

Juridiska institutionen
Juristprogrammet
Examensarbete 30 HP
Höstterminen 2017



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Arbetstagarens rätt eller företagets frihet?

- om privata arbetsgivares utrymme att förbjuda bärandet av synliga religiösa symboler på arbetsplatsen

Evelina Karlsson

Handledare: Mikael Baaz
Examinator: -

Innehållsförteckning

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1 | Introduktion | 4 |
| 2 | Syfte | 6 |
| 3 | Metod och material | 6 |
| 4 | Avgränsningar | 11 |
| 5 | Disposition | 11 |
| 6 | Religionsfrihet | 12 |
| 6.1 | <i>En mänsklig rättighet i Europa</i> | 12 |
| 6.2 | <i>En nygammal rättighet i stadgan</i> | 12 |
| 6.3 | <i>Det parallella skyddet för religionsfrihet</i> | 14 |
| 6.3.1 | När skyddas manifestation av religion i form av religiösa symboler? | 15 |
| 6.3.2 | Begränsningar i rätten till manifestation av religion hos privata företag | 16 |
| 7 | Näringsfrihet | 18 |
| 7.1 | <i>En grundläggande rättighet i EU</i> | 18 |
| 7.2 | <i>Näringsfrihet som grund för förbud mot religiösa symboler</i> | 19 |
| 8 | När kan ett förbud mot religiösa symboler vara diskriminerande? | 21 |
| 8.1 | <i>Inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet</i> | 21 |
| 8.2 | <i>Två former av diskriminering vid förbud mot religiösa symboler</i> | 22 |
| 8.3 | <i>Allmänna rättsprinciper vid tillämpning av skyddet</i> | 23 |
| 8.3.1 | Likabehandlingsprincipen | 23 |
| 8.3.2 | Proportionalitetsprincipen | 23 |
| 9 | Undantagsgrunder för diskriminering på grund av religion | 24 |
| 9.1 | <i>Bakgrund till målen vid EU-domstolen</i> | 24 |
| 9.1.1 | <i>Bouagnaoui C-188/15</i> | 25 |
| 9.1.2 | <i>G4S Secure Solutions C-157/15</i> | 25 |
| 9.2 | <i>Alternativ ett: verkligt och avgörande yrkeskrav</i> | 26 |
| 9.2.1 | Tillämpning i medlemsstater | 26 |
| 9.2.2 | Verkligt och avgörande yrkeskrav | 27 |
| 9.2.3 | Yrkesverksamhetens natur eller sammanhang | 29 |
| 9.2.4 | Legitimt mål | 31 |
| 9.2.5 | Proportionalitet | 32 |
| 9.3 | <i>Analys av alternativ ett</i> | 34 |
| 9.4 | <i>Alternativ två: berättigat mål vid indirekt diskriminering</i> | 35 |
| 9.4.1 | Berättigat mål | 36 |
| 9.4.2 | Objektivt motiverat | 37 |
| 9.4.3 | Proportionalitet | 38 |
| 9.5 | <i>Analys av alternativ två</i> | 40 |
| 9.6 | <i>Alternativ tre: begränsningar nödvändiga i ett demokratiskt samhälle</i> | 41 |
| 9.6.1 | Tillämpning i medlemsstater | 42 |
| 9.6.2 | Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle | 42 |
| 9.6.3 | Andra personers fri- och rättigheter | 42 |
| 9.7 | <i>Analys av alternativ tre</i> | 43 |
| 10 | Under vilka omständigheter kan ett privat företag förbjuda arbetstagare att bära religiösa symboler? | 44 |
| 10.1 | <i>När företaget har en generellt applicerbar klädkod</i> | 44 |
| 10.2 | <i>När de anställda har kundkontakt</i> | 44 |
| 11 | Begränsningar i arbetsgivares möjlighet att införa förbud mot religiösa symboler | 45 |
| 11.1 | <i>Kunds önskemål utgör inte ett yrkeskrav</i> | 45 |
| 11.2 | <i>Omplaceringsskyldighet</i> | 45 |

| | |
|--|-----------|
| 12 Analys | 46 |
| 12.1 <i>Skyddet för manifestation av religion hos arbetsgivare</i> | 46 |
| 12.1.1 Är det i linje med Europadomstolens skydd? | 46 |
| 12.1.2 Forum externum – ett val med mindre värde? | 48 |
| 12.2 <i>När neutralitet blir ett mål i sig självt</i> | 49 |
| 12.2.1 En mjuk version av den franska modellen | 49 |
| 12.2.2 Objektiv policy, subjektivt kundkrav | 51 |
| 12.3 <i>Kundkontakt – det nya glastaket?</i> | 52 |
| 12.3.1 Det centrala rekvisitet vid förbud mot religiösa symboler | 52 |
| 12.3.2 En cementerad modell för hela EU? | 54 |
| 13 Avgörandenans framtida inflytande | 55 |
| 14 Källförteckning | 57 |
| 14.1 <i>EU:s rättsakter</i> | 57 |
| 14.2 <i>Konventioner</i> | 57 |
| 14.3 <i>EU-domstolens avgöranden</i> | 57 |
| 14.4 <i>Europadomstolens avgöranden</i> | 58 |
| 14.5 <i>Förslag till avgöranden</i> | 58 |
| 14.6 <i>Litteratur</i> | 58 |
| 14.7 <i>Rapporter och övrigt</i> | 59 |

1 Introduktion

Religionsfrihet är en mänsklig rättighet som erkänns i nationella såväl som internationella rättsakter. Religion har länge haft en stor betydelse i det europeiska samhället och har fortfarande inflytande i européers dagliga liv.¹ I dagens globala samhälle innebär det att många olika religiösa livsåskådningar måste kunna samexistera. Kristendomen med dess varierande inriktningar är fortsatt den största religionen i Europa.² Samtidigt har Europa en växande muslimsk befolkning och har bland annat på grund av migration blivit en mer religiöst mångfacetterad region.³

Även om religionsfrihet har en hög legal status, så lever fördomar mot religioner kvar. Inte minst på europeiska arbetsplatser. I en undersökning gjord 2015 svarade en av åtta européer att de skulle känna sig obekväma att arbeta med en muslimsk person.⁴ Fördomar yttrar sig också vid rekrytering till arbetsplatser, där en av tio judar uppgav att de utsatts för diskriminering kopplad till deras religion när de sökt arbete.⁵ Förvärvsarbete är en stor del av en individs liv och ett sätt för många att förverkliga sina drömmar. Skyddet mot diskriminering inom arbetslivet avser att motverka dessa fördomars effekt och säkerställa individens religionsfrihet.

Religionens plats och inflytande i Europeiska unionens [hädanefter EU] medlemsländer har under de senaste åren debatterats allt mer.⁶ Politiker över hela Europa brottas med frågan hur integration av personer från olika kulturella bakgrunder ska göras så framgångsrikt som möjligt. För den som vill manifesteras sin religion kan den sekularitet som många länder i dag förespråkar skapa problem. Religiösa symboler och klädesplagg ses ofta som ett hinder i integrationen. Symbolerna har emellertid en viktig innebörd för sina bärare och många ser dem som centrala i praktiserandet av sin tro. Trots detta har flera av EU:s medlemsländer förbjudit religiösa symboler i skolor och offentliga rum.⁷ Argumenten är allt ifrån att upprätthålla den allmänna säkerheten till att skolan ska fortsätta vara en sekulär miljö.⁸

Näringsfriheten har inom EU ställning som en grundläggande rättighet i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna [hädanefter stadgan]. Den innebär frihet för privata företagare att

¹ Crabtree. Religiosity Highest in World's Poorest Nations.

² Europeiska Kommissionen. Discrimination in the EU in 2012.

³ Lipka. Europe's Muslim population will continue to grow – but how much depends on migration.

⁴ Europeiska Kommissionen. Discrimination in the EU 2015.

⁵ FRA Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter. Judars erfarenheter av diskriminering och hatbrott i EU:s medlemsstater.

⁶ Chrisafis. France's headscarf war: 'It's an attack on freedom'.

⁷ Oltermann. Austria to ban full-face veil in public.

⁸ Butt, Riazat. Previous cases: Religious symbols at school or work.

utöva ekonomisk och kommersiell aktivitet.⁹ Grundidén är att privata företag har rätt att bestämma om hur deras verksamhet ska bedrivas.

Yrkeskrav är ett undantag inom diskrimineringslagstiftningen som innebär att särbehandling är tillåten när den grundar sig i för tjänsten viktiga och objektiva krav. Dessa yrkeskrav kan innebära att en taxichaufför måste ha ett körkort och en kock måste veta hur man kokar potatis. Det kan även omfatta vad den anställda får ha på sig när hon utför arbetet. En klädkod kan föreskrivas med tanke på personalens säkerhet, men kan också grunda sig i hur företaget vill uppfattas av sina kunder. En uniform som går i samma färg som företagslogotypen ger exempelvis ett mer enhetligt och professionellt intryck.

Problem kan uppstå när arbetsgivarens krav på klädsel kommer i konflikt med arbetstagarens religionsfrihet. En anställd som anser att hennes religion kräver att hon bär vissa klädesplagg eller symboler ser en begäran om att ta av sig dessa som en inskränkning i sin mänskliga rättighet. Samtidigt är verksamhetens drift en del av arbetsgivarens näringsfrihet för att ha möjlighet att kunna erbjuda de varor och tjänster som deras kunder efterfrågar.

Diskriminering på grund av religion är inte bara fel utan ses även som ekonomiskt ofördelaktigt för samhället i stort.¹⁰ Diskriminering inom arbetslivet undergräver de mål som EU vill uppnå gällande hög sysselsättning och likabehandling. EU står inför demografiska utmaningar som omfattar en åldrande arbetskraft. Med kännedom om dessa bör diskriminering motverkas för att maximalt kunna nyttja all kapacitet och talang i Europas mer religiöst mångfacetterade arbetsstyrka.

När arbetsgivare använder sin rätt att ställa upp yrkeskrav har de makten att stänga ute kompetenta och arbetsföra individer. Vissa anser att denna makt ska sträcka sig till att kunna säga upp någon som vägrar att ta av sig de religiösa symboler hon ser som en del av sin övertygelse. Det skulle innebära ett handlingsutrymme för arbetsgivaren som påverkar den enskilda arbetstagaren enormt. Den anställda skulle i det fall vara tvungen att välja mellan att begränsa sin religionsfrihet genom att rätta sig efter arbetsgivarens krav eller bli av med sin inkomstkälla.

⁹ Peers, Steve (red.) et al, The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, s. 437.

¹⁰ Drzeniek-Hanouz. Why discrimination is bad for business.

Förutsebarhet är ett grundläggande krav i en rättsstat. Att veta om eller när en arbetsgivare kan förbjuda en anställd att bära religiösa symboler innebär trygghet både för den anställda och arbetsgivaren. Att diskrimineringslagstiftningen uppställer en miniminivå för tillämpningen i hela EU innebär också att kunskapen underlättar den fria rörligheten av arbetstagare.

2 Syfte

Uppsatsens syfte är att undersöka om en privat arbetsgivare inom EU kan förbjuda arbetstagare att bära synliga religiösa symboler på arbetsplatsen utan att det innebär olaga diskriminering.

För att undersöka det har uppsatsen sin utgångspunkt i det direktiv som föreskriver skydd mot diskriminering i arbetslivet och EU-domstolens avgöranden som redogör dess tolkning av direktivets skydd gällande diskriminering på grund av religion. Eftersom skydd mot diskriminering på grund av religion i arbetslivet är ett harmoniserat område inom EU kommer denna uppsats uteslutande hålla sig på en unionsrättslig nivå.

För att få förståelse för de olika intressen som har betydelse vid bedömningen av ett förbud mot synliga religiösa symboler, undersöks de grundläggande rättigheterna näringsfrihet och religionsfrihet ur ett unionsrättsligt perspektiv.

Uppsatsen undersöker möjligheten av förbud mot religiösa symboler endast hos privata arbetsgivare. Det motiveras av att deras verksamhet genomsyras av näringsfriheten och intresset att maximera sin ekonomiska vinst. Det skiljer sig från offentliga arbetsgivare vilka har andra intressen såsom allmännyttan och politiska mål att förhålla sig till när de leder arbetet.

3 Metod och material

I den här uppsatsen kommer unionsrätten undersökas för att undersöka möjligheten för en privat arbetsgivare att förbjuda en anställd att bära synliga religiösa symboler utan att det innebär olaga diskriminering. Den metod som kommer att användas är en EU-rättslig metod. Den utgår från en rättsdogmatisk metod där rätten tolkas utifrån ett hierarkiskt system. Det behövs dock en viss justering av hur en rättsdogmatisk metod typiskt sett förstås i Sverige, eftersom unionsrätten inte innehåller samma rättskällor som den svenska.¹¹

¹¹ Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 125.

EU är en internationell organisation som har tillkommit genom att autonoma stater beslutat att samarbeta inom vissa områden.¹² Följaktligen har EU sin grund i folkrätten. EU-domstolen klargjorde i unionens tidiga stadium att unionsrätten utgjorde en ny rättsordning inom folkrätten.¹³ Det innebär att unionsrätten har företräde framför nationell lagstiftning i de delar som medlemsstaterna bestämt sig för att samarbeta.¹⁴ EU:s mål kan sammanfattas som en demokratisk och fredlig samvaro med ekonomisk konkurrenskraft.¹⁵ Skydd mot diskriminering räknas upp som ett av unionens syften i fördraget om Europeiska unionen [hädanefter FEU].¹⁶ Unionen har även blivit tilldelad befogenhet att lagstifta mot diskriminering på grund av religion.¹⁷ Således är skydd mot diskriminering inom arbetslivet på grund av religion ett harmoniserat rättsområde inom EU.

Unionsrätten delas in i primär- och sekundärrätt vilka har en inbördes hierarkisk ställning. Primärrätten består av de grundläggande fördragen och stadgan. EU skapades genom primärrätten vilken har utformats och antagits av medlemsländerna själva.¹⁸ Den innehar därför en stark politisk och demokratisk legitimitet och kan inte ifrågasättas av EU:s institutioner.¹⁹ Eftersom all unionsrätt grundar sig på primärrätten, så kommer primärrätten undersökas för att undersöka de motstående intressena vid ett förbud mot religiösa symboler hos en privat arbetsgivare.

Inom unionsrätten har allmänna rättsprinciper ett högt normhierarkiskt värde.²⁰ De har utvecklats av EU-domstolen och används främst när domstolen tolkar sekundärrätten. Vid tolkningen av skydd mot diskriminering på grund av religion har likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen centrala roller.²¹ Rättsprinciperna är visserligen kodifierade genom fördragen, men har en mer utfyllande och ändamålsorienterad utformning. Denna utveckling kan förklaras av unionsrättens ofullständiga natur och primärrättens karaktär av ramfördrag.²²

¹² Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 109.

¹³ Mål C-26/62 van Gend en & Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen, s. 166.

¹⁴ Hettne och Eriksson (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 173.

¹⁵ Korling och Zamboni (red.), Juridisk metodlära, s. 111.

¹⁶ Art. 3 FEU.

¹⁷ Art. 19 FEUF.

¹⁸ Art. 1 FEU.

¹⁹ Hettne och Eriksson (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 42.

²⁰ Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 125.

²¹ Ellis och Watson. EU anti-discrimination law, s. 99.

²² Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 126.

Sekundärrätten består av förordningar, direktiv, rekommendationer, yttranden och beslut.²³ Av dessa är det förordningar, direktiv och beslut som är bindande för medlemsstaterna. Unionens sekundärrätt gällande skydd mot diskriminering i arbetslivet är föreskriven i form av ett direktiv.²⁴ Ett direktiv är en rättsakt som är bindande för medlemsländerna med avseende på det resultat som ska uppnås.²⁵ Det är dock upp till medlemsstaternas myndigheter att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Förarbeten tillägnas inte lika stort tolkningsvärde inom unionsrätten som inom det svenska rättssystemet. Istället anger unionslagstiftaren dess syn på direktivets syfte och tolkning i direktivets preambel.²⁶

I den här uppsatsen kommer undersökningen av sekundärrätten endast omfatta rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet [hädanefter direktivet]. Direktivet är tillämpligt på alla arbetsgivare inom EU.²⁷ Vad som är olaga diskriminering kommer därför att definieras med hjälp av direktivet.

För att fastställa under vilka omständigheter som ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen inte skulle innebära olaga diskriminering kommer uppsatsen undersöka tre undantagsgrunder i direktivet. De är yrkeskrav i artikel 4.1, berättigad indirekt diskriminering i artikel 2.2 b i) och begränsningar nödvändiga i ett demokratiskt samhälle i artikel 2.5. Undersökningen kommer ske av dessa tre var för sig och den utgör stommen i uppsatsen. De tre undantagsgrunderna benämns i undersökningen som alternativ ett, två och tre.

Inom det unionsrättsliga systemet är det EU-domstolen som är den institution som har ansvar för att se till att lag och rätt följs vid tillämpning av unionsrätten.²⁸ Dess tolkningar av unionens rättsakter är bindande för alla medlemsstaters domstolar samt myndigheter. EU-domstolen har således en drivande roll i rättsutvecklingen vad gäller tolkningsprinciper samt hur unionsrätten ska tolkas inom medlemsstaternas nationella rättsordningar.²⁹ Genom förhandsavgöranden kan de nationella domstolarna ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen om hur unionsrätten ska tolkas.³⁰ EU-domstolen använder främst en teleologisk tolkning av unionsrätten. Det innebär att varje unionsrättslig bestämmelse ska sättas in i sitt sammanhang och tolkas mot unionsrätten

²³ Art. 288 FEUF.

²⁴ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

²⁵ Art. 288 FEUF.

²⁶ Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 125.

²⁷ Art. 1 i direktivet.

²⁸ Hettne och Eriksson (red.). EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 49.

²⁹ Korling och Zamboni (red.). Juridisk metodlära, s. 115.

³⁰ Art. 267 FEUF.

som helhet.³¹ Samtidigt ska hänsyn tas till unionsrättens syften och dess utvecklingsstadium vid den tidpunkt då bestämmelsen tillämpas.

I den här uppsatsen hanteras EU-domstolens avgöranden som en tillämpning av skyddet mot diskriminering på grund av religion. Sedan direktivet utformades har endast två avgöranden gällande diskriminering på grund av religion avgjorts i EU-domstolen. Avgörandena *G4S Secure Solutions C-157/15* och *Bouagnaoui C-188/15* är därför centrala i denna uppsats. Målen har en stark koppling till varandra eftersom de hade muntlig förhandling och publicerades på samma dag samt tolkar direktivet utifrån arbetsgivarens möjlighet att ha ett förbud mot religiösa symboler.

Utifrån dessa två avgöranden ska rekvisiten i de tre undantagsgrunderna yrkeskrav, berättigad indirekt diskriminering och begränsningar nödvändiga i ett demokratiskt samhälle tolkas och försöka fastställas. De tre undantagen kommer även att analyseras och jämföras sinsemellan utifrån lämpligheten för en arbetsgivare att använda respektive undantag som grund för ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen.

För att få en fördjupad förståelse av de två avgörandena kommer även generaladvokaternas förslag till avgöranden användas i tolkningen. En generaladvokats förslag till avgörande är inte bindande för domstolen, men har fortfarande en stor praktisk betydelse inom unionsrätten. En generaladvokat är en fullvärdig medlem av EU-domstolen och deltar vid målens muntliga förhandling.³² Generaladvokatens uppgift är att framställa ett skriftligt förslag till avgörande till domstolen vilken publiceras innan domstolen avgör målet. I detta skriftliga förslag presenterar generaladvokaten hur hon tolkar målet och vilket svar hon anser att domstolen ska komma fram till. Förslaget betraktas som en grundlig argumentation och genomgång av alla rättsliga aspekter av målet.³³

Att endast fokusera på två avgöranden har sina begränsningar, främst bristen på nyansering av domstolens slutsatser. Trots detta fokuserar den här uppsatsen endast på de två avgöranden om diskriminering på grund av religion. Detta motiveras av att religion skiljer sig från de andra diskrimineringsgrunderna. Religionsfrihet har i Europadomstolens praxis funnits bestå av två

³¹ Mål C-283/81 CILFIT mot Ministero della Sanità, p. 20.

³² Craig och de Burca. EU law: texts, cases and materials, s. 61.

³³ Hetne och Eriksson (red.). EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 117.

så kallade forum: forum externum och forum internum. Forum internum är den egna privata tron och är otillåten att inskränka. Forum externum består av individens manifestation av religion genom uttryck och kan inskränkas genom lagstiftning. Denna uppdelning gör det svårt att jämföra religion med exempelvis diskrimineringsgrunden sexuell läggning.

Eftersom praxis angående förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen är tunn används också doktrin i den rättsutredande och analyserande delen. Det materialet kom fram genom att söka i Göteborgs Universitetsbiblioteks databas med termerna ”näringsfrihet”, ”religionsfrihet” och ”EU diskriminering religion”. Den doktrin som behandlar europa- och unionsrätten utifrån ett arbetslivsperspektiv har sedan valts ut.

Inom Europa finns ett parallellt rättighetsskydd som består av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [hädanefter Europakonventionen]. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna [hädanefter Europadomstolen] är den institution som har ansvar att pröva tvister kopplade till Europakonventionen.³⁴ EU:s medlemsstater har kommit överens om och föreskrivit att unionen ska i framtiden ansluta sig till Europakonventionen.³⁵ EU-domstolen är ännu inte bunden av varken Europakonventionen eller Europadomstolens praxis i sin tillämpning. Det hindrar dock inte domstolen från att ta hänsyn till Europakonventionens bestämmelser och Europadomstolens tolkning av dessa.

Det föreskrivs i stadgan att i de fall den innehåller rättigheter som korresponderar med rättigheter i Europakonventionen ska deras betydelse och omfattning vara samma som i konventionen.³⁶ Europakonventionen ska ses som en miniminivå och unionsrätten kan även garantera ett mer omfattande skydd enligt stadgan.³⁷ Denna uttalade miniminivå binder till viss del EU-domstolen i sin tillämpning av stadgan till Europadomstolens praxis. Därför kommer Europadomstolens tolkning av skydd mot diskriminering på grund av religion behandlas som gällande rätt i denna uppsats. En diskussion om de båda europeiska domstolarnas avgöranden är liktydiga kommer också att göras. Europadomstolen har endast avgjort ett mål om förbud mot religiösa symboler hos en privat arbetsgivare, *Eweida m.fl. mot Förenade Kungariket*.³⁸

³⁴ Art. 19 EKMR.

³⁵ Art. 6.2 FEU.

³⁶ Art. 52.3 i stadgan.

³⁷ Art. 52.3 sista meningen i stadgan.

³⁸ *Eweida m fl. mot Förenade kungariket*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

Slutligen ska tilläggas att denna uppsats inte har som mål att finna svar på politiska frågor om religionens vara eller icke-vara i ett välintegrerat samhälle, utan är en undersökning som hoppas kunna ge stöd åt privata företag och arbetstagare i skyddet av deras respektive rättigheter. Det hindrar dock inte en kritisk analys av hur domstolen har tolkat direktivet.

4 Avgränsningar

Förutom ovanstående nämnda avgränsningar görs ytterligare två i denna uppsats.

Den första avgränsningen motiveras av att religionsutövning omfattar ett vitt spektrum av aktiviteter utförda av människan. Denna uppsats inriktar sig endast på religionsutövning i form av en individs manifestation av religion genom sin klädsel. Begreppet *religiösa symboler* är i denna uppsats tänkt att innefatta dessa olika avtagbara klädesplagg och symboler. Den här uppsatsen kommer därmed inte att beröra frågor såsom anställdas skyldighet att hälsa genom handräckning eller möjlighet att utföra religiösa ritualer under arbetstid. Angående religiösa klädesplagg kommer fokus ligga på de plagg som mest täcker bärarens hår eller huvud. Det kommer dock även föras en viss diskussion om klädesplagg som döljer bärarens ansikte och ögon.

Den andra avgränsningen motiveras av att uppsatsen fokuserar på *individens* manifestation av religion. Därför kommer inte religiösa organisationers rätt att uppställa religion som ett yrkeskrav beaktas. En privat arbetsgivares vilja att uppnå en sekulär arbetsplats omfattar andra intressen, än de som beaktas av en religiös organisation som vill säkerställa att deras anställda delar samma ideologiska grundsyn.

5 Disposition

Uppsatsen är uppbyggd i tre delar. Den första delen är en rättsutredande del om skyddet mot diskriminering på grund av religion inom EU. För att förstå syftet med skyddet måste de två motstående intressena religionsfrihet och näringsfrihet utredas. Eftersom religionsfriheten inom EU åtminstone ska korrelera med det skydd som utvecklats inom europarätten kommer dess praxis angående förbud mot religiösa symboler undersökas.

Den andra delen undersöker de tre undantagsgrunder som kan rättfärdiga förbud mot religiösa symboler genom att granska de två avgöranden som finns från EU-domstolen. För att

komplettera avgörandena används även generaladvokaternas förslag till avgöranden i undersökningen. Undantagsgrunderna analyseras och jämförs sinsemellan för att bedöma lämpligheten i de olika alternativen.

Den tredje delen består av slutsatser om en arbetsgivare kan förbjuda arbetstagare att bära synliga religiösa symboler på arbetsplatsen. Avslutningsvis följer en analys av rättsfallen samt vidare diskussion ur olika perspektiv om hur EU-domstolens tillämpning av ovanstående rekvisit påverkar de olika parterna.

6 Religionsfrihet

6.1 En mänsklig rättighet i Europa

En av de två motstående rättigheterna vid införandet av ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen är religionsfrihet. Tidigare har EU-domstolen avgjort mål som till viss del rört klagandens religionsfrihet utan att omnämna rättigheten i sig.³⁹ Numera är den en grundläggande rättighet och del av primärrätten genom stadgan.⁴⁰ Samtidigt har religionsfriheten försäkrats individer genom den parallella europeiska rättsordningen med grund i Europakonventionen.

Trots att EU har antagit en stadga där religionsfrihet fastställs vara en grundläggande rättighet består skillnader mellan de olika rättsordningarna i Europa. Europadomstolen är den instans som tolkar konventionen och dess prövning är begränsad till tvister mellan stat och individ. EU-domstolen svarar på tolkningsfrågor från medlemsstater eller sliter tvister där EU:s institutioner är part. Europadomstolen har å sin sida utvecklat en omfattande praxis gällande religionsfrihet, medan EU-domstolen å andra sidan har hanterat ett fåtal avgöranden rörande rättigheten.

6.2 En nygammal rättighet i stadgan

Det har inte alltid varit självklart att religionsfriheten skulle erhålla den höga ställning den idag har inom EU.⁴¹ Det har sin bakgrund i att EU växte fram ur en europeisk gemenskap som inledningsvis var begränsad till det ekonomiska och handelspolitiska området.⁴² Samarbetet utvidgades sedermera genom flertal fördrag till att innefatta nya rättsområden. Det var genom

³⁹ Se exempelvis mål C-196/87 Steymann mot Staatssecretaris van Justitie, EU:C:1988:475.

⁴⁰ Art. 10 i stadgan.

⁴¹ Bernitz och Kjellgren. Europarättens grunder, s. 127.

⁴² Ibid, s. 12.

Lissabonfördraget som stadgan blev en del av primärrätten samt juridiskt bindande för EU:s institutioner och medlemsländer när de implementerar unionsrätt.⁴³

Religionsfriheten föreskrivs i artikel 10 i stadgan. Där framgår att ”[d]enna 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.”⁴⁴

Stadgan utvidgar inte unionsrättens rättighetsskydd, istället överensstämmer den med de rättigheter som tidigare garanterats genom de två fördragen. Stadgan föreskriver följaktligen många olika sorters rättigheter inom vitt skilda rättsområden. Den kan sägas utgå från ett marknadsekonomiskt synsätt i förening med socialt ansvarstagande.⁴⁵ En privat arbetsgivare är inte direkt bunden av religionsfriheten, men stadgans skydd har betydelse när domstolarna tolkar unionsrättsliga akter. EU-domstolen har uppgiften att balansera dessa, ibland motstående rättigheter, för att finna en hållbar religionsfrihet som inte obefogat inskränker på de ekonomiska intressen unionen har.

Begränsningar i religionsfriheten får endast göras med lagstiftning och i syfte att skydda andras fri- och rättigheter.⁴⁶ EU-domstolens praxis angående religionsfrihet är inte omfattande. I ett avgörande i relation till skälen för sökande av asyl framhöll EU-domstolen att det inte fanns någon anledning att göra skillnad på en troendes forum internum och att kunna utföra denna tro offentligt.⁴⁷ EU-domstolen har därmed inte gjort den klara åtskillnad såsom Europadomstolen gjort att rätten att manifesteras sin religion är av mindre vikt än forum internum.⁴⁸ Om detta skulle kunna innebära ett utökat skydd för religionsfriheten även utanför asylrätten återstår att se.

Den religionsfrihet som garanteras i stadgan ska åtminstone överensstämma med den religionsfrihet som är garanterad i Europakonventionen.⁴⁹ På grund av att Europakonventionen uppställs som en miniminivå är Europadomstolens praxis viktig när EU-domstolen tolkar

⁴³ Art. 52.1 i stadgan.

⁴⁴ Art. 10.1 i stadgan.

⁴⁵ Bernitz och Kjellgren. Europarättens grunder, s. 129.

⁴⁶ Art. 52.1 i stadgan.

⁴⁷ De förenade målen C-71/11 och C-99/11 Bundesrepublik Deutschland mot Y och Z, p. 63.

⁴⁸ Peers (red.) et al. The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 302.

⁴⁹ Art. 52.3 i stadgan.

stadgans skydd för religionsfrihet. Tolkningen av stadgan skulle även kunna innebära ett mer långtgående skydd för religionsfriheten inom EU.

6.3 Det parallella skyddet för religionsfrihet

Efter andra världskriget inrättades Europakonventionen som en reaktion mot de fortsatta hot mot mänskliga rättigheter och politiska friheter som redan hade påverkat kontinenten.⁵⁰ Konventionen skapades av den nyskapade mellanstatliga europeiska organisationen Europarådet. Vid utformningen av Europakonventionen hämtades inspiration från Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Europadomstolen är den institution som är ansvarig för att tolka och tillämpa Europakonventionen.⁵¹ Den prövar ansökningar om påstådda kränkningar både från privatpersoner och stater. Sökanden måste ha uttömt alla tillgängliga nationella medel för att få sitt fall prövat i Europadomstolen.⁵² Domstolens avgöranden är juridiskt bindande för den stat som är part i tvisten. Idag har Europarådet 47 medlemsstater, vilket innebär att nästintill alla länder i Europa är under domstolens jurisdiktion.

Artikel 9 i Europakonventionen stadgar en rätt till religionsfrihet. Den föreskriver att "[v]ar och en har rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet; denna rätt innefattar frihet att byta religion eller tro och frihet att ensam eller i gemenskap med andra, offentligt eller enskilt, utöva sin religion eller tro genom gudstjänst, undervisning, sedvänjor och ritualer. [...] Friheten att utöva sin religion eller tro får endast underkastas sådana inskränkningar som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter."⁵³

Artikeln består av två olika aspekter av religionsfriheten. Den första är rätten att tro på vad man vill och rätten att fritt välja sin religion. Denna rätt är absolut och okränkbar. Den andra är rätten att utöva sin religion genom tillbedjan och praktiserande. Eftersom denna manifestation kan komma att inverka på andra, kan den inskränkas genom lag. Denna uppdelning av religionsfriheten har även benämnts med begreppen *forum internum* och *forum externum*. Vid

⁵⁰ Rainey et al. *The European Convention on Human Rights*, s. 5.

⁵¹ Art. 32.1 EKMR.

⁵² Art. 35 EKMR.

⁵³ Art. 9 EKMR.

införandet av ett förbud mot religiösa symboler faller det inom den del av rättigheten som är manifestation av religion och ingår därmed i begreppet forum externum.

Europadomstolen har funnit att religionsfrihet skyddar såväl religiösa som icke religiösa livsåskådningar.⁵⁴ Både veganism och abortmotstånd har funnits vara sådana icke religiösa livsåskådningar som omfattas av artikeln.⁵⁵

Det har riktats kritik mot att skyddet för religionsfrihet i Europakonventionen grundar sig på europeiska idéer om vad som är religion.⁵⁶ Indelningen av religionsfrihet i forum internum och externum kan anses missgynna religioner vars formativa grund är icke-europeisk. Kristendomen är den dominerande religionen i Europa och har fokus på individens interna tro. Det centrala är inte hur individen manifesterar sin tro, utan hennes personliga relation till Gud.⁵⁷ Den faller inom det absoluta skyddet forum internum. Det gör det möjligt för kristna att lättare passa in i ett sekulärt samhälle utan att utsättas för inskränkningar i sin religionsfrihet. Andra religioner, såsom islam, har ett större fokus på att individen manifesterar sin religion och följer religiösa sedvänjor.⁵⁸ Detta tar sig uttryck i exempelvis de religiösa symboler en kvinnlig muslim kan välja att bära. Det är dessa manifestationer som kan komma i konflikt med den sekulära arbetsplats en arbetsgivare vill uppnå genom ett förbud mot religiösa symboler. Forum externum tillåter dock inskränkning i denna manifestation. Europakonventionens uppdelning innebär därmed att religioner vars formativa grund är icke-europeisk erhåller ett mindre omfattande skydd för centrala delar av religionen.

6.3.1 När skyddas manifestation av religion i form av religiösa symboler?

En betydande del av religionsfrihetens forum externum är manifestation av religion i form av individens bärande av religiösa symboler. Den troende individen använder dessa symboler för att åskådliggöra och praktisera sin tro. De olika världsreligionerna har många olika symboler i form av smycken, huvudbonader och andra religiösa plagg. Vissa är så stora att de inte kan övertäckas, medan bärare av mindre symboler kan som ett bevis på sin övertygelse välja att hålla dem synliga.

⁵⁴ Danelius. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 446.

⁵⁵ Peers (red.) et al. The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, s. 300.

⁵⁶ Ibid, s. 307.

⁵⁷ Vickers. Religious Freedom: Expressing Religion, Attire, and Public Spaces, s. 601.

⁵⁸ Vickers. Religious Freedom: Expressing Religion, Attire, and Public Spaces, s. 602.

De religiösa klädesplagg och symboler som belyses i den här uppsatsen är sådana som är synliga, fysiskt avtagbara och som innehar en central religiös betydelse för bäraren. Skägg och tatueringar kan också ses som symboler för religion, men eftersom de inte är av- och påtagbara behandlas de inte.

Alla symboler som på något sätt är inspirerade, motiverade eller influerade av tron kan inte anses konstituera en manifestation av individens tro.⁵⁹ För att en arbetstagares bärande av en religiös symbol ska anses vara en manifestation, och därmed omfattas av religionsfriheten, måste agerandet vara intimt kopplat till religionen.⁶⁰ Ett sätt att kvalificera symbolen till detta är om den är en generellt erkänd form av praktiserandet av religion. Detta sambands- och anknytningsrekvisit uppställdes av Europadomstolen i målet *Arrowsmith*.⁶¹ I målet ansågs utdelning av propaganda mot de brittiska truppernas närvaro på Nordirland inte som en manifestation av pacifistisk övertygelse, utan som en politisk handling.⁶²

6.3.2 Begränsningar i rätten till manifestation av religion hos privata företag

Det finns många olika nationella modeller i Europa angående hur religiösa symboler bör hanteras i det offentliga rummet.⁶³ Den anglosaxiska modellen förespråkar multikulturalitet och respekt för olika symboler. Den franska modellen förespråkar istället assimilering och sekularitet. Någon generellt vedertagen modell i förhållande till privata arbetsgivare finns däremot inte i Europa.

Europadomstolen har endast avgjort ett mål där förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen granskades.⁶⁴ Nadia Eweida var anställd som incheckningspersonal hos British Airways. Flygbolaget hade en klädkod som krävde att personal som hade kundkontakt skulle ha på sig uniform. I klädkoden angavs att religiösa symboler alltid skulle vara dolda av uniformen. Om en religiös symbol inte kunde täckas över på grund av hur den skulle bäras, skulle den istället hålla uniformsstandard och godkännas av arbetsledningen. Exempelvis fick sikherna ha på sig turban i material som följde uniformens färger.

⁵⁹ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 82.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ *Arrowsmith* mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1977:0516DEC000705075.

⁶² Ibid, p. 75.

⁶³ Wintemute. *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others*.

⁶⁴ Eweida m fl. mot Förenade kungariket.

Eweida bar ett halssmycke i form av ett kors på grund av sin kristna tro. Till en början dolde hon det under uniformen, men valde sedan att börja bära korset synligt utanpå som ett bevis på hennes hängivelse till kristendomen. Hon fick på grund av detta en tillsägelse och blev sedermera avstängd från sitt jobb då hon vägrade att dölja korset under sin uniform. Hon tackade nej till att bli omplacerad till en position som inte innebar någon kundkontakt och således inte krävde uniform. Efter att målet fått uppmärksamhet i brittisk press, och till och med premiärministern uttalat sitt stöd för Eweida, ändrade British Airways sin klädkod.⁶⁵

I dess prövning fastställde Europadomstolen inledningsvis att bärandet av korset var en sådan manifestation av religion som omfattas av religionsfriheten enligt artikel 9 i Europakonventionen.⁶⁶ Därmed var det upp till domstolen att avgöra om det inhemska skyddet för att kunna manifesteras sin religion genom att bära en religiös symbol på jobbet var tillräckligt.

Europadomstolen konstaterade att religionsfrihet är en mänsklig rättighet, varför ett hälsosamt demokratiskt samhälle måste tolerera och vidhålla pluralism och mångfald.⁶⁷ Domstolen framhöll även den betydelse det har för en individ, som har gjort religion till en central princip av sitt liv, att kunna kommunicera denna tro gentemot andra. En arbetstagares möjlighet att byta jobb ska inte kunna användas för att förneka att någon inskränkning i religionsfriheten har gjorts, utan ska istället vägas in i proportionalitetsbedömningen.⁶⁸

I ena vågskålen var Eweidas önskan att manifesteras sin religiösa tro. En grundläggande rättighet konstaterade domstolen.⁶⁹ I den andra var hennes arbetsgivares önskan att uppvisa en särskild företagsbild. Domstolen erkände att detta visserligen var ett legitimt mål, men tillade att de nationella domstolarna gett detta för mycket vikt.⁷⁰

Europadomstolens slutsats var att det inhemska skyddet inte var tillräckligt för att skydda Eweidas rätt att manifesteras sin religion.⁷¹ Domstolen redovisade tre skäl för sin bedömning.⁷² För det första, var Eweidas kors diskret och kunde inte ha minskat hennes professionella

⁶⁵ Prince. David Cameron: I will change the law to allow crosses at work.

⁶⁶ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 89.

⁶⁷ Ibid, p. 94.

⁶⁸ Ibid, p. 83.

⁶⁹ Ibid, p. 94.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid, p. 95.

⁷² Ibid, p. 94.

utseende. För det andra, så fanns det inga bevis för att bärandet av de tidigare godkända religiösa symbolerna (turban, huvudduk etc.) av andra anställda hade haft någon negativ inverkan på företagets image eller varumärke. För det tredje framhöll domstolen att eftersom företaget efterhand kunnat ändra klädkoden så att religiösa symboler i form av smycken tilläts visade det att tidigare förbud inte hade varit av betydelse.

Avgörandet innebar att rätten att manifesteras sin religion kunde vara skyddad i privata företag. Det faktum att bolaget gjort en praktisk indelning mellan symboler som går respektive inte går att övertäckas, kunde inte motivera en olik behandling för symbolerna enligt domstolen.

7 Näringsfrihet

7.1 En grundläggande rättighet i EU

Den motstående rättigheten till religionsfrihet vid ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen är i detta fall näringsfrihet. Näringsfrihet är numera en grundläggande rättighet i EU, men har haft ställning som en erkänd allmän rättsprincip sedan målet *Nold*.⁷³ I avgörandet fann domstolen att det existerade en generell frihet att ”bedriva ekonomisk aktivitet”. Det innebär varje form av aktivitet som syftar till att generera ett ekonomiskt överskott för den som bedriver verksamheten.⁷⁴ I domstolens praxis har dessa aktiviteter funnits omfatta många begrepp såsom ”the maintenance of the market position of commercial actors” och ”the process of private economic planning”.⁷⁵

Idag är näringsfriheten föreskriven i artikel 16 i stadgan. Där framgår att ”[n]äringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.”⁷⁶

Näringsfrihet går inte att finna i några andra internationella rättighetskonventioner. Inom EU omfattas emellertid alla fysiska och juridiska personer av näringsfriheten enligt stadgan.⁷⁷ Näringsfriheten är inte endast en rättighet för privata företagare, det är också en rättighet som erkänns mellan privata rättssubjekt.⁷⁸ Att säkerställa denna status för näringsfriheten kan ses som ett utflöde av den sociala marknadsekonomi som EU vill upprätthålla. Genom fri konkurrens och autonomi vad gäller hur verksamheten ska bedrivas, bidrar företag till att nå

⁷³ Mål C-4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung mot Europeiska kommissionen, p. 14.

⁷⁴ Lebeck. EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, s. 355.

⁷⁵ Peers (red.) et al. The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, s. 440.

⁷⁶ Art. 16 i stadgan.

⁷⁷ Lebeck. EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, s. 355.

⁷⁸ Gill-Pedro. EU Fundamental Rights and National Democracies, s. 292.

EU:s ekonomiska mål. Näringsfrihet har också nära samband med andra privaträttsliga rättigheter såsom äganderätt och avtalsfrihet.⁷⁹

Att inte utsättas för onödiga inskränkningar i sitt företagande är det centrala i näringsfrihet. Arbetstagares rättigheter har funnits vara en motpol till denna frihet.⁸⁰ Domstolen fann i *Alemo-Herron* att arbetstagares rättigheter kunde inskränkas vid en företagsöverlåtelse på grund av näringsfriheten. I målet begränsades omfattningen av en klausul eftersom den skulle hindra företaget att göra förändringar i arbetsvillkoren vilka skulle reflektera skillnaden mellan privat och offentlig sektor.⁸¹

Näringsfrihet är inte en absolut rättighet utan kan inskränkas.⁸² Utvecklingen av vad som omfattas av näringsfriheten och när den kan inskränkas styrs ensamt av EU-domstolen.⁸³ Vissa författare anser att näringsfrihet är en svag rättighet på grund av dess formulering i stadgan.⁸⁴ Istället för att föreskriva att alla har en rätt, begränsas näringsfriheten till att den ”ska erkännas”. Det tyder enligt författarna på att den är en fastställd princip mer än en rättighet. I EU-domstolens praxis har näringsfrihet inskränkts bland annat för att säkerställa skydd för folkhälsan.⁸⁵

7.2 Näringsfrihet som grund för förbud mot religiösa symboler

Näringsfrihet omfattar flera argument till varför en arbetsgivare kan tänkas vilja ha ett förbud mot religiösa symboler.

Ett skäl för ett företag att ha ett förbud skulle kunna vara för att återspegla kunders önskemål och därmed öka sin försäljning. Näringsfrihet inkluderar en rätt att bestämma över hur verksamheten ska bedrivas. En viktig faktor i att vara ett konkurrenskraftigt företag är att erbjuda de varor och tjänster kunder efterfrågar. Om kunderna vill köpa ekologiska eller rättvisemärkta varor innebär det oftast en förändring i det utbud som företaget erbjuder. Att inrätta sig efter önskemål som kunder har är ett beslut om hur företaget ska bedrivas. Företag

⁷⁹ Peers (red.) et al. The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, s. 438.

⁸⁰ FRA Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter. Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right, s. 10.

⁸¹ Mål C-426/11 Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd, p. 35.

⁸² Art. 52.1 i stadgan.

⁸³ Gill-Pedro. EU Fundamental Rights and National Democracies, s. 299.

⁸⁴ Gill-Pedro. EU Fundamental Rights and National Democracies, s. 289 och Oliver. What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve? i Bernitz (red.) et al. General Principles of EU Law and European Private Law, s. 285.

⁸⁵ Mål C-544/10 Deutsches Weintor eG mot Land Rheinland-Pfalz.

skulle därmed kunna fullfölja kunders önskemål om att bli bemött av personal utan religiös koppling genom att kräva att personal tar av sig religiösa symboler när de betjänar vederbörande.

Ett annat skäl är för att arbetsgivaren vill ha kontroll, antingen över vilken företagskultur som råder inom företaget eller hur det uppfattas av kunder. Att ha en intern kultur som är fri från religiösa symboler innebär att arbetsmiljön inte skulle påverkas av de anställdas olika religiösa åskådningar. En arbetsgivare skulle kunna motivera en sekulär arbetsmiljö genom att se det som en minskning av eventuella störningsmoment och att arbetstagarna endast ska fokusera på verksamhetens drift och ekonomiska mål.

Kulturen utåt sett handlar om kontroll av den publika bilden av företaget. Ett företag lägger ofta mycket resurser på att odla en märkesimage genom reklam och liknande. Att förbjuda anställda att bära synliga religiösa symboler kan vara i syfte för att behålla denna neutrala bild. I målet Eweida fann Europadomstolen att hennes arbetsgivares önskan att uppvisa en särskild företagsbild var ett legitimt mål.⁸⁶ Detta trots att näringsfrihet inte är en rättighet enligt Europakonventionen. Bedömningen om det var proportionerligt att förbjuda Eweida att bära sitt synliga kors blev istället en bevisfråga. Domstolen fann i proportionalitetsbedömningen att de andra godkända religiösa symbolerna inte hade bevisats ha någon negativ inverkan på företagets image.

Ett ytterligare skäl skulle kunna vara att det skulle vara ekonomiskt ofördelaktigt för företaget att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda anställdas säkerhet och hälsa. Det kan exempelvis innebära krav på skyddsutrustning eller arbetskläder utformade för jobb inom hälso- och sjukvården. Eftersom det rör andra intressen och inte bara näringsfriheten kommer detta skäl inte att diskuteras vidare.

Det finns olika sätt hur ett förbud mot religiösa symboler skulle kunna genomföras. Det primära skulle förmodligen vara genom krav uppställda i en klädkod. En klädkod omfattar alla former av krav en arbetsgivare ställer på sina arbetstagare rörande klädval och utseende på arbetstid. Kraven kan vara oskrivna eller skriftligen fastslagna i företagets policy. Ofta har anställda i butik eller restaurang en uniform så att en kund med lätthet kan se att personen arbetar för

⁸⁶ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 92.

företaget. Det kan även vara krav från arbetsgivaren att arbetstagare endast får bära angivna färger eller klädmärken. Att ha en klädkod grundar sig på antagande att personalens utseende påverkar hur kunder och allmänheten uppfattar företaget.

8 När kan ett förbud mot religiösa symboler vara diskriminerande?

8.1 Inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet

Religionsfrihet och näringsfrihet är två motstående rättigheter när en privat arbetsgivare vill ha eller redan har ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen. Förutom den motsättningen finns även ett samhällsligt intresse av att motverka religiös diskriminering i arbetslivet. Ett skydd mot diskriminering på grund av religion har kanske få uppenbara ekonomiska fördelar hos företaget, men vinster för samhället i stort.⁸⁷

Att motverka diskriminering innebär att individer behandlas utifrån deras kvalifikationer och inte utifrån andra människors fördomar. Europeiska kommissionen framhöll 1994 att om fri rörlighet inom den gemensamma marknaden skulle bli verklighet måste rädslan för diskriminering på grund av ras, religion, ålder och funktionshinder bekämpas.⁸⁸ Att inkludera religion i diskrimineringslagstiftningen hade under 90-talet ett brett samhällsligt stöd hos organisationer som ville motverka den växande främlingsfientligheten i Europa.⁸⁹

I Amsterdamfördraget introducerades nuvarande artikel 19 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt [hädanefter FEUF] och utvidgade unionens lagstiftande befogenheter till att omfatta skydd mot diskriminering på grund av religion.⁹⁰ Denna befogenhet tillät unionen att lägga grunden till det skydd inom arbetslivet som vi har idag.

Skydd mot diskriminering på grund av religion i arbetslivet föreskrivs i direktivet. Förutom religion fastställer direktivet en ram för bekämpning mot diskriminering på grund av funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.⁹¹ Det övergripande målet med direktivet är att främja en arbetsmiljö fri från diskriminering. Diskriminering kan nämligen undergräva förverkligandet av fördragens mål.⁹² Särskilt belyses förverkligandet av en hög sysselsättningsnivå och en hög nivå på det sociala skyddet.

⁸⁷ Drzeniek-Hanouz. Why discrimination is bad for business.

⁸⁸ Haverkort-Speekenbrink. European Non-discrimination law, s. 38.

⁸⁹ Bell. The new article 13 EC Treaty: a sound basis for European Anti-Discrimination law?, s. 6.

⁹⁰ Craig och de Burca. EU law: texts, cases and materials, s. 905.

⁹¹ Art. 1 i direktivet.

⁹² Ibid, skäl 11.

Direktivet har en bred tillämpning och omfattar alla personer i både privat och offentlig sektor.⁹³ En individ behöver inte vara anställd för att omfattas av direktivets skydd, utan skyddas redan i rekryteringsprocessen. Samtliga anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner, faller under direktivets befogenhet.⁹⁴ Det skydd som direktivet uppställer är en minimistandard för medlemsstaterna. Det finns en möjlighet för medlemsstaterna att föreskriva ett mer omfattande skydd om de så önskar. Direktivet har införlivats i den nationella lagstiftningen i samtliga av EU:s medlemsländer.⁹⁵

8.2 Två former av diskriminering vid förbud mot religiösa symboler

Direktivet föreskriver två former av diskriminering vilket ett förbud mot religiösa symboler skulle kunna kvalificera sig till.

Den ena formen är *direkt diskriminering*. I direktivet definieras direkt diskriminering som ”när en person på grund av någon av de grunder i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person skulle ha behandlats i en jämförbar situation”.⁹⁶ Exempel på en sådan behandling skulle kunna vara om en arbetsgivare vägrar att anställa personer som praktiserar en viss religion.⁹⁷

Den andra formen är *indirekt diskriminering*. Den definieras i direktivet som ”när en skenbart neutral bestämmelse [...] särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse [...] jämfört med andra personer”.⁹⁸ Exempel skulle kunna vara om arbetsgivare kräver att män ska vara renrakade, vilket skulle skapa problem för sikhiska män.⁹⁹

Om direkt eller indirekt diskriminering förekommer bedöms inom ramen för prövningen hos den nationella domstolen.¹⁰⁰ Dessa två diskrimineringsformer kräver båda att jämförelse ska göras med andra.¹⁰¹ Direktivet ger ingen närmare förklaring när två situationer ska anses vara jämförbara. I relation till ett förbud mot religiösa symboler uppkommer frågan hur ett missgynnande eller mindre förmånlig behandling ska fastställas. Ett alternativ är att konstatera

⁹³ Art. 3.1 i direktivet.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Europeiska unionens publikationsbyrå. Nationellt införlivande.

⁹⁶ Art. 2.2 a i direktivet.

⁹⁷ Europeiska Kommissionen. Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law, s. 12.

⁹⁸ Art. 2.2 b i direktivet.

⁹⁹ Europeiska Kommissionen. Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law, s. 12.

¹⁰⁰ Skäl 15 i direktivet.

¹⁰¹ Ellis och Watson. EU Anti-Discrimination Law, s. 152.

skillnaden mellan en person som bär religiösa symboler och en som inte bär religiösa symboler. Ett annat alternativ är att jämföra en person som bär en religiös symbol som är från en minoritetsreligion och någon som är från en majoritetsreligion. Vidare är inte begreppet religion definierat i direktivet.

8.3 Allmänna rättsprinciper vid tillämpning av skyddet

En ytterligare del av skyddet mot diskriminering består av allmänna rättsprinciper vilka är en grundläggande del av unionsrätten. De principer som är centrala för skyddet mot diskriminering är likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

8.3.1 Likabehandlingsprincipen

Att lika fall behandlas lika är en av grundpelarna i en rättsstat. Likabehandlingsprincipen har länge varit erkänd som en allmän rättsprincip av EU-domstolen.¹⁰² Den innebär just att lika fall ska behandlas lika, undantaget om särbehandlingen objektivt kan rättfärdigas. Direktivet kan ses som en kodifiering av likabehandlingsprincipen och en konkretisering av vilka undantag som är berättigade.

Att likabehandlingsprincipen är en allmän rättsprincip och inte är begränsat till applicering av direktivet går att utläsa från målet *Mangold*.¹⁰³ Där hade Tyskland inte ratificerat direktivet och deadline för implementeringen hade inte heller gått ut, men principen bedömdes ändå ha en horisontell tillämpning vid diskriminering på grund av ålder. Domstolen framhöll att applicering av likabehandlingsprincipen inte var avhängig direktivets tillämpning.

8.3.2 Proportionalitetsprincipen

Den andra principen som är central i skyddet mot diskriminering är proportionalitetsprincipen. Den innebär att när särbehandling objektivt kan rättfärdigas så får de diskriminerande åtgärder inte sträcka sig utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet. Åtgärden ska alltså vara proportionerlig i förhållande till de rättigheter den inskränker.¹⁰⁴

¹⁰² De förenade målen C-117/76 och C-16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. mot Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*.

¹⁰³ Mål C-144/04 *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*, p. 75.

¹⁰⁴ *Craig och de Burca. EU law: texts, cases and materials*, s. 552.

Proportionalitet är kodifierad i både artikel 5.4 FEU och artikel 52.1 i stadgan. Den nämns även i direktivets skäl och ska användas vid dess tillämpning och tolkning.¹⁰⁵ För att fastställa om en åtgärd är proportionerlig bedömer domstolen först vilka faktorer som är relevanta och sedan vilken vikt de ska anses ha i fallet.

Kritik har framförts att proportionalitetstestet vid diskriminering på grund av religion är för subjektivt.¹⁰⁶ En risk är att bedömningen grundar sig på de personliga åsikter som innehas av den som dömer i målet, men ”kläs om” i det objektiva språket av proportionalitet.¹⁰⁷ Det innebär att det blir svårt, om inte omöjligt, att synliggöra hur personliga åsikter och fördomar påverkar bedömningen. Exempelvis definierar inte direktivet vad religion är. Proportionalitetsbedömningen kommer förmodligen skilja sig markant åt om bedömaren anser att manifestation av religion är ett val gentemot om hon ser religion som en del av identiteten som är odelbar från resten av individen.

9 Undantagsgrunder för diskriminering på grund av religion

I enlighet med unionslagstiftarens önskan är det endast under mycket begränsade omständigheter som särbehandling på grund av religion kan vara berättigad.¹⁰⁸ Diskriminering som är motiverad kallas särbehandling enligt direktivet.¹⁰⁹ I denna uppsats kallas de grunder vilka kan berättiga diskriminering för undantagsgrunder. Detta eftersom det först måste konstateras att diskriminering föreligger innan undantaget kan tillämpas.

De tre undantagsgrunderna som behandlas i uppsatsen är yrkeskrav, berättigad indirekt diskriminering samt begränsningar nödvändiga i ett demokratiskt samhälle. Dessa tre undantag är alla alternativa grunder på vilka en arbetsgivare skulle kunna tillåtas att ha ett förbud mot religiösa symboler.

9.1 Bakgrund till målen vid EU-domstolen

Direktivet antogs i början av 2000-talet men det var först våren 2017 som EU-domstolen för första gången publicerade avgöranden som tolkade direktivet med hänsyn till dess skydd mot

¹⁰⁵ Skäl 37 i direktivet.

¹⁰⁶ Vickers. Religious discrimination in the workplace: an emerging hierarchy?, s. 298.

¹⁰⁷ Ibid, s. 299.

¹⁰⁸ Skäl 23 i direktivet.

¹⁰⁹ Ibid.

diskriminering på grund av religion. De två avgörandena berörde båda arbetstagare som blivit uppsagda på grund av att de ville bära religiösa symboler på arbetsplatsen.

9.1.1 *Bougnaoui C-188/15*

Det ena av de två målen i EU-domstolen handlade om en kunds önskemål att inte bli betjänad av en anställd som bar muslimsk huvudduk.¹¹⁰ Ett privat företag med säte i Frankrike sade upp sin anställda projektingenjör Asma Bougnaoui efter att en kund uttryck missnöje över att hon burit muslimsk huvudduk vid kundmötet. Kunden hade meddelat företaget sin önskan om att inte ha vidare kontakt med en arbetstagare som bar huvudduk. Eftersom Bougnaoui inte gick med på företagets krav att ta av sig sin huvudduk vid framtida kundmöten blev hon uppsagd.

Bougnaoui väckte talan vid nationell domstol om att uppsägningen var olaglig. Den nationella domstolen hänsköt en tolkningsfråga till EU-domstolen, om en arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds önskemål kunde utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav i enlighet med artikel 4.1 i direktivet.

9.1.2 *G4S Secure Solutions C-157/15*

Det andra målet som EU-domstolen hade att avgöra handlade om ett företag som ville ha en politiskt, filosofiskt och religiöst neutral arbetsplats.¹¹¹ G4S Secure Solutions är ett privat företag med säte i Belgien som tillhandahåller receptionstjänster till kunder i både offentlig och privat sektor. På arbetsplatsen fanns en oskriven regel att arbetstagarna inte fick bära synliga symboler för deras politiska, filosofiska eller religiösa övertygelser. Samira Achbita är muslim och hade en tillsvidareanställning som receptionist hos företaget. Hon meddelade i april 2006 sina överordnade att hon hädanefter hade som avsikt att bära muslimsk huvudduk på arbetstid. Ledningen på företaget meddelade Achbita att det skulle strida mot den religiösa, filosofiska och politiska neutralitet företaget eftersträvade. I maj 2006 införde företagsrådet en ändring i ordningsreglerna vilken föreskrev att det var förbjudet för arbetstagarna att på arbetsplatsen bära synliga symboler för dess politiska, filosofiska eller religiösa övertygelser. Achbita sades därefter upp från företaget eftersom att hon vidhöll att hon skulle bära muslimsk huvudduk på arbetsplatsen.

¹¹⁰ Mål C-188/15 Asma Bougnaoui och Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA.

¹¹¹ Mål C-157/15 Samira Achbita och Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV.

Achbita väckte talan om olaga diskriminering då hon sagts upp på grund av att hon ville bära muslimsk huvudduk. Den nationella domstolen valde att hänskjuta en tolkningsfråga till EU-domstolen, om förbudet mot att i egenskap av muslim bära huvudduk på arbetsplatsen kunde klassas som direkt diskriminering enligt direktivet. EU-domstolen nyttjade dock sin rätt att avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas och valde även att tolka om en sådan intern ordningsregel skulle kunna utgöra ett berättigat mål för indirekt diskriminering enligt artikel 2.2 b i) i direktivet.¹¹²

9.2 Alternativ ett: verkligt och avgörande yrkeskrav

I skälen till direktivet slås fast att EG-fördraget [numera FEU] har i syfte att främja en kvalificerad, utbildad och anpassningsbar arbetskraft.¹¹³ Denna målsättning kan kopplas till undantaget att yrkeskrav kan uppställas av arbetsgivaren utan att detta innebär olaga diskriminering. En bättre kvalificerad person ska alltså kunna premieras utan att hindras av lagstiftning.

Artikel 4.1 i direktivet anger under vilka omständigheter ett krav som uppställs av arbetsgivaren och som har samband med religion, utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav. Det är unionslagstiftarens avsikt att en egenskap som har samband med religion endast kan vara ett sådant yrkeskrav under mycket begränsade omständigheter.¹¹⁴ Om ett förbud av religiösa symboler är att se som ett yrkeskrav enligt artikel 4.1 innebär det att både direkt och indirekt diskriminering på grund av religion kan rättfärdigas.

EU-domstolen har endast tillämpat artikel 4.1 i relation till förbud mot religiösa symboler i ett avgörande.¹¹⁵ Önskan om förbudet kom i målet från en extern aktör utanför företaget. Både generaladvokat Sharpston och Kokott la fram argumentation om verkligt och avgörande yrkeskrav i sina respektive förslag till avgöranden.

9.2.1 Tillämpning i medlemsstater

För att en arbetsgivare ska kunna åberopa denna undantagsgrund krävs det att den är tillämplig i den medlemsstat som företaget är verksamt. Enligt artikelns ordalydelse ska medlemsstaten

¹¹² Mål C-157/15 G4S Secure Solutions, p. 34.

¹¹³ Skäl 7 i direktivet.

¹¹⁴ Ibid, skäl 23.

¹¹⁵ Mål C-188/15 Bougnaoui.

föreskriva att särbehandling på grund av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna inte ska utgöra diskriminering.¹¹⁶

Generaladvokat Sharpston bekräftar i sitt förslag denna ordalydelse och anser därmed att artikeln inte har en automatisk tillämpning under direktivet.¹¹⁷ I motsats till hennes inställning anser generaladvokat Kokott att yrkeskraven inte nödvändigtvis måste fastställas av medlemsstaterna i form av lagar, utan att det räcker att en sådan regel är i kraft inom ett företag.¹¹⁸ Kokott jämför tillämpning med hur domstolen tidigare funnit att en klausul i ett kollektivavtal är likställt med lagstiftning.¹¹⁹ Något krav på form för ett företags regel föreslår hon inte.

I avgörandet följer domstolen ordalydelsen och anför att för att undantaget ska kunna tillämpas måste medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning föreskriva att särbehandlingen inte utgör diskriminering.¹²⁰ Domstolen kommenterar inte Kokotts tolkning om att kollektivavtal skulle kunna inbegripas i begreppet lagstiftning.

Domstolens tolkning av lagstiftningskravet stämmer väl överens med direktivets syfte som ett minimikrav för medlemsstaterna.¹²¹ Medlemsstaterna kan därmed underlåta att föreskriva om undantagsgrunden yrkeskrav och införliva en mer vidsträckt lagstiftning till skydd mot diskriminering på någon eller flera av direktivets skyddsgrunder.

9.2.2 Verkligt och avgörande yrkeskrav

Tidigare praxis har funnit att det inte är grunden för särbehandlingen, utan en *egenskap som har samband* med grunden för särbehandlingen som måste utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav.¹²² Vid diskriminering på grund av religion är grunden för särbehandlingen religion. Religiösa symboler har samband med religion. Därmed kan förbud mot religiösa symboler utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav.

¹¹⁶ Art. 4 i direktivet.

¹¹⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 91.

¹¹⁸ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 67.

¹¹⁹ Mål C-447/09 Reinhard Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG.

¹²⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 36.

¹²¹ Skäl 28 i direktivet.

¹²² Mål C-188/15 Bougnaoui, p. 37.

Domstolen framhåller att det enligt direktivets skäl endast är i mycket begränsade omständigheter som en egenskap som avser religion kan utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav.¹²³ Vad som har samband med religion utvecklas inte av domstolen. Förmodligen kommer detta samband i framtiden tolkas med hjälp av Europadomstolens praxis om *Arrowsmith*.

Generaladvokat Sharpston står för en strikt tolkning av artikeln. Ett yrkeskrav ska ges en specifik tillämpning och kan enligt henne inte motivera ett allomfattande undantag för samtlig verksamhet en anställd skulle kunna delta i.¹²⁴ Begreppet ”avgörande” innebär att undantaget måste vara begränsat till aspekter som är absolut nödvändiga för att kunna genomföra den aktuella yrkesverksamheten.¹²⁵ Dessa absolut nödvändiga aspekter är framför allt hälsa och säkerhet. Sharpston utesluter inte att det kan finnas andra undantag, men hon anför att hon har svårt att se vilka det kan vara.¹²⁶ Domstolen har i praxis fastställt att direkt diskriminering inte kan rättfärdigas endast med åberopandet av ekonomiska nackdelar.¹²⁷

Generaladvokat Kokott motiverar en vidare tolkning av undantaget och anför att tröskeln för rättfärdigande av särbehandling i samband med religion är hög men inte oöverstiglig.¹²⁸ I motsats till generaladvokat Sharpston, anser Kokott att en tillämpning av artikel 4.1 inte går att nekas med hänvisning till praxis enligt vilken diskriminering inte kan rättfärdigas av rent ekonomiska skäl.¹²⁹ Kvintessensen av artikeln är enligt henne att göra möjligt att rättfärdiga särbehandling på ekonomiska och affärsmässiga skäl under de strikta villkor som unionslagstiftaren fastställt.¹³⁰ Affärsmässiga skäl är ett brett uttryck och Kokott anför inte vidare att någon ekonomisk risk eller skada behöver fastställas.

Vilka konkreta yrkeskrav som ska anses som verkliga och avgörande ska enligt Kokott bedömas utifrån objektiva kriterier med grund i omständigheterna i det enskilda fallet.¹³¹ Samtidigt ska ett visst utrymme för skönsmässig bedömning tillerkännas arbetsgivaren, med grund i näringsfriheten. Näringsfriheten, konstaterar Kokott, omfattar rätten för en företagare att bestämma på vilket sätt det arbete som ska utföras ska organiseras och uträttas. Hur denna

¹²³ Mål C-188/15 Bougnaoui, p. 38.

¹²⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 95.

¹²⁵ Ibid, p. 96.

¹²⁶ Ibid, p. 99.

¹²⁷ Ibid, p. 100.

¹²⁸ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 78.

¹²⁹ Ibid, p. 79.

¹³⁰ Ibid, p. 79.

¹³¹ Ibid, p. 80.

skönsmässiga bedömning är i linje med den strikta tolkning unionslagstiftaren önskar framgår inte.

9.2.3 Yrkesverksamhetens natur eller sammanhang

Att yrkeskravet ska bero på yrkesverksamhetens natur eller sammanhang är ett sätt att garantera att kravet har koppling till tjänsten i sig. Tolkningen av detta rekvisit skiljer sig, föga förvånande, mellan de två generaladvokaterna.

Sharpston menar att domstolens tidigare praxis visar att bedömningen måste se till verksamheten och sammanhanget gemensamt, istället för att göra en separat bedömning av det ena eller andra.¹³² Hon framhåller att området säkerhet och hälsa i arbetet är en uppenbar tillämpning av undantaget yrkeskrav gällande förbud avseende diskriminering på grund av religion. Ett vidhållande av rätten att bära religiösa symboler skulle annars kunna utsätta den anställda och andra individer för fara.

I linje med sin striktare tolkning anser Sharpston att kommersiella intressen i kundrelationerna inte skulle kunna motivera tillämpning av undantaget yrkeskrav.¹³³ Vidare är näringsfriheten inte en absolut rättighet utan måste bedömas utifrån sitt sammanhang och kan därmed begränsas.

Sharpston pekar på det faktum att det i förevarande målet inte på något sätt visats att den anställda varit oförmögen att utföra sitt arbete som projektingenjör på grund av att hon burit muslimsk huvudduk.¹³⁴ Kravet att inte bära huvudduk i kontakterna med arbetsgivarens kunder kan därmed enligt Sharpston inte utgöra ett yrkeskrav enligt artikel 4.1.

Den bedömningen delas inte av generaladvokat Kokott. Hon tolkar formuleringen ”yrkesverksamhetens natur eller sammanhang” som att den innehåller två alternativa och självständiga grunder som kan rättfärdiga särbehandling på grund av religion.¹³⁵ Enligt generaladvokaten omfattar därmed ett verkligt och avgörande yrkeskrav inte endast den operativa verksamhet som receptionisten utför utan även de vidare villkoren för att tillhandhålla

¹³² Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 98.

¹³³ Ibid, p. 100.

¹³⁴ Ibid, p. 102.

¹³⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 73.

dess tjänster.¹³⁶ Det räcker alltså inte att en person kan utföra jobbet som receptionist, exempelvis genom att välkomna kunder, när hon fortfarande bär huvudduk. Det sammanhang där arbetet utförs kan istället ensamt medföra en skyldighet för arbetstagaren att bära en av arbetsgivaren utvald uniform eller ett förbud mot att bära synliga religiösa, politiska eller filosofiska symboler.¹³⁷ Sammanhanget i sig är en grund för yrkeskrav. Att den anställda utövar sina arbetsuppgifter med regelbunden visuell kontakt med kunder förstärker enligt Kokott detta resonemang än mer.

Kokott legitimerar sin tolkning genom att hänvisa till att vissa företag medvetet strävar efter att rekrytera en blandad och diversifierad arbetsstyrka och gör detta till en del av sin företagsimage.¹³⁸ Ett företag kan därför lika legitimt besluta sig för att ha en neutralitetspolitik som innebär strikt religiös och filosofisk neutralitet. För att förverkliga den neutrala bilden ska ett företag då kunna uppställa yrkeskrav och kräva att den anställda uppträder på ett neutralt sätt. Det är därmed objektivt sett inte orimligt enligt Kokott att kräva av en anställd att hon följer en viss klädkod som innebär att hon avstår från att bära religiösa symboler.¹³⁹

Domstolen bedömer inte om artikelns formulering ska ses som ett eller två alternativa rekvisit. Istället framhåller den att ett yrkeskrav ska objektivt dikteras av den aktuella yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang i vilken den utförs.¹⁴⁰ Trots att artikelns ordalydelse inte nämner att yrkeskravet måste objektivt dikteras har det avgörande betydelse i domstolens syn på om en kunds krav kan anses vara ett yrkeskrav.

Domstolen fann att en arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds särskilda önskemål inte kan vara ett yrkeskrav enligt direktivet eftersom det är ett subjektivt övervägande.¹⁴¹ Viljan är subjektiv och har därmed inte förbudet objektivt dikteras av varken yrkesverksamhetens natur eller dess sammanhang. Följaktligen kan det inte utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav enligt artikel 4.1. Domstolen stängde därmed en dörr för arbetsgivare som vill uppställa yrkeskrav genom att enbart hänvisa till kundernas önskemål.

¹³⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 74.

¹³⁷ Ibid, p. 75.

¹³⁸ Ibid, p. 76.

¹³⁹ Ibid, p. 84.

¹⁴⁰ Mål C-188/15 Bougnaoui, p. 40.

¹⁴¹ Ibid, p. 37.

9.2.4 Legitimt mål

Till skillnad från generaladvokat Sharpston och domstolen, fortsätter Kokott sin argumentation vad gäller förbud mot religiösa symboler som ett yrkeskrav. Hon framhåller att gränserna för det utrymme arbetsgivaren har för skönsmässig bedömning klargörs genom rekvisiten legitimt mål och proportionalitet.¹⁴²

En gränsdragning är enligt Kokott att arbetsgivaren inte har utrymme att eftersträva vilket valfritt syfte som helst, utan enbart sådana som bedöms som legitima.¹⁴³ Vad som är legitimt ska bedömas med unionens grundläggande värden och väsentliga målsättningar. Ett företag som fastställer en klädkod för sina anställda, kan därmed endast motivera denna som yrkeskrav om den bild som ska förmedlas av företaget är legitim och förenlig med unionsrätten.¹⁴⁴ En begränsning är exempelvis företag som vill skapa en märkesimage som grundar sig i ideologier som uttrycker förakt för mänskliga värden. En klädkod som baseras på sådana ideologier skulle inte kunna anses vara baserad på ett legitimt mål.

Kokott anser att önskan att ha en neutral märkesimage är ett legitimt mål.¹⁴⁵ Särskilt då företaget erbjuder tjänster till både offentlig och privat sektor och dess medarbetare måste kunna arbeta flexibelt hos alla dessa kunder. Att påtala skillnad mellan de olika sektorerna kan motiveras av situationen i Frankrike där sekularitet är grundlagsstadgad och alla religiösa symboler har förbjudits i den offentliga sektorn. Alltså krävs ett förbud av religiösa symboler om företagets anställda ska kunna arbeta hos statliga kunder.

Kokott framhåller slutligen att neutralitetspolitiken även kan ses ha grund i ”att undvika att ge utomstående intrycket att det finns ett samband mellan de politiska, filosofiska eller religiösa övertygelser som en arbetstagare ger uttryck för offentligt genom sin klädsel och företaget [...] eller att dessa övertygelser tillskrivs företaget.”¹⁴⁶ Vad detta tillskrivande skulle innebära är ovisst. Förmodligen riskerar det att ha en negativ påverkan på företagsbilden. Det är intressant hur Kokott antar att en individs symbolbärande tillskrivs företaget istället för att se det som individens form av uttryck. Risker är i så fall att det som kunden tillskriver företaget utgör

¹⁴² Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 85.

¹⁴³ Ibid, p. 87.

¹⁴⁴ Ibid, p. 88.

¹⁴⁵ Ibid, p. 93.

¹⁴⁶ Ibid, p. 95.

kundens egna förutfattade meningar och fördomar om religioner. Ingenting garanterar att detta tillskrivande handlar om det religiösa budskapet som arbetstagaren själv försöker manifestera.

9.2.5 Proportionalitet

Kokott konstaterar att proportionalitetsbedömningen är en känslig uppgift där EU-domstolen enligt Europadomstolens praxis ska tillerkänna de nationella domstolarna ett visst skönsmässigt utrymme. I sin bedömning anser Kokott att en intern ordningsregel som förverkligar ett neutralt sammanhang mot kunden ska anses vara proportionerlig.

Första steget i proportionalitetsbedömningen är att fastställa att åtgärden är ägnad att uppnå målet. För att anses ägnad att uppnå målet ska kravet vara klart och tydligt för arbetstagarna. Enligt Kokott kan det inte ifrågasättas att förbud mot religiösa symboler är ägnat att uppnå det eftersträvade målet neutralitet.¹⁴⁷ Det måste även enligt Kokott anses vara konsekvent och systematiskt genomförd.¹⁴⁸ I det genomförandet skiljer sig det förevarande fallet från Europadomstolens avgörande *Eweida m. fl. mot Förenade Kungariket*. Arbetsgivaren hade där tillåtit anställda att bära religiösa symboler som inte gick att täckas, exempelvis sikhisk turban. Detta innebar att förbudet endast gällde vissa religiösa symboler och därmed inte var konsekvent genomfört såsom enligt Kokott krävs.

Andra steget i proportionalitetsbedömningen är om målet kan uppnås med mindre ingripande medel än ett förbud. Kokott framhåller att om en arbetsgivare tillhandahöll en uniform som innehöll en stilistiskt passande huvudduk skulle det innebära en mindre ingripande åtgärd för den enskilda arbetstagaren.¹⁴⁹ Det skulle dock inte vara ett förfarande som är ägnat att uppnå målet religiös neutralitet. Den religiösa symbolen skulle fortfarande vara synlig för kunderna och arbetsgivaren skulle inte uppvisa dess önskade neutrala bild.

Att omplacera arbetstagaren som bär religiösa symboler skulle också vara ett mindre ingripande medel.¹⁵⁰ Arbetstagaren skulle då antingen flyttas till en tjänst som inte innebär kundkontakt eller placeras hos någon av företagets kunder som tillåter sina receptionister att bära religiösa symboler. Motargumenten är enligt Kokott att den anställda fortfarande skulle äventyra företagets neutralitetspolitik, samt det merarbete som det skulle innebära för företaget att hitta

¹⁴⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 101.

¹⁴⁸ Ibid, p. 103.

¹⁴⁹ Ibid, p. 106.

¹⁵⁰ Ibid, p. 108.

en lämplig position för varje enskild arbetstagare.¹⁵¹ Vidare har unionslagstiftaren inte föreskrivit att rimliga anpassningsåtgärder ska vidtas när det gäller särbehandling på grund av religion. Det kan därmed enligt Kokott inte krävas betydande organisatoriska insatser av arbetsgivaren.

I bedömningen av proportionalitet ska det även säkerställas att åtgärden inte orsakar orimlig skada på den enskilda arbetstagarens intressen. Kokott konstaterar att religionsfriheten inte direkt kan göras gällande mot en privat arbetsgivare. Dock är det en av grunderna för ett demokratiskt samhälle och präglar därför privata anställningsförhållanden ”i vart fall indirekt”.¹⁵²

Förbudet rör inte religionsfrihetens forum internum, utan gäller endast religiösa symboler vilken är en del av forum externum. Kokott framhåller att dessa yttre tecknen är en aspekt av privatlivet som den berörda arbetstagaren kan påverka.¹⁵³ På så sätt skiljer sig religion från de andra diskrimineringsgrunderna såsom kön, etniskt ursprung, sexuell läggning: de andra diskrimineringsgrunderna kan man inte ”hänga av sig” de yttre tecknen när man träder in i arbetsgivarens lokaler. Eftersom en arbetstagare kan ta av sig religiösa symboler, kan arbetsgivaren kräva en viss återhållsamhet på arbetsplatsen med avseende på den religionsutövningen.¹⁵⁴

I stället för att förespråka ett totalt förbud anger Kokott flera aspekter som ska avgöra hur stor denna återhållsamhet bör vara för den som vill manifesteras sin religion. Första aspekten ska vara hur iögonfallande symbolen är.¹⁵⁵ Den andra är vilken position inom företaget den anställda har.¹⁵⁶ Mer återhållsamhet ska kunna krävas av de som befinner sig i en ledande position eller har frekvent och mångsidig kundkontakt. Den tredje är att regeln kräver neutralitet vilket kan åläggas arbetstagare i mycket högre utsträckning än en aktiv skyldighet att inta en viss ståndpunkt i religiösa, politiska eller filosofiska frågor eller agera enligt en viss lära.¹⁵⁷ För det fjärde ska beaktas om andra särbehandlingsgrunder berörs.¹⁵⁸ För det femte ska ”det större sammanhang” som en eventuell konflikt på arbetsplatsen vara relevant.¹⁵⁹

¹⁵¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 109.

¹⁵² Ibid, p. 113.

¹⁵³ Ibid, p. 116.

¹⁵⁴ Ibid, p. 116.

¹⁵⁵ Ibid, p. 118.

¹⁵⁶ Ibid, p. 119.

¹⁵⁷ Ibid, p. 120.

¹⁵⁸ Ibid, p. 121.

¹⁵⁹ Ibid, p. 122.

Intressant är att enligt Kokott innebär detta större sammanhang att befintlig särbehandling inte kommer vidmakthållas enbart av det skälet att detta är förenligt med vissa vanor, traditioner eller samhällskulturer.¹⁶⁰ Varför inte det längre skulle ske ger hon inga skäl till.

Kokott avskriver argumentet att ett förbud mot religiösa symboler i orimligt hög grad försvårar integrationen av muslimska kvinnor.¹⁶¹ En muslimsk kvinna kan verka i arbetslivet utan att ha på sig huvudduk och är då fullt integrerad. Det är först då hon kräver att kunna bära huvudduk som hon riskerar att förlora sitt arbete.

Slutligen ska även medlemsstaternas nationella identitet respekteras enligt artikel 4.2 FEU.¹⁶² Kokott tar upp Frankrike som ett exempel med sin grundlagsstadgade sekularism och därför måste bärandet av religiösa symboler där kunna underkastas större inskränkningar även i den privata sektorn.

9.3 Analys av alternativ ett

Alternativ ett är en osäker väg att gå om man som arbetsgivare vill förbjuda synliga religiösa symboler på arbetsplatsen. Domstolens argumentation gällande verkligt och avgörande yrkeskrav är kort och uppställer främst begränsningar i ett företags utrymme att förbjuda religiösa symboler. Den konstaterar att en kunds önskemål är subjektiva och därmed inte kan utgöra ett objektiva yrkeskrav.

Ett företag kan därmed inte förbjuda arbetstagarna att bära religiösa symboler med motiveringen att en kund har önskat det som yrkeskrav. Detta måste ses som positivt ur en moralisk och ansvarstagande synvinkel. En arbetsgivare måste kunna ställas till svars för sina handlingar utan möjlighet att kunna bortförklara sig med hänsyn till kundens krav. Viljan att följa kundens önskemål ligger fortfarande hos arbetsgivaren.

Visserligen kan även indirekt diskriminering berättigas under artikel 4.1. En argumentation om indirekt diskriminering på grund av en intern ordningsregel förs av generaladvokat Kokott i förhållande till artikeln. Domstolen undviker dock att beröra indirekt diskriminering och

¹⁶⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 123.

¹⁶¹ Ibid, p. 124.

¹⁶² Ibid, p. 125.

hänvisar i så fall till resonemanget den fört i målet *G4S Secure Solutions*.¹⁶³ Berättigat mål vid indirekt diskriminering är en undantagsgrund som behandlas nedan.

I brist på ett mer innehållsrikt avgörande är det generaladvokaternas förslag till avgörande som utvecklar artikelns syfte. Att notera är att de två generaladvokaterna skiljer sig åt i flera grundläggande aspekter. Kokott presenterar en mer företagsfokuserad lösning där företagen får större utrymme att diktera yrkeskrav enligt artikeln. Sharpston har en mer återhållsam tolkning av artikeln där hälsa och säkerhet är de centrala legitima målen.

Att rekommendera är att följa Sharpstons mer restriktiva tolkning vid uppställandet av ett förbud mot religiösa symboler. Hon följer domstolens tidigare praxis att direkt diskriminering inte kan rättfärdigas med ekonomiska nackdelar. Förbudet mot religiösa symboler som ett yrkeskrav måste alltså grunda sig i exempelvis patientsäkerhet eller skydd för arbetstagaren i form av speciella arbetskläder.

9.4 Alternativ två: berättigat mål vid indirekt diskriminering

Det andra alternativet för ett förbud mot religiösa symboler på arbetsplatsen har en snävare tillämpning än alternativ ett. Artikel 2.2 b i) föreskriver att indirekt diskriminering kan rättfärdigas genom att en åtgärd som missgynnar personer med en viss religion motiveras av ett berättigat mål.¹⁶⁴ Att åtgärden kvalificeras som indirekt diskriminering är centralt i detta undantag. Den bedömningen görs vid prövningen hos de nationella domstolarna.¹⁶⁵

Denna undantagsgrund har endast tillämpats en gång av EU-domstolen. En intern ordningsregel hos ett företag innebar att anställda inte fick bära religiösa, filosofiska eller politiska symboler. Liksom vid bedömningen av alternativ ett skiljer sig längden på bedömningen åt mellan de två generaladvokaterna och domstolen. Generaladvokat Kokott bedömer inte undantaget berättigat indirekt diskriminering för sig. Hon anser istället att hennes bedömning av yrkeskrav enligt artikel 4.1 visar att även kraven för berättigat mål enligt artikel 2.2 b i) är uppfyllda.¹⁶⁶ Denna tolkning ger för handen att hon anser att undantaget yrkeskrav är en *lex specialis* som kräver en högre bevisbörda. Sharpston däremot bedömer undantagsgrunden berättigat mål vid indirekt

¹⁶³ Mål C-188/15 Bougnaoui, p. 33.

¹⁶⁴ Art. 2.2 b i) i direktivet.

¹⁶⁵ Ibid, skäl 15.

¹⁶⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 129.

diskriminering separat, men delar Kokotts syn att vissa rekvisit innebär samma prövning som vid yrkeskrav enligt artikel 4.1.

9.4.1 Berättigat mål

Begreppet berättigat mål definieras inte i artikeln. Enligt Sharpston är det emellertid klart att ett legitimt mål [sic] kan vara grundat i socialpolitik. Hon refererar till artikel 6.1 i direktivet där legitima mål anges vara mål ”som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning”.¹⁶⁷

I det aktuella målet var det inte fastställt om företaget hade en generell neutral klädkod eller ej. Sharpston grundade därför sin bedömning av undantaget berättigat indirekt diskriminering på en hypotetisk neutral regel. Hon anser att en neutral regel innebär att varje klädesplagg som *på något sätt* återspeglar bärarens personlighet är förbjuden.¹⁶⁸ Förutom religiösa symboler skulle det även omfatta personliga uttryck såsom en fotbollströja från en viss klubb eller en pin som avslöjar vilket universitet bäraren gått på.

Att kräva den omfattningen av en neutral klädkod skulle kunna ses som en återspeglning av det faktum att religion är en diskrimineringsgrund enligt direktivet. Om arbetsgivaren vill uppnå verklig neutralitet på arbetsplatsen borde det rimligtvis även gälla de personliga uttryck som inte har den högre skyddsvärda ställning som religion innehar.

Vid bedömningen om en intern ordningsregel har ett berättigat mål ska hänsyn tas till kraven för legitimt mål enligt yrkeskrav enligt artikel 4.1. Om kraven för ett legitimt mål enligt artikel 4.1 är uppfyllda, bör enligt Sharpston ett berättigat mål i artikel 2.2 b i) vara uppfyllt.¹⁶⁹ Prövningen blir därmed densamma, en bedömning som även delas av generaladvokat Kokott. Enligt Sharpston är dock skillnaden att ett berättigat mål enligt artikel 2.2 b i) har en vidare tillämpning och kan omfatta ytterligare intressen och syften.

Arbetsgivarens affärsintresse är enligt Sharpston ett legitimt mål [sic].¹⁷⁰ Affärsintresset är relevant exempelvis när arbetsgivaren önskar visa upp en viss bild inför sina kunder. En policy

¹⁶⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 112.

¹⁶⁸ Ibid, p. 110.

¹⁶⁹ Ibid, p. 114.

¹⁷⁰ Ibid, p. 115.

som kräver att anställda bär uniform eller uppvisar ett välvårdat yttre omfattas därmed av begreppet legitimt mål [sic].¹⁷¹

Båda generaladvokaterna ser näringsfriheten antingen som legitimt eller berättigat mål enligt direktivet. Den stora skillnaden utgör istället deras syn på vad religion är och religiösa symbolers betydelse för individen. Sharpston betonar att för den som är troende och praktiserande är den religiösa identiteten en del av själva personen.¹⁷² I motsats till Kokott, fastställer hon att det är fullständigt fel att anta att en person alltid har med sig sitt kön och sin hudfärg, men inte sin religiösa tro.¹⁷³

Domstolen går inte lika långt i kvalifikationen av vad som faktiskt utgör en neutral klädkod. Den konstaterar att den interna ordningsregeln förbjuder anställda att bära varje synlig symbol för politiska, filosofiska eller religiösa övertygelse och avser varje yttring av sådana övertygelser.¹⁷⁴ Därmed behandlas alla arbetstagare på samma sätt. Utan att faktiskt fastställa att indirekt diskriminering föreligger vid en intern ordningsregel undersöker sedan domstolen om den skulle kunna vara berättigad med tanke på undantaget i 2.2 b i).

Domstolen fann att viljan att uppvisa politisk, filosofisk och religiös neutralitet i förbindelserna med kunder är att anse som ett berättigat mål.¹⁷⁵ Viljan att vara neutral är därmed ett mål i sig. Denna vilja kopplar domstolen till den grundläggande rättigheten näringsfriheten i stadgan. Som stöd för sitt resonemang att religionsfriheten kan inskränkas på den grunden hänvisar domstolen till Europadomstolens praxis.¹⁷⁶ En vidare diskussion om varför denna vilja är berättigad saknas.

9.4.2 Objektivt motiverat

Förfaringssättet ska enligt artikelns ordalydelse vara objektivt motiverat för att kunna ses som berättigad indirekt diskriminering. Rekvisitet nämns inte av någon av generaladvokaterna i sin bedömning. Inte heller domstolen redogör för vad objektivt motiverat innebär i relation till artikel 2.2 b i).

¹⁷¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 116.

¹⁷² Ibid, p. 118.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Mål C-157/15 G4S Secure Solutions, p. 30.

¹⁷⁵ Ibid, p. 37.

¹⁷⁶ Ibid, p. 39.

Tolkningen av rekvisitet bör istället göras i skenet av den begränsning domstolen uppställer vid subjektivt motiverat yrkeskrav enligt artikel 4.1. En vilja att följa en kunds önskemål är att se som subjektivt motiverad. Denna vilja yttrade sig genom att arbetsgivaren i sin uppsägning av arbetstagaren hänvisade till dessa av kunden uppställda krav för tillhandahållandet av tjänster.

Domstolens tystnad vad gäller vad som är objektivt motiverat kan tolkas som att en intern ordningsregel som uppställts av företaget självt är objektiv. Viljan att vara neutral ska därmed grunda sig på företagets egna regler och målsättningar.

9.4.3 Proportionalitet

Berättigad indirekt diskriminering får inte gå utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå sitt mål. Även detta rekvisit sammanfaller till viss del med proportionalitetsbedömningen av yrkeskrav enligt artikel 4.1. Bedömningen är dock enligt Sharpston vidare än vid berättigad indirekt diskriminering.

Generaladvokat Sharpston anser att utgångspunkten för bedömningen måste vara att en anställd i princip har rätt att bära religiösa symboler, men att arbetsgivaren kan ha en rätt att föreskriva begränsningar.¹⁷⁷ Alltigenom presenterar hon en individanpassad, icke-juridisk metod. Hon förespråkar dialog mellan den anställda och företaget om vilka aspekter för religionsutövningen som är väsentlig. Denna pragmatiska hållning kan fungera för vissa manifestationer av religion, exempelvis någon som har symboler som går att täcka under uniformen. En dialog skulle däremot troligen inte förändra något för anställda som bär symboler som inte går att täcka.

Religiösa symboler som lämnar ansikte och ögon synliga ser generaladvokat Sharpston inga skäl till att förbjuda.¹⁷⁸ En begränsning för arbetstagarens rätt att manifestera sin religion ska istället gälla arbetstagare som jobbar med kundkontakt och bär religiösa symboler som täcker ansikte och ögon. Hon framhåller att visuell kontakt eller ögonkontakt är av grundläggande betydelse vid en relation som innefattar kommunikation ansikte mot ansikte mellan ett företag och dess kunder i västvärlden. Därför är ett förbud mot sådana religiösa symboler som helt täcker ansikte och ögon proportionerligt vid arbete som innebär visuell kontakt med kunder. Arbete som inte innebar sådan kontakt saknar grund för ett förbud. Avgränsningen är i linje med hennes fokus om att krav ska vara kopplade till den operativa delen av arbetstagarens roll.

¹⁷⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 122.

¹⁷⁸ Ibid, p. 130.

Sharpston anser att affärsintresset att generera maximal vinst i sista hand ska få ge vika i proportionalitetsbedömningen för den anställdes rätt att ge uttryck för sina religiösa övertygelser.¹⁷⁹ Argumentet att arbetsgivaren skulle förlora kunder är enligt henne i grunden försåtligt. Sharpston menar att kundens önskan egentligen ibland endast är förklädda fördomar vilket inte är förenligt med direktivets mål om att bereda skydd mot ogynnsam behandling i anställningsförhållanden.

Argumentet som framförts av part i förevarande mål, om att en tjänst består endast till en liten del av kundkontakt och det därför skulle det vara proportionerligt att förbjuda den anställda att då bära symbolen, accepteras inte av Sharpston.¹⁸⁰ Frågan hur ofta eller hur länge under arbetsdagen ett förbud faktiskt skulle gälla en arbetstagare påverkar inte hennes skäl för att vilja bära religiösa symboler. Om något så borde en arbetstagares skäl att bära religiösa symboler vara än starkare när hon interagerar med främlingar.

Domstolen håller sitt resonemang vid proportionalitetsbedömningen relativt kort. Den fastställer att ett förbud för arbetstagare att bära synliga symboler för politiska, filosofiska eller religiösa övertygelser är ägnat att säkerställa en korrekt tillämpning av neutralitetspolicyn.¹⁸¹ Detta under den förutsättning att förbudet tillämpas på ett konsekvent och systematiskt sätt.

För att proportionalitetskravet ska vara nödvändigt måste förbudet begränsas till vad som är strängt nödvändigt. Det innebär enligt domstolen att förbudet mot religiösa symboler uteslutande ska rikta sig till de arbetstagare som har kundkontakter.¹⁸² Domstolen uppställer inga vidare formföreskrifter mer än att det ska tillämpas likvärdigt för alla som har kundkontakt. Kundkontakt innebär en form av visuell kontakt.¹⁸³ Kundkontakt har även varit centralt i resonemangen av de båda generaladvokaterna. Generaladvokat Kokott anser att anställda som jobbar i callcenter ska vara undantagna förbudet.¹⁸⁴ Andra tekniska lösningar såsom videokonferens nämns inte av domstolen, men omfattas troligtvis av förbudet när de fortfarande består av en visuell form av kontakt.

¹⁷⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 133.

¹⁸⁰ Ibid, p. 131.

¹⁸¹ Mål C-157/15 G4S Secure Solutions, p. 40.

¹⁸² Ibid, p. 42.

¹⁸³ Ibid, p. 43.

¹⁸⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, fotnot 44.

Domstolen anför även att den hänskjutande domstolen ska kontrollera om det varit möjligt för företaget att erbjuda arbetstagaren en annan tjänst som inte bestod av sådan kontakt.¹⁸⁵ Därmed uppställer domstolen en skyldighet till att undersöka möjligheterna till omplacering inom företaget. Denna omplaceringsskyldighet kan ha inverkan på företag som väljer att införa en neutral klädkod. Ett företag måste då kontrollera att arbetstagare inte kan omplaceras innan de väljer att säga upp dem. Den anställda skulle då kunna anses ha företräde till de positioner som inte har någon visuell kundkontakt.

9.5 Analys av alternativ två

Alternativ två innebär ett klart tillvägagångssätt för en arbetsgivare som vill förbjuda religiösa symboler på arbetsplatsen. Domstolen ställer i avgörandet upp tydliga omständigheter när ett sådant förbud kvalificerar sig till berättigad indirekt diskriminering enligt artikel 2.2 b i).

Domstolens avgörande grundar sig helt på att önskan om att vara religiöst, filosofiskt och politiskt neutral anses vara ett berättigat mål. Neutralitet i detta fall är ett generellt exkluderande av religiösa symboler för arbetstagare med kundkontakt. Det är en kontroll av den publika bilden som inbegrips i näringsfriheten. Detta konstaterade domstolen utan någon vidare ingående argumentation. Ett förbud som omfattar hela arbetsplatsen är inte möjligt enligt domstolen.

Jämfört med alternativ ett finner domstolen att arbetsgivarens strävanden att ha en neutral image är berättigad. Centralt för bedömningen ter sig det faktum att alla religiösa symboler behandlas lika och att önskan att vara neutral kommer inifrån företaget.

Varför näringsfriheten, av författare betraktat som en svag rättighet, i proportionalitetsbedömningen anses ha större betydelse än rätten att manifesteras sin religion är oklart. Domstolens korta resonemang lämnar tyvärr mycket att önska. För arbetstagare hos de företag som väljer att införa en neutralitetspolicy innebär det ett vidsträckt förbud.

Att icke-juridiska lösningar är att föredra går att urskilja ur Sharpstons argument där hon förespråkar en dialog mellan arbetstagaren och arbetsgivaren. Frågan är om en sådan dialog verkligen skulle kunna ske på lika villkor mellan de två parterna. En arbetstagare är den svagare

¹⁸⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 43.

parten och ofta beroende av den inkomst hon erhåller av arbetsgivaren. Att en lösning som kommer utifrån en sådan dialog skulle vara rättvis för båda parter är tveksamt. I slutändan menar dock Sharpston att fokus ska ligga på yrket i sig och dess arbetsuppgifter. En gränsdragning i den enskildas rätt att ska vara kunna garantera visuell kontakt i möten med kund och därmed kan arbetsgivare förbjuda religiösa symboler som täcker ögon och ansikte.

I motsats till denna lösning uppmuntrar inte domstolens avgörande en konstruktiv dialog vid konflikter som uppstår på arbetsplatsen. Arbetsgivare som vill undvika eventuella konflikter med anställda i denna ofta kontroversiella fråga har numera ett incitament att införa en neutralitetspolicy. Speciellt med tanke på osäkerheten om förbud mot religiösa symboler kan vara ett yrkeskrav, skulle förmodligen många företag ta den klart utstakade vägen. Tolkningen innebär att istället för att ha en dialog med anställda i det enskilda fallet uppmuntras konflikträdde företag att dra alla över en kam innan några problem ens har uppstått.

9.6 Alternativ tre: begränsningar nödvändiga i ett demokratiskt samhälle

Det tredje alternativet för ett företag som vill förbjuda religiösa symboler på arbetsplatsen är att kvalificera förbudet som en åtgärd nödvändig i ett demokratiskt samhälle som skydd för andra personers fri- och rättigheter.¹⁸⁶ Under detta undantag kan både direkt och indirekt diskriminering rättfärdigas.

Enligt Sharpston är undantaget ovanligt eftersom det inte finns någon motsvarighet i andra unionsrättsliga bestämmelser om förbud mot diskriminering.¹⁸⁷ Det aktualiseras vid en konflikt mellan likabehandlingsprincipen och behov som är av avgörande betydelse för ett välfungerande demokratiskt samhälle. Undantaget infördes för att exempelvis försäkra att medlemmar av skadliga sekter eller pedofiler inte skulle erhålla skydd av direktivet.¹⁸⁸

Undantaget undersöktes inte som ett alternativ av domstolen. Åtgärderna som gjorts i de förevarande målen grundade sig inte på någon sådan offentligrättslig karaktär som krävs av ordalydelsen i undantaget. Den behandlades dock av de båda generaladvokaterna i sina respektive förslag till avgörande. Vidare är det endast Kokott som diskuterar de tre olika undantagens relation sinsemellan varandra.

¹⁸⁶ Art. 2.5 i direktivet.

¹⁸⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 104.

¹⁸⁸ Ellis och Watson. EU Anti-discrimination law, s. 402.

9.6.1 Tillämpning i medlemsstater

Artikelns ordalydelse fastställer att åtgärden ska föreskrivas i nationell lagstiftning. Åtgärder måste därför enligt Kokott vara av offentlighetslig karaktär eller i alla fall grunda sig på ett offentlighetsligt bemyndigande såsom ett kollektivavtal.¹⁸⁹ Kokott noterar även att artikelns syfte och ordalydelse är nära artikel 9.2 i Europakonventionen.

Sharpston konstaterar att artikeln inte kan tillämpas på situationen i det nationella målet eftersom det inte antagits några nationella bestämmelser för att genomföra undantaget.¹⁹⁰

9.6.2 Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle

Vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle ska enligt domstolens praxis tolkas restriktivt.¹⁹¹

Generaladvokaten Kokott diskuterar relationen mellan de olika undantagsgrunderna och anser att yrkeskrav enligt artikel 4.1 är *lex specialis* i förhållande till artikel 2.5.¹⁹² Därmed anser hon att verkligt och avgörande yrkeskrav är en konkretisering av vad unionslagstiftaren anser som lämpligt för att skydda andra fri- och rättigheter. Artikel 2.5 kan däremot inte ha en självständig betydelse i det förevarande målet om ett företags interna ordningsregler gällande klädkod.

9.6.3 Andra personers fri- och rättigheter

Artikeln gör inga försök att definiera vilka fri- och rättigheter som omfattas. De två fri- och rättigheterna som generaladvokaterna behandlar är näringsfriheten och andra personers negativa religionsfrihet.

Näringsfriheten är av grundläggande betydelse för unionen. Detta eftersom unionen har åtagit sig att vara en social marknadsekonomi genom att ha en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

Negativ religionsfrihet innebär en rätt för individen att stå utanför religion. Begreppet har utvecklats i Europadomstolen och omfattas av artikel 9 i Europakonventionen. En arbetstagare

¹⁸⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 137.

¹⁹⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 105.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 104.

¹⁹² Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 139.

som bär synliga religiösa symboler kan enligt Kokott påverka andra människors negativa religionsfrihet.¹⁹³ Eftersom tolkningsfrågan i målet inte direkt berörde andra personers religionsfrihet utvecklade inte Kokott sitt resonemang om negativ religionsfrihet i relation till positiv.

Sharpston anser att ett förbud mot religiös klädsel för anställda när de är i kontakt med arbetsgivarens kunder inte kan anses vara nödvändigt för att skydda personers fri- och rättigheter.¹⁹⁴ Förbudet ska istället prövas inom ramen för berättigad indirekt diskriminering enligt artikel 2.2 b i). Arbetsplatsen ska vara fokuserad på verksamhetens syfte och att skapa harmoniska arbetsvillkor för alla anställda. Hon menar därför att undantaget i artikel 2.5 kan anses tillåta åtgärder mot exempelvis omvändelsepropaganda.¹⁹⁵ Att bära religiösa symboler kan däremot inte ensamt vara en sådan propaganda enligt Sharpston.

9.7 Analys av alternativ tre

Att som företag använda alternativ tre som grund för ett förbud mot religiösa symboler är direkt olämpligt. Artikel 2.5 kan inte anses ha någon självständig betydelse i relation till ett sådant förbud. Dess vaga ordalydelse ska tolkas restriktivt. Att använda den som grund för ett förbud mot religiösa symboler blir också omöjligt om inte medlemsstaten föreskrivit det i sin nationella lagstiftning.

Ingen av generaladvokaterna ger den negativa religionsfriheten en sådan betydelse så att den kan anses utradera en individs positiva religionsfrihet genom manifestation av religiösa symboler. Den negativa religionsfriheten för kollegor och kunder kan ses påverka arbetstagarens rätt att manifesteras sin religion först när den är del av en aktiv omvändelsepropaganda. Att bära religiösa symboler kan dock inte i sig ses som en sådan propaganda.

¹⁹³ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 132.

¹⁹⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-188/15, p. 105.

¹⁹⁵ Ibid, p. 73.

10 Under vilka omständigheter kan ett privat företag förbjuda arbetstagare att bära religiösa symboler?

10.1 När företaget har en generellt applicerbar klädkod

Avgörandena från EU-domstolen innebär att arbetsgivare kan förbjuda arbetstagare att bära religiösa symboler när företaget eftersträvar religiös, politisk och filosofisk neutralitet i förhållande till sina kunder. Neutralitet innebär ett exkluderande av symboler som kan ses som manifestation av religion eller ett ställningstagande inom politik eller filosofi. De två avgörandena rörde anställda som bar muslimsk huvudduk, men ska tolkas gälla för samtliga synliga religiösa symboler.

EU-domstolen fann att ett bolags önskan om neutralitet i sin publika bild hänför sig till näringsfriheten.¹⁹⁶ Neutralitet ses som ett mål i sig och företaget behöver inte bevisa någon hypotetisk eller reell ekonomisk skada för att rättfärdiga målet. Det handlar alltså inte om en intern kultur som bolaget vill odla, utan endast den bild som uppvisas för kunder. Ett privat bolag innehar fortsatt privilegiet att välja hur det ska uppfattas i publika sammanhang. Generaladvokat Kokott jämför neutraliteten med att andra ”företag kan medvetet sträva efter att rekrytera en blandad och diversifierad arbetsstyrka och även göra denna förevisade mångfald till sin märkesimage”.¹⁹⁷ Neutralitet är vidare en mer befogad önskan än att kräva att en arbetstagare ska manifesteras en politisk, filosofisk eller religiös ståndpunkt som hon inte delar.

Denna form av neutralitet har nära samband med den franska modellen som förespråkar assimilering och sekularitet. Kritiker menar att förbudet i större utsträckning riktar in sig på muslimer och huvudduken.¹⁹⁸ Neutralitet tillskrivs de anställdas kläder och domstolen krävde inte att företaget skulle bevisa att en anställds religiösa symboler verkligen skulle inverka på företagets affärsintressen.

10.2 När de anställda har kundkontakt

Ett totalt förbud mot att bära religiösa kläder för alla anställda på privata arbetsplatser följer inte av avgörandena. Genom kravet på proportionalitet begränsas möjligheten för ett företag att

¹⁹⁶ Mål C-157/15 G4S Secure Solutions, p. 38.

¹⁹⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 76.

¹⁹⁸ Daley och Rubin. French Muslims Say Veil Bans Give Cover to Bias.

förbjuda sina arbetstagare att bära religiösa symboler till det strängt nödvändiga. Det innebär att förbudet endast kan omfatta arbetstagare som har kundkontakt.¹⁹⁹

Rekvisitet om kundkontakt kan tolkas innehålla flera begränsningar för en arbetsgivare som vill införa en neutralitetspolicy. En är att det endast omfattar arbetstagare som har visuell kontakt med kunder. Eftersom en klädkod inte påverkar någon annan aspekt av arbetstagaren än just den visuella så är det en rimlig begränsning.

Vem som ska anses vara en kund fastställs inte av domstolen. Det lämnar många obesvarade frågor för de nationella tillämparna.

11 Begränsningar i arbetsgivares möjlighet att införa förbud mot religiösa symboler

11.1 Kunds önskemål utgör inte ett yrkeskrav

Domstolen fastställde att arbetsgivarens vilja att ta hänsyn till en kunds särskilda önskemål är ett subjektivt övervägande.²⁰⁰ Ett företags önskan att följa kundernas önskemål ansågs därmed inte utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav. En kunds önskemål kan följaktligen inte ensamt läggas till grund för en uppsägning av arbetstagaren.

Denna begränsning är positiv med tanke på kravet på förutsebarhet inom unionsrätten. En kund som har skrivit kontrakt med företaget ska sedan inte godtyckligt kunna diktera de anställdas klädsel. Krav på religiös neutralitet blir istället en del av kravprofilen hos en kund. En kund som vill undvika religiösa symboler behöver påtala detta krav innan den köper tjänster eller ingår avtal med ett företag. Motsatsvis kan företag som har en mångfaldspolicy och tillåter sina anställda att bära religiösa symboler söka efter företag som har en inkluderande klädkod enligt den anglosaxiska modellen.

11.2 Omplaceringsskyldighet

När det gäller en intern klädkod bör företaget fastställa att det inte hade möjlighet att erbjuda arbetstagaren en annan tjänst som inte innebar visuell kontakt med företagets kunder. Det innebär att företag har en omplaceringsskyldighet när den tillämpar klädkoden. Såsom

¹⁹⁹ Mål C-157/15 G4S Secure Solutions, p. 42.

²⁰⁰ Mål C-188/15 Bougnaoui, p. 34 och 40.

Europadomstolen framhöll i *Eweida* så är skydd mot diskriminering i arbetslivet viktigt och möjligheten att byta jobb inte ska ses som ett motargument utan istället vägas in i proportionalitetsbedömningen.²⁰¹

Det är oklart hur omfattande denna omplaceringskyldighet är. I relation till diskrimineringsgrunden funktionshinder finns ett krav på rimliga anpassningsåtgärder.²⁰² Enligt det kravet är en rimlig åtgärd något som inte medför en oproportionerlig börda på arbetsgivaren.²⁰³ Det är ovisst om denna omfattning ska gälla analogt på omplaceringskyldigheten vid åtgärder som innebär diskriminering på grund av religion.

12 Analys

12.1 Skyddet för manifestation av religion hos arbetsgivare

12.1.1 Är det i linje med Europadomstolens skydd?

Personer verksamma i EU:s medlemsstater är under både EU-domstolens och Europadomstolens jurisdiktion. Det är därför av intresse för arbetsgivare och arbetstagare att de två europeiska domstolarnas praxis rörande förbud mot religiösa symboler är liktydig. EU-domstolen är medveten om detta och refererade till Europadomstolens praxis i sina domskäl. Vid en första anblick kan det verka underligt då Europadomstolen kom fram till att arbetstagaren *inte* kunde förbjudas bära sin religiösa symbol i form av ett kristet kors. Trots detta refererar EU-domstolen till avgörandet som att det stöttar dess tolkning om att en arbetsgivare *kan* ha ett förbud mot religiösa symboler.

Förutsättningarna i målen var olika. Exempelvis handlade det vid EU-domstolens mål om ett totalt förbud. Vid Europadomstolen var förbudet istället mer praktiskt motiverat av storleken på de religiösa symbolerna. Skillnaden i domstolarnas bedömning bestod dock främst i näringsfrihetens legala ställning hos domstolarna.

Europadomstolen framhåller att en arbetsgivares önskan att uppvisa en viss företagsbild är legitim. I samma paragraf gör den dock bedömningen att de nationella domstolarna hade gett detta mål för mycket tyngd.²⁰⁴ I motsats till Europadomstolen behöver EU-domstolen ta hänsyn till företagares näringsfrihet som en grundläggande rättighet. I *Eweida* konstaterar

²⁰¹ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 83.

²⁰² Art. 5 i direktivet.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 94.

Europadomstolen att det inte varit något intrång i någon annans intressen.²⁰⁵ Det resonemanget kan följaktligen inte överföras på EU-domstolen när stadgan är primärrätt och erkänner näringsfrihet.

Bedömningen av åtgärdens proportionalitet är central hos de båda domstolarna. Europadomstolen har en djupare diskussion om hur kravet på religiös neutralitet påverkar den enskilda arbetstagaren. Hennes önskan att manifesteras sin religion är styrande och det läggs ingen vikt vid att arbetstagaren blivit erbjuden omplacering. EU-domstolen däremot utvecklar inte alls om vad det innebär för den enskilda att förlora sitt jobb eller varför ett företags neutralitet mot kunder anses viktigare. Det är just i mötet med främlingar som religiösa symboler ofta har ett essentiellt värde för bäraren. Överlag saknas den juridiska argumentationen om varför en neutral företagsbild som ett företag själv har infört kan erkännas en högre ställning än rätten att manifesteras sin religion.

EU-domstolen kan i vissa avseenden ses som mer konsekvent då den exempelvis inte lägger tonvikt på storleken av en religiös symbol. Alla religiösa symboler behandlas lika. Europadomstolen däremot vägrade in att korset var diskret och inte kunde ha distraherat hennes professionella utseende.²⁰⁶

Även om näringsfrihetens ställning uppenbart skiljer sig åt i jurisdiktionerna tar inte EU-domstolen tillfället i sin prövning att utveckla skillnaden. EU-domstolen bedömer inte endast att arbetsgivares önskan att uppvisa en viss neutral företagsbild som legitim, utan anför att den tillåter att det görs vissa ingrepp i religionsfriheten. Näringsfriheten är inte absolut och Europadomstolens tolkning ger för handen att den i vart fall är en svag rättighet.

För att kunna tolka de två domstolarnas avgöranden som liktydiga krävs att man gör det hypotetiska antagandet att Europadomstolen skulle ge företagsbilden större betydelse om näringsfrihet var en erkänd rättighet i Europakonventionen. Om man däremot tolkar Europadomstolens yttrande som ett tecken på att en företagsbild, oavsett legal ställning, inte kan motivera ingrepp på arbetstagarens religionsfrihet blir slutsatsen att Europakonventionen erkänner ett större skydd för arbetstagarens rätt att manifesteras sin religion. Det innebär i så fall

²⁰⁵ Eweida m fl. mot Förenade kungariket, p. 95.

²⁰⁶ Ibid, p. 94.

att EU-domstolen inte säkerställer stadgans minimiskydd för religionsfrihet som ska korrelera med Europakonventionens rättighetsskydd.

12.1.2 Forum externum – ett val med mindre värde?

Trots möjligheten att erkänna ett mer långtgående skydd för religionsfriheten i stadgan så vidhåller EU-domstolen uppdelningen mellan forum internum och forum externum. Denna uppdelning gör det därmed möjligt för domstolen att tillåta inskränkning på rätten att manifesteras sin religion. Manifestation av religion ses även i relation till unionsrättens diskrimineringslagstiftning som ett val gjort av individen som kan inskränