig om att den arbetstid han har betalat för används för verksamhetens syften och för att skapa harmoniska arbetsvillkor för hans anställda.[75] Jag vill klargöra att jag anser det uppenbart att bärandet av en särpräglad klädsel som en del av ens religionsutövning helt och hållet omfattas av den första kategorin och inte den andra.

74. Jag gör även en tydlig åtskillnad mellan bestämmelser som legitimt har utfärdats av ett företag och som preciserar vissa former av beteenden som är önskvärda ("uppträd hövligt mot kunderna i alla situationer") eller som inte är tillåtna ("vid representation av vårt företag i sammanträden med kunder, rök inte, tugga inte tuggummi och drick inte alkohol"), och bestämmelser som inskränker personliga rättigheter för en viss kategori av anställda på grund av en förbjuden egenskap (oavsett om det gäller religion eller någon annan av de egenskaper som lagstiftaren har identifierat som otillåten grund för diskriminering). Att det är farligt med argument såsom "eftersom vår anställde X bär en islamisk huvudduk" (eller en kippa, eller en dastar) (eller är svart, homosexuell eller kvinna) framgår det att han/hon inte kan uppträda på ett lämpligt sätt gentemot våra kunder" bör inte kräva något vidare utvecklande.

75 — En åtgärd som förbjuder omvändningspropaganda kan således, även om den kan innehålla direkt diskriminering, enligt min uppfattning eventuellt omfattas av undantaget i artikel 2.5 i direktivet såsom nödvändig för att skydda andra personers fri- och rättigheter. Den skulle emellertid behöva grundas på "åtgärder som föreskrivs i nationell lagstiftning". Se den uttryckliga lydelsen av detta undantag.

Jämlikhet mellan könen

75. Somliga uppfattar bärandet av huvudduk som ett feministiskt uttryck, eftersom det representerar en kvinnas rätt att hävda sitt val och sin religiösa frihet att vara en muslim som önskar ge uttryck för sin övertygelse på detta sätt. Andra ser huvudduken som en symbol för kvinnoförtryck. Det kan utan tvekan finnas stöd för båda dessa uppfattningar i individuella fall och särskilda sammanhang.[76] Vad domstolen enligt min uppfattning inte bör göra är att anta synsättet att bärandet av huvudduk i alla situationer är att betrakta som förtryckande, på grund av att det kan finnas vissa situationer där det borde eller skulle kunna anses vara det. Jag skulle snarare förespråka ett antagande av Strasbourgdomstolens synsätt, som har återgivits i punkt 54 ovan, enligt vilket detta agerande bäst förstås som ett uttryck för kulturell frihet och religionsfrihet.

Rättslig bedömning

Tolkningsfrågans räckvidd

76. Den hänskjutande domstolen önskar genom sin tolkningsfråga få klarhet i hur artikel 4.1 i direktiv 2000/78 ska tolkas i förhållande till en önskan (vilken, framgår det, senare har lett till uppsägning av den anställde), som en kund har framfört till en arbetsgivare, att inte längre få arbetsgivarens tjänster utförda av en anställd som bär islamisk huvudduk. Nämnda domstol undrar huruvida denna önskan kan utgöra ett ”verkligt och avgörande yrkeskrav” i den mening som avses i denna bestämmelse, på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.

77. Lydelsen av denna fråga och bakgrunden till tvisten i det nationella målet ger upphov till ett antal frågor.

78. För det första har den hänskjutande domstolen använt ordet ”huvudduk” (*foulard*) i sin tolkningsfråga till domstolen, medan den i resten av beslutet om hänskjutande har talat om en ”slöja” (*voile*).[77] Av svaren på domstolens frågor vid förhandlingen framgick att dessa båda ord ska förstås som synonymer. Den aktuella klädseln bestod av en huvudbonad som lämnade ansiktet helt synligt. Jag kommer nedan att använda begreppet ”huvudduk” för konsekvensens och tydlighetens skull.

79. För det andra, medan artikel 3.1 i direktiv 2000/78 gör det tydligt att direktivets tillämpningsområde omfattar både den offentliga och den privata sektorn, råder det inga tvivel om att det kan finnas skillnader, i vissa fall betydande sådana, beträffande tillämpningsområdet för nationella bestämmelser avseende dessa sektorer.[78] Den franska regeringen har både i sitt skriftliga yttrande och i sin muntliga framställning noga understrukit den strikta skillnad som gäller beträffande den offentliga sektorn i den medlemsstaten till följd av tillämpningen av principen om *laïcité*. Eftersom förevarande mål avser ett anställningsförhållande inom den privata sektorn, har den förslagit att domstolen ska begränsa sitt svar till enbart detta område. Den ska med andra ord inte behandla frågor som rör offentligt anställda.

76 — Det särskilda sammanhanget i förevarande mål är alltså en utbildad kvinna som söker delta på arbetsmarknaden i en medlemsstat. Mot denna bakgrund skulle det vara nedlåtande att anta att den omständigheten att hon bär hijab endast tjänar till att upprätthålla existerande ojämlikheter och uppfattningar om könsroller. Läsaren kan enkelt föreställa sig andra möjliga sammanhang i vilka frågan om kvinnor som bär islamisk klädsel kan uppkomma och där det kan vara legitimare att dra en sådan slutsats.

77 — Man skulle kunna tro att ordet ”slöja” alltid betecknar ett föremål eller ett plagg som täcker ansiktet. Det stämmer dock inte. Se exempelvis definitionen av det engelska ordet ”veil” (slöja) i *Shorter Oxford English Dictionary*, där det talas om ett tyg som bärs ”över huvudet *eller* ansiktet” (min kursivering).

78 — Se särskilt, i detta hänseende, punkt 38 ovan.

80. Även om den franska regeringen vid förhandlingen tillstod att tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 omfattade den offentliga sektorn, förblev den orubblig beträffande den överordnade karaktären av bestämmelserna om *laïcité* på detta område, en uppfattning som den franska regeringen i sitt skriftliga yttrande huvudsakligen grundade på artikel 3.1 i direktivet, tolkad mot bakgrund av artikel 4.2 FEU.

81. Jag medger att komplexa argument kan uppkomma beträffande det exakta inbördes förhållandet mellan direktivet och nationella bestämmelser, inbegripet konstitutionella bestämmelser, i detta sammanhang. Därmed önskar jag tydliggöra att jag varken godtar eller förkastar den franska regeringens hållning beträffande tillämpligheten av principen om *laïcité* på anställning inom den offentliga sektorn i samband med direktiv 2000/78. De övriga parter som har inkommit med yttranden till domstolen i detta mål har inte behandlat denna fråga och det har således inte förekommit någon detaljerad diskussion om de frågor som skulle uppstå eller skulle kunna uppstå. Jag kommer således att begränsa mina synpunkter nedan till att enbart avse den privata sektorn.

82. För det tredje har det i beslutet om hänskjutande endast lämnats begränsade uppgifter om de faktiska omständigheterna i det nationella målet. Det är följaktligen svårt att med säkerhet fastställa det precisa sammanhang i vilket den hänskjutande domstolens fråga uppkom. Jag kommer att återkomma till denna punkt nedan.[79]

Förekom det rättsstridig diskriminering i det nationella målet?

83. En analys av frågan huruvida det förekom rättsstridig diskriminering i det nationella målet måste under alla omständigheter utgå från uppsägningsbrevet. Det framgår emellertid inte tydligt av detta brev exakt vilken lydelse det förbud som tillämpades på Asma Bougnaoui hade. När Asma Bougnaoui vid förhandlingen ombads att kommentera denna fråga var hennes inställning att förbudet tillämpades på bärande av islamisk huvudduk i kontakt med kunder inom arbetsgivarens verksamhet. Micropole angav att det rörde sig om ett generellt förbud mot bärande av religiösa symboler (inbegripet, kan det antas, klädsel) vid besök hos dessa kunder, och att det förbudet var tillämpligt på alla religioner och övertygelser.

84. Oavsett vilket påstående som är sant, framgår det emellertid tydligt att Asma Bougnaouis uppsägning var knuten till en av arbetsgivarens regler om klädsel som innebar ett förbud mot bärande av religiös klädsel.

85. Det ska emellertid även påpekas att denna uppsägning i själva verket inte genomfördes på grund av hennes religion (det vill säga den omständigheten att hon var anhängare av den muslimska tron) utan på grund av hennes utövande av denna religion (det vill säga den omständigheten att hon bar huvudduk). Omfattar det förbud som föreskrivs i direktiv 2000/78 inte bara en anställds religion eller övertygelse utan också utövandet av denna religion eller övertygelse?

86. Jag anser att det gör det.

87. Visserligen hänvisas det inte uttryckligen i direktivet till utövande. En granskning av artikel 9 i Europakonventionen och artikel 10 i stadgan visar emellertid att rätten att utöva sin religion eller övertygelse i båda fallen ska förstås som en inneboende del av den frihet som stadgas i dessa artiklar. I båda dessa bestämmelser konstateras således, efter det att det har angetts att religionsfrihet råder, att denna frihet ”innefattar” rätten att utöva den. Jag drar således ingen slutsats av den omständigheten

79 — Se punkten 109 nedan.

att inget sägs i direktivet på denna punkt.[80] Bara för att ge ett exempel: om det hade varit tvärtom, skulle en manlig sikh, vars religion kräver att han bär turban, inte åtnjuta några rättigheter beträffande hans specifika utövande av sin övertygelse och således riskera att fråntas själva det skydd som direktivet har till syfte att ge.

88. Mot denna bakgrund är det enligt min uppfattning omöjligt att dra någon annan slutsats än att Asma Bougnaoui, på grund av sin religion, behandlades mindre förmånligt än någon annan skulle ha behandlats i en jämförbar situation. En projektingenjör anställd på Micropole som inte hade valt att utöva sin religiösa övertygelse genom att bära en särskild klädsel skulle inte ha blivit uppsagd.[81] Asma Bougnaouis uppsägning utgjorde således direkt diskriminering av henne på grundval av hennes religion eller övertygelse i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2000/78.

89. Uppsägningen skulle därför endast ha varit rättsenlig om ett av de undantag som föreskrevs i det direktivet hade varit tillämpligt. Eftersom den nationella domstolen har formulerat sin fråga med hänvisning till artikel 4.1 ska jag inleda med att undersöka denna bestämmelse.

Artikel 4.1 i direktiv 2000/78

90. Artikel 4 har rubriken ”Yrkeskrav”. När villkoren i punkt 1 är uppfyllda undantas en särbehandling som annars skulle innebära diskriminering från direktivets tillämpningsområde. Detta är fallet oberoende av huruvida den diskriminering som särbehandlingen ger upphov till är direkt eller indirekt. Jag kommer nu att undersöka dessa villkor.

91. För det första är artikel 4 inte automatiskt tillämplig. En medlemsstat måste först ha ”föreskrivit” att den ska tillämpas.[82] Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut om hänskjutande hänvisat till artikel L. 1133–1 i lagen om anställning, utan att specifikt ange att detta är den nationella bestämmelse som är avsedd att genomföra artikel 4.1. Jag förutsätter emellertid att detta är fallet.

92. För det andra får medlemsstaterna endast föreskriva att en särbehandling inte utgör diskriminering när denna särbehandling ”föranleds av en egenskap” som har samband med någon av de grunder som anges i artikel 1. Domstolen har slagit fast att ”det inte är grunden för särbehandlingen som måste utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav. Det är i stället en egenskap vilken har samband med grunden för särbehandlingen som ska utgöra ett ’verkligt och avgörande yrkeskrav’”.[83]

93. I förevarande fall anges i det brev som avslutar Asma Bougnaouis anställning att hon sades upp på grund av sitt påstådda misslyckande eller vägran att rätta sig efter de bestämmelser som hennes arbetsgivare föreskrev beträffande bärande av en religiös huvudbonad när hon var i kontakt med kunder. Eftersom bärandet av islamisk huvudduk är (eller åtminstone borde anses vara) ett utövande av religiös övertygelse,[84] står det klart att en bestämmelse som förbjuder bärandet av en sådan huvudbonad kan utgöra en ”egenskap som har samband med” religion eller övertygelse. Även detta villkor ska således anses vara uppfyllt.

80 — Se även i detta hänseende och i ett annat sammanhang, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Y och Z (C-71/11 och C-99/11, EU:C:2012:224), i vilket han påpekade att genom att kräva av en person att han eller hon ska dölja, ändra eller avstå från att utöva sin tro offentligt skulle man frånta den berörda personen en grundläggande rättighet som vederbörande garanteras genom artikel 10 i stadgan (punkterna 100 och 101).

81 — Jag undersökte den åtskillnad som ska göras mellan direkt och indirekt diskriminering i mitt förslag till avgörande Bressol m.fl. (C-73/08, EU:C:2009:396, punkterna 55 och 56). I detta fall är det just förbudet mot att bära klädsel som visar en anställds religiösa tillhörighet som leder till den ogynnsamma behandlingen, nämligen hennes uppsägning.

82 — Se dom av den 13 september 2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, punkt 46), i vilken det framgår att Lufthansas kollektivavtal i vilket föreskrevs ett automatiskt upphörande av anställningsavtal vid en specifik ålder hade sitt ursprung och sin legitimitet i artikel 14.1 i Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (lag om deltidsanställning och tidsbestämda anställningsavtal). Det var således en åtgärd som ”omfattades av nationell rätt” (se punkt 59 i domen).

83 — Dom av den 12 januari 2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, punkt 35).

84 — Se i detta hänseende punkt 75 ovan.

94. För det tredje krävs det att den aktuella egenskapen utgör ett ”verkligt och avgörande yrkeskrav” på grund av den aktuella yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs. Vidare krävs det att målet är legitimt och kravet proportionerligt.

95. Domstolen har slagit fast att artikel 4.1 ska tolkats strikt.[85] Mot bakgrund av angivelsen i skäl 23 i direktivet att undantaget ska vara tillämpligt endast ”[u]nder mycket begränsade omständigheter”, är det extremt svårt att se hur inställningen skulle kunna vara en annan. Härav följer att artikel 4.1 i direktiv 2000/78 måste ges en specifik tillämpning.[86] Den kan inte användas för att motivera ett generellt undantag för all verksamhet som en viss anställd potentiellt kan delta i.

96. Att det rör sig om ett begränsat undantag återspeglas i lydelsen av artikel 4.1. Yrkeskravet ska inte bara vara ”verkligt”, utan måste också vara ”avgörande”. Detta betyder att den svenska regeringen enligt min uppfattning har gjort en riktig bedömning när den påpekat att undantaget måste vara begränsat till aspekter som är absolut nödvändiga för att genomföra den aktuella yrkesverksamheten.

97. Domstolen har vid tillämpning av bestämmelsen på åldersdiskriminering godtagit att ett krav grundat på ålder för att besitta en särskilt hög fysisk kapacitet kan uppfylla detta kriterium när det tillämpas på personer inom brandtjänsten vars verksamhet karaktäriseras av dess fysiska natur och inbegriper att bekämpa bränder och rädda personer.[87] Domstolen har även slagit fast att kravet var uppfyllt beträffande ett åldersrelaterat villkor för piloters pension, eftersom det är obestridligt att de fysiska förmågorna avtar med åldern och att fysiska brister i detta yrke kan få allvarliga konsekvenser.[88] På liknande sätt har domstolen funnit att behovet av att besitta vissa fysiska förmågor kan göra att kriteriet är uppfyllt när det gäller ett ålderskrav för att arbeta som polis, eftersom uppgifter som rör skyddet av personer och egendom, anhållande och övervakning av lagöverträdare och genomförandet av brottsförebyggande patrullering kan kräva att fysisk styrka används.[89]

98. Domstolen har beretts tillfälle att undersöka ett analogt undantag från principen om likabehandling på grund av kön i artikel 2.1 i direktiv 76/207[90] i samband med direkt diskriminering på grund av kön i fråga om tjänst inom säkerhetsstyrkor. De olika slutsatser vad gäller tillämpligheten av undantaget i artikel 2.2 i det direktivet[91] som drogs i domen Sirdar[92] och (mindre än tre månader senare) i domen

85 — Se dom av den 13 september 2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, punkt 72), och dom av den 13 november 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, punkt 47). Artikel 4.1 är kanske oftare tillämplig på direkt än på indirekt diskriminering (ett uppenbart exempel, avseende diskriminering på grund av kön, skulle vara en ”endast kvinnor”-regel för medlemskap i ett helt kvinnligt proffsidrottslag). Det är emellertid inte omöjligt att en sådan diskriminering kan vara indirekt. Till exempel skulle en regel om att alla sökande till ett arbete som säkerhetsvakt måste vara över 1,75 m långa, även om den till synes är neutral, tendera att utesluta fler kvinnor än män och skulle även kunna påverka en större andel av vissa etniska grupper än av andra.

86 — Det är intressant att notera att nyckelformuleringen i artikel 4.1 i direktiv 2000/78 skiljer sig åt i de olika språkversionerna. I den engelska språkversionen används uttrycket ”by reason of the particular occupational activities concerned”, vilket i huvudsak återspeglas i den tyska (”aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit”), den nederländska (”vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten”) och den spanska (”debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate”) språkversionen. I den franska (”en raison de la nature d’une activité professionnelle”), den italienska (”per la natura di un’attività lavorativa”) och den portugisiska (”em virtude da natureza da actividade profissional em causa”) språkversionen läggs mindre betoning vid den berörda verksamhetens särskilda natur. Det förefaller dock stå klart att tyngdpunkten måste lägga på den särskilda verksamhet som den anställde har att utföra.

87 — Se dom av den 12 januari 2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, punkt 40).

88 — Se dom av den 13 september 2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, punkt 67).

89 — Se dom av den 13 november 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, punkt 41).

90 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, 1976, s. 40; svensk specialutgåva: område 5, volym 1, s. 191).

91 — I artikel 2.2 i direktiv 76/207 anges följande: ”Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.”

92 — Dom av den 26 oktober 1999, Sirdar (C-273/97, EU:C:1999:523). Angela Maria Sirdar önskade få tillåtelse att godta ett anbud (som hade skickats till henne av misstag) att arbeta som kock i Royal Marines, elitstyrkorna inom den brittiska armén. Skälet bakom uteslutande av kvinnor från tjänsten inom denna enhet framgår av punkterna 6–9 i domen. Det noggranna resonemang som domstolen förde för att slå fast att undantaget var tillämpligt framgår av punkterna 28–32 i domen.

Kreil [93] bekräftar vikten av att noga pröva argumentet att en viss egenskap är väsentlig för utförandet av ett visst arbete. De visar också att man måste se till både verksamheten och sammanhanget (i stället för att göra en separat bedömning av det ena eller det andra) i syfte att fastställa huruvida en viss egenskap verkligen är väsentlig (eller, för att använda lydelsen i direktiv 2000/78, ett ”verkligt och avgörande yrkeskrav”).

99. När det gäller förbudet avseende diskriminering på grund av religion eller övertygelse, skulle den uppenbara tillämpningen av undantaget vara på området hälsa och säkerhet i arbetet. Således skulle det, exempelvis, vara möjligt att av dessa skäl hindra en anställd manlig sikh som av religiösa skäl insisterade på att bära turban från att inneha en tjänst där det var nödvändigt att bära skyddshjälm. Detsamma skulle kunna gälla en kvinnlig muslim som arbetar med potentiellt farliga fabriksmaskiner och vars bärande av särskild klädsel skulle kunna innebära allvarliga säkerhetsrisker. Jag vill inte hävda att det inte finns några andra situationer i vilka förbudet mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse skulle kunna omfattas av artikel 4.1, men jag har svårt att se vilka de skulle kunna vara.

100. Men jag kan inte se någon grund på vilken de skäl som Micropole tycks ha anfört i uppsägningsbrevet för att säga upp Asma Bougnaoui, det vill säga verksamhetens kommersiella intressen i kundrelationerna, skulle kunna motivera tillämpningen av undantaget i artikel 4.1. Som kommissionen med rätta har gjort gällande, har domstolen för det första slagit fast att direkt diskriminering (vilket jag anser att detta har varit) inte kan rättfärdigas med åberopande av ekonomiska nackdelar som arbetsgivaren skulle kunna drabbas av. [94] För det andra har domstolen, även om näringsfriheten utgör del av de allmänna unionsrättsliga principerna [95] och numera föreskrivs i artikel 16 i stadgan, slagit fast att denna frihet ”inte är absolut utan måste bedömas utifrån sin funktion i samhället … Begränsningar av den rätten är alltså tillåtna, förutsatt, enligt artikel 52.1 i stadgan, att de är föreskrivna i lag och att de med beaktande av proportionalitetsprincipen är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller av behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”. [96] I detta hänseende har domstolen, med hänsyn till vikten av att värna den grundläggande rättigheten att ta emot information och vikten av frihet och mångfald inom massmedia, vilka garanteras i artikel 11 i stadgan, funnit att unionslagstiftaren fick anta regler vilka innehöll begränsningar av näringsfriheten och – vid den avvägning som måste göras mellan de rättigheter och intressen som är aktuella – ge företräde åt allmänhetens rätt till tillgång till information framför avtalsfriheten såsom en underförstådd del av näringsfriheten. [97]

101. Samma resonemang ska tillämpas i detta fall beträffande rätten att inte utsättas för diskriminering. Om inte annat så skulle en sådan tolkning av artikel 4.1 som Micropole har föreslagit innebära en risk att det undantag som föreskrivs i denna bestämmelse ”normaliserades”. Det kan inte vara riktigt. Som jag redan har angett, [98] är avsikten att undantaget endast ska tillämpas under mycket begränsade omständigheter.

93 — Dom av den 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2, punkt 29). Tanja Kreil önskade arbeta inom ett underhållsförband (vapenelektronik) i Bundeswehr. Enligt nationella bestämmelse tillåts kvinnor endast att tjänstgöra som sjukvårdare eller militärmusiker. Domstolen citerade i stor utsträckning domen Sirdar, men slog emellertid fast att ”[e]n sådan uteslutning, vilken tillämpas på nästan samtliga militära anställningar i Bundeswehr, kan med beaktande av dess räckvidd inte anses utgöra en sådan undantagsregel som är berättigad på grund av de ifrågavarande anställningarnas särskilda natur eller det särskilda sammanhang där de utförs” (punkt 27) och att ”direktivet utgör hinder för tillämpningen av sådana nationella bestämmelser som de tyska bestämmelserna i fråga, vilka generellt utestänger kvinnor från militära anställningar som innebär användning av vapen och som endast tillåter kvinnor att tjänstgöra som sjukvårdare eller militärmusiker” (punkt 32).

94 — Se dom av den 3 februari 2000, Mahlburg (C-207/98, EU:C:2000:64, punkt 29).

95 — Dom av den 9 september 2004, Spanien och Finland mot Europaparlamentet och rådet (C-184/02 och C-223/02, EU:C:2004:497, punkt 51).

96 — Dom av den 10 oktober 2014, Giordano mot kommissionen (C-611/12 P, EU:C:2014:2282, punkt 49).

97 — Dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 66).

98 — Se punkt 95 ovan.

102. Således kan jag inte se någon grund för att artikel 4.1 i direktiv 2000/78 skulle kunna anses vara tillämplig på Asma Bougnaouis arbete som anställd på Micropole. Det finns ingenting i beslutet om hänskjutande eller någon annanstans i de uppgifter som har lämnats till domstolen som tyder på att hon, på grund av att hon bar islamisk huvudduk, på något sätt var oförmögen att utföra sitt arbete som projektingenjör. I uppsägningsbrevet hänvisas det ju uttryckligen till hennes yrkeskompetens. Oavsett vilken exakt formulering det förbud som tillämpades på henne hade, kan kravet på att inte bära huvudduk i kontakterna med arbetsgivarens kunder enligt min uppfattning inte vara ett ”verkligt och avgörande yrkeskrav”.

De återstående undantagen beträffande direkt diskriminering

103. Innan jag avslutar min analys beträffande direkt diskriminering, ska jag undersöka de återstående undantag som kan tillämpas på denna form av diskriminering enligt direktiv 2000/78.

104. Det första är artikel 2.5. Denna bestämmelse är ovanlig i den meningen att den inte finner någon motsvarighet i andra unionsrättsliga bestämmelser om förbud mot diskriminering.[99] Domstolen har slagit fast att den är avsedd att förebygga och lösa en konflikt mellan å ena sidan principen om likabehandling och å andra sidan behovet av att bevara allmän ordning, säkerhet och folkhälsa, att förebygga brott och att skydda personers fri- och rättigheter, behov som är av avgörande betydelse för ett välfungerande demokratiskt samhälle. Den har vidare slagit fast att denna artikel, med hänsyn till att den utgör ett undantag från diskrimineringsförbudet, ska ges en restriktiv tolkning.[100]

105. Undantaget i artikel 2.5 kan inte tillämpas på situationen i det nationella målet. För det första finns det ingenting som visar att några relevanta nationella bestämmelser har antagits för att genomföra detta undantag. För det andra kan jag, även om det hade funnits sådana, inte se hur detta undantag skulle kunna åberopas för att motivera en sådan diskriminering som den som är aktuell i det nationella målet. Jag förkastar hypotesen att ett förbud mot att anställda bär religiös klädsel när de är i kontakt med arbetsgivarens kunder kan vara nödvändigt för ”att skydda personers fri- och rättigheter, behov som är *av avgörande betydelse för ett välfungerande demokratiskt samhälle*”.[101] I den mån detta argument är relevant för tillämpningen av direktiv 2000/78, ska det prövas inom ramen för det bedömningsutrymme som bestämmelserna om indirekt diskriminering kan tillåta,[102] och inte inom ramen för det undantag som föreskrivs i artikel 2.5.

106. Det andra undantaget är det som föreskrivs i artikel 4.2 i direktiv 2000/78. Denna bestämmelse är tillämplig på ”yrkesverksamhet inom kyrkor och andra offentliga eller enskilda organisationer, vilkas etiska grundsyn grundar sig på religion eller övertygelse”. Det framgår av skäl 24 i direktivet att det var avsett för att ge verkan åt förklaring nr 11 om kyrkors och konfessionslösa organisationers ställning.[103] Med hänsyn till Micropoles verksamhet kan detta undantag inte tillämpas i förevarande mål.

99 — Det framgår att artikel 2.5 infördes i direktivet under de sista förhandlingstimmarna (tydligen efter insisterande av Förenade kungarikets regering). Se Ellis, E., och Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2012, s. 403. Se även den fjärde rapporten från brittiska överhusets EU-utskott, Session 2000–01, ”The EU Framework Directive on Discrimination”, punkt 37, i vilken följande anges: ”… [Artikel 2.5] lades till i direktivet först den 17 oktober, tydligen efter insisterande av Förenade kungariket. Ministern skrev den 25 oktober att den var utformad ’för att klargöra att direktivet inte kommer att hindra medlemsstaters handlande till skydd för de riskutsatta mot till exempel skadliga religiösa kulter eller pedofiler’”.

100 — Se dom av de 13 september 2011, Prigge (C-447/09, EU:C:2011:573, punkterna 55 och 56).

101 — Min kursivering. Som jag har angett tidigare (i fotnot 76), kan artikel 2.5, till exempel, omfatta en bestämmelse om förbud mot omvändelsepropaganda på en arbetsplats.

102 — Se punkt 109 och följande punkter nedan.

103 — Förklaring nr 11 är fogad till Amsterdamfördraget. Det föreskrivs i denna att ”Europeiska unionen respekterar och inte ingriper i kyrkors och religiösa sammanslutningars och samfunds ställning i medlemsstaterna. Europeiska unionen respekterar även filosofiska och konfessionslösa organisationers ställning”.

107. De återstående två bestämmelser som utgör undantag från principen om likabehandling är de som finns i artiklarna 6 och 7 i direktivet. Den första avser vissa skäl för särbehandling på grund av ålder och den andra bestämmelsen avser åtgärder som medlemsstaterna behåller eller beslutar om för att förhindra att personer på någon av de grunder som anges i artikel 1 missgynnas eller för att kompensera för ett sådant missgynnande. Dessa bestämmelser är uppenbarligen inte relevanta i förevarande mål.

108. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att en bestämmelse i ett företags arbetsplatsföreskrifter som förbjuder de anställda att bära religiösa symboler eller religiös klädsel i kontakt med företagets kunder utgör direkt diskriminering på grund av religion eller övertygelse, på vilken varken artikel 4.1 i direktiv 2000/78 eller något av de andra undantag från det förbud mot direkt diskriminering på grund av religion eller övertygelse som föreskrivs i det direktivet, är tillämpliga. Detta är i än högre grad fallet när den aktuella bestämmelsen enbart gäller bärandet av islamisk huvudduk.

Indirekt diskriminering

109. Det skulle visserligen kunna anses att de slutsatser som jag just har redogjort för räcker för att besvara den hänskjutande domstolens tolkningsfråga. Det är emellertid möjligt att domstolen inte instämmer med min bedömning. Jag har även angett de svårigheter som domstolen står inför vid fastställandet av den exakta räckvidden av tvisten i det nationella målet.[104] Det är möjligt att någon av parterna i detta mål kommer att lämna ytterligare uppgifter till den nationella domstolen som visar att den aktuella diskrimineringen är indirekt eller att parterna rättsligt sett befinner sig i en annan situation. Av detta skäl prövar jag nedan frågan om indirekt diskriminering och undersöker vad en tillämpning av artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78 i det nationella målet skulle innebära. Jag kommer emellertid att göra detta kortfattat.

110. I bedömningen av indirekt diskriminering nedan förutsätter jag att det finns en (hypotetisk) regel inom företaget som föreskriver en helt neutral klädsel för alla anställda. Således är varje klädesplagg som på något sätt återspeglar bärarens personlighet förbjudet. Enligt sådana klädselregler är alla religiösa symboler och klädslar (naturligtvis) förbjudna – men det är även bärandet av en FC Barcelona-fotbollströja eller en slips som anger att bäraren studerat vid ett visst Cambridge- eller Oxford-college. De som bryter mot denna bestämmelse erinras om företagets regler och uppmärksammas på att det är obligatoriskt för alla anställda att rätta sig efter klädselreglerna. Om de fortsätter sitt beteende i strid med dessa regler sägs de upp. Bestämmelsen, såsom den i detta fall har formulerats, är till synes neutral. Den är inte uppenbart diskriminerande mot dem vars religiösa övertygelser kräver att de bär en viss klädsel. Den diskriminerar dem emellertid indirekt. Om de ska fortsätta att stå fast vid sin religiösa övertygelse, har de inget annat val än att bryta mot regeln och ta konsekvenserna.

111. I artikel 2.2 b i anges att ett villkor som annars skulle vara diskriminerande och således rättsstridigt emellertid kan vara tillåtet när bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett legitimt mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.

104 — Se punkt 82 ovan.

Legitimt mål

112. I direktiv 2000/78 definieras inte begreppet legitimt mål i den mening som avses i artikel 2.2 b i. Det står emellertid klart att berättigandet av ett mål kan vara grundat på socialpolitik, särskilt om denna politik specifikt återspeglas i fördragets bestämmelser. Således anges som legitimt mål i artikel 6.1 i direktivet ”ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning”. Mål på samtliga dessa områden kan ha sin källa i artikel 3.3 i FEU. [105]

113. I ett större sammanhang är det enligt min uppfattning även ett legitimt mål att skydda andras rättigheter och friheter – och således exempelvis ge skydd åt personer som kan vara lättledda, såsom små barn, och äldre som inte har fått behålla sin fulla mentala hälsa och som således kan likställas med personerna i den första kategorin. [106]

114. Vidare anser jag att när det krav på ett legitimt mål som föreskrivs i artikel 4.1 i direktiv 2000/78 är uppfyllt, till exempel i händelse av ett förbud grundat på frågor om hälsa och säkerhet, kommer också det krav på ett ”berättigat mål” som föreskrivs i artikel 2.2 b i att vara uppfyllt. [107] Prövningen kommer i detta hänseende att vara densamma.

115. Jag anser även att affärsintressena i arbetsgivarens verksamhet utgör ett legitimt mål och att det inte har varit lagstiftarens syfte att begränsa denna frihet mer än vad som är lämpligt och nödvändigt. [108]

116. Denna aspekt kan, enligt min uppfattning, vara särskilt relevant på följande områden:

— Arbetsgivaren kan önska visa upp en viss bild inför sina kunder. Således anser jag att en policy som kräver att anställda bär uniform eller en viss typ av klädsel eller uppvisar ett välvårdat yttre omfattas av begreppet legitimt mål. [109]

— Detsamma kan även gälla för bestämmelser om arbetstid. En skyldighet att vara tillgänglig för flexibel arbetstid, inbegripet obekväm arbetstid, när arbetet kräver detta, är enligt min uppfattning berättigad. [110]

— Åtgärder som vidtas av en arbetsgivare för att se till att det råder harmoni bland de anställda till fördel för verksamheten som helhet.

105 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 oktober 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, ECR, EU:C:2007:604, punkt 64).

106 — Se, beträffande Strasbourgdomstolens praxis, beslut av den 15 februari 2001, Dahlab mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398, till vilket jag har hänvisat i punkt 48 ovan. I detta beslut beskrev Strasbourgdomstolen de barn som sökanden undervisade som ”mycket små”. Enligt min uppfattning kan barn i grundskoleåldern (*primary school*) med rätta beskrivas som ”lättpåverkade”. När de väl har börjat i gymnasieskolan (*secondary school*) kan de anses vara mognare och således ha en större förmåga att bilda sig egna uppfattningar och/eller beakta kulturella skillnader.

107 — Att det i artikel 2.2 b i hänvisas till ett ”berättigat mål” medan det i artikel 4.1 hänvisas till att ”målet är legitimt” tillmäter jag ingen betydelse.

108 — Se vidare punkt 100 ovan.

109 — Se, i detta hänseende, Strasbourgdomstolens dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94. Den uppenbara metoden för att förena arbetsgivarens legitima affärsintressen och den anställdes frihet att ge uttryck för sin religion är i detta fall att föreskriva ett införlivande av den påbjudna religiösa klädseln *i* uniformen. Se punkt 123 nedan.

110 — Ett (tillåtet) krav på att arbeta på ”obekväm” eller ”flexibel” arbetstid är emellertid inte detsamma som ett krav på att den anställde till varje pris måste arbeta en dag som är av särskild betydelse inom hans eller hennes religion (till exempel ett krav på att en hängiven kristen ska arbeta på juldagen, långfredagen eller påskdagen, eller att en praktiserande jude ska arbeta på Rosh hashana, Jom Kippur eller Pesah). Den senare typen av krav skulle enligt min uppfattning vara otillåten.

117. Jag har emellertid redan nämnt att domstolen har slagit fast att näringsfriheten inte är en absolut princip utan att den kan begränsas, bland annat under förutsättning att begränsningarna föreskrivs i lag. [111] I förevarande fall står det klart att de begränsningar som följer av rätten till likabehandling i form av rätten att inte utsättas för diskriminering på grund av, bland annat, religion eller övertygelse, föreskrivs i lag. De anges uttryckligen i direktiv 2000/78.

118. Jag vill här understryka att för den som är troende och praktiserande är den religiösa identiteten en del av själva personen. De krav som följer av en religiös tro – avseende disciplin och livsföring – är inte något som ska tillämpas utanför arbetet (till exempel på kvällar och under helger för dem som har ett kontorsarbete) och som hövligt kan läggas bort under arbetstid. Beroende på de särskilda reglerna inom den aktuella religionen och graden av den enskilda individens religionsutövning, kan naturligtvis vissa av dessa krav vara icke-obligatoriska för den personen och således förhandlingsbara. Men det skulle vara fullständigt fel att anta att en person alltid har med sig sitt kön och sin hudfärg, men av någon anledning inte sin religiösa tro. [112]

119. Detta mål innehåller ett klassiskt exempel på just denna situation. Två skyddade rättigheter står potentiellt i konflikt med varandra, nämligen å enda sidan rätten att ha en religiös tro och att ge uttryck för denna, och å andra sidan rätten till näringsfrihet. Man måste hitta en kompromiss så att dessa båda rättigheter kan samexistera på ett harmoniskt och välavvägt sätt. Det är med detta i åtanke som jag ska behandla frågan om proportionalitet.

Proportionalitet

120. I artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78 föreskrivs att medlen för att uppnå de mål som ligger till grund för den aktuella åtgärden också ska vara lämpliga och nödvändiga. Dessa medel ska, med andra ord, vara proportionerliga.

121. Generaladvokaten Kokott påpekade i sin proportionalitetsbedömning avseende direktiv 2000/78 i hennes förslag till avgörande i målet Ingeniørforeningen i Danmark [113] att ”åtgärder, även om de är lämpliga och nödvändiga för att förverkliga de berättigade målen, inte [får] orsaka olägenheter som är orimliga i förhållande till de åsyftade målen”. Det är nödvändigt ”att hitta en jämvikt mellan de olika intressen som föreligger”. Jag instämmer fullständigt.

122. I detta sammanhang måste, enligt min uppfattning, utgångspunkten för samtliga bedömningar vara att en anställd, i princip, har rätt att bära religiös klädsel eller en religiös symbol, men att arbetsgivaren också har, eller kan ha, rätt att föreskriva begränsningar. [114]

123. När ett företag har en policy som kräver att dess anställda bär uniform är det således enligt min uppfattning inte orimligt att kräva att de anställda ska göra så mycket som möjligt för att uppfylla detta krav. En arbetsgivare kan följaktligen föreskriva att de anställda som bär islamisk huvudduk ska anpassa sig till uniformens färg när de väljer sin huvudduk (eller föreslå en uniform-version av denna huvudduk). [115]

111 — Se punkt 100 ovan.

112 — Se, analogt, dom av den 5 september 2012, Y och Z (C-71/11 och C-99/11, EU:C:2012:518, punkterna 62 och 63).

113 — C-499/08, EU:C:2010:248, punkt 68.

114 — Liksom Strasbourgdomstolen slog fast i sin dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

115 — Se, i detta hänseende, http://www.bbc.com/news/uk-scotland-36468441, avseende ett förslag som nyligen kommit från Police Scotland (Skottlands nationella polisstyrka) att införa en hijab som en valfri del av dess uniform i syfte att uppmuntra muslimska kvinnor att ansluta sig till styrkan.

124. På liknande sätt kan det, när det är möjligt för en anställd att bära religiösa symboler på ett diskret sätt, vilket exempelvis var fallet för Eweida i Strasbourgdomstolens dom,[116] vara proportionerligt att kräva att han eller hon ska göra det.

125. Vad som är proportionerligt kan variera beroende på det beröra företagets storlek. Ju större företaget är, desto sannolikare är det att det har resurser som tillåter det att vara flexibelt vid fördelningen av arbetsuppgifterna mellan de anställda. Således kan en arbetsgivare på ett stort företag förväntas göra större ansträngningar för att kunna tillmötesgå sina anställda på ett rimligt sätt än en arbetsgivare på ett litet eller medelstort företag.

126. När en viss form av religionsutövning inte anses väsentlig av anhängaren av denna religion, minskar riskerna för att det ska uppstå en sådan konflikt mellan olika ståndpunkter som den som har lett till förevarande mål. Arbetsgivaren kan komma att be den anställde att avstå från ett visst utövande, och eftersom detta utövande är (relativt) oviktigt för den anställde kan han eller hon bestämma sig för att rätta sig efter arbetsgivarens vilja. Det föreligger inte längre någon potentiell konflikt.

127. Men vad händer när den anställde anser att den aktuella religionsutövningen är väsentlig?

128. Jag har redan angett att det kan finnas situationer där den specifika typ av religionsutövning som den anställde anser vara väsentlig för hans eller hennes religion innebär att vederbörande inte kan utföra ett visst arbete.[117] Men det är enligt min uppfattning oftare så att arbetsgivaren och den anställde tillsammans behöver undersöka vilka alternativ som finns, så att de kan hitta en lösning som tillgodoser både den anställdes rätt att ge uttryck för sin religiösa övertygelse och arbetsgivarens rätt att utöva näringsverksamhet.[118] Även om den anställde, enligt min uppfattning, inte har någon absolut rätt att kräva att få utföra en viss arbetsuppgift inom organisationen på sina egna villkor, betyder inte det heller att han eller hon direkt ska bli tillsagd att söka en annan anställning.[119] En lösning som ligger någonstans mellan dessa båda ståndpunkter kan sannolikt vara proportionerlig. Beroende på exakt vad saken gäller, kan denna lösning eventuellt innebära en viss begränsning av den anställdes frihet att utöva sin religion, men utan att lösningen undergräver någon aspekt av religionsutövningen som av den anställde betraktas som väsentlig.[120]

129. Det finns en särskild ytterligare synpunkt som jag skulle vilja framföra avseende saken i förevarande mål.

130. I västvärlden anses visuell kontakt eller ögonkontakt vara av grundläggande betydelse i varje relation som innefattar kommunikation ansikte mot ansikte mellan representanter för ett företag och dess kunder.[121] Därav framgår enligt min uppfattning att en bestämmelse om ett förbud mot att bära religiös klädsel som helt täcker ögon och ansikte vid utförandet av ett arbete som innebär sådan

116 — Se dom av den 15 januari 2013, Eweida m.fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94.

117 — Se, i detta hänseende, punkt 99 ovan.

118 — Således framgick det, exempelvis, tydligt i målet Eweida att British Airways hade nått en sådan överenskommelse med sina muslimska anställda.

119 — Se, beträffande utvecklingen av Strasbourgdomstolens synsätt i detta hänseende, punkt 55 ovan.

120 — Ponera till exempel att den anställde anser sig ha en skyldighet att be tre gånger om dagen. I samband med en vanlig kontorsarbetsdag är detta relativt enkelt att arrangera. Bön före och efter arbetet och bön under lunchpausen. Endast den senare äger rum under själva arbetsdagen och det är under den officiellt lediga tiden (lunchpausen). Ponera nu att skyldigheten är bön fem gånger om dagen. Den anställde hävdar att han behöver beviljas två böner till under arbetsdagen. Den första frågan är huruvida detta verkligen är fallet. Kan en eller båda de ytterligare bönetillfällena även läggas före eller efter arbetstiden? Men kanske är bönetiden knuten till specifika tider under dagen. Om detta är fallet kanske det finns kaffe- eller rökpauser under arbetsdagen som den anställde kan använda för bön, men sannolikt kommer han att behöva gå med på att arbeta senare eller komma tidigare i syfte att kompensera arbetsgivaren för hans tillfälliga frånvaro från arbetet i syfte att uppfylla hans religiösa skyldighet. Om det är nödvändigt kommer den anställde att vara tvungen att godta det ytterligare villkoret (en längre arbetsdag). Arbetsgivaren kommer att behöva bevilja honom att göra detta i stället för att hålla fast vid att ingen överenskommelse är möjlig och säga upp den anställde.

121 — För en mer detaljerad analys av den icke-verbala kommunikationens betydelse i affärssammanhang, se Woollcott, L.A. *Mastering Business Communication*, Macmillan, 1983.

kontakt med kunder skulle vara proportionerlig. Avvägningen mellan intressena skulle göras till fördel för arbetsgivaren. Däremot, om den anställde i stället fick en tjänst som inte innebar någon visuell kontakt eller ögonkontakt med kunder, exempelvis på ett call-center, skulle skälen för *samma bestämmelse* försvinna. Avvägningen skulle göras till förmån för den anställde. Och när den anställde endast önskar bära någon form av huvudbonad som lämnar ansikte och ögon helt synliga, kan jag inte se något skäl till att förbjuda bärandet av denna huvudbonad.

131. Micropole har både i sina skriftliga och muntliga yttranden fäst stor vikt vid den omständigheten att den del av Asma Bougnaouis arbetstid under vilken hon var i kontakt med kunder och således var förbjuden att bära islamisk huvudduk inte uppgick till mer än fem procent. På denna grund har företaget gjort gällande att förbudet var proportionerligt. Med detta argument missar företaget enligt min uppfattning hela poängen. Frågan om hur ofta och hur länge ett förbud kan vara tillämpligt kan inte ha någon inverkan på den anställdes skäl för att önska bära den aktuella huvudbonaden. Asma Bougnaouis religiösa övertygelse angående vad som utgör lämplig klädsel för henne själv som troende muslimsk kvinna är att hon ska bära islamisk huvudduk (hijab) på arbetet. Om detta är hennes inställning när hon befinner sig i den kända vardagliga miljön på hennes arbetsgivares företag, kan det rimligen antas att detta gäller i än högre grad utanför denna miljö och när hon är i kontakt med personer utanför hennes arbetsgivares företag.

132. Frågan ska visserligen i slutändan avgöras av den nationella domstol som är ansvarig för att meddela ett slutgiltigt avgörande i saken och det kan förvisso finnas andra frågor som kan vara relevanta i en diskussion angående proportionalitet som domstolen inte har informerats om. Dock anser jag det osannolikt att ett argument varigenom det görs gällande att det förbud som föreskrevs i Micropoles arbetsplatsföreskrifter var proportionerligt – oavsett om förbudet gällde bärande av religiösa symboler eller religiös klädsel i allmänhet eller enbart islamisk huvudduk – kommer att nå framgång i det nationella målet.

133. Min sista iakttagelse är den följande. I de allra flesta fall är det, enligt min uppfattning, möjligt att på grundval av en förnuftig diskussion mellan arbetsgivaren och den anställde nå en överenskommelse som på lämpligt sätt förenar de konkurrerande rättigheterna: å ena sidan den anställdes rätt att utöva sin religion och å andra sidan arbetsgivarens rätt till näringsfrihet. I vissa fall kan detta emellertid vara omöjligt. I sista hand bör affärsintresset av att generera en maximal vinst i sådana fall, enligt min uppfattning, få ge vika för den anställdes rätt att ge uttryck för sina religiösa övertygelser. Argumentet ”men vi måste göra X för annars kommer våra kunder inte att bli nöjda” är försåtligt. Då kundens attityd i sig kan vittna om en fördom som stöder sig på en av de ”förbjudna grunderna”, såsom religion, är det enligt min uppfattning synnerligen farligt att låta arbetsgivaren slippa uppfylla ett krav på likabehandling och därigenom ge vika för denna fördom. Direktiv 2000/78 är avsett att bereda skydd i anställningsförhållanden mot ogynnsam behandling (det vill säga diskriminering) på någon av de förbjudna grunderna. Det handlar inte om att bli av med sitt jobb för att arbetsgivarens vinster ska öka.

134. Med hänsyn till det ovan anförda finner jag att när det föreligger indirekt diskriminering på grund av religion eller övertygelse ska artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78 tolkas så, att arbetsgivarens affärsintressen ska anses utgöra ett legitimt mål vid tillämpningen av den bestämmelsen. En sådan diskriminering kan dock endast vara berättigad om den står i proportion till det målet.

Förslag till avgörande

135. Jag föreslår således att domstolen ska besvara tolkningsfrågan från Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike) på följande sätt:

1) En bestämmelse i ett företags arbetsplatsföreskrifter som förbjuder anställda i företaget att bära religiösa symboler eller religiös klädsel i kontakt med verksamhetens kunder innebär direkt diskriminering på grund av religion eller övertygelse, på vilken varken artikel 4.1 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet eller något av de andra undantag från förbudet mot direkt diskriminering på grund av religion eller övertygelse som föreskrivs i detta direktiv kan tillämpas. Detta är i än högre grad fallet när den aktuella bestämmelsen enbart gäller bärande av islamisk huvudduk.

2) När det föreligger indirekt diskriminering på grund av religion eller övertygelse ska artikel 2.2 b i) i direktiv 2000/78 tolkas så, att arbetsgivarens affärsintressen utgör ett legitimt mål vid tillämpningen av den bestämmelsen. En sådan diskriminering kan dock endast vara berättigad om den står i proportion till det målet.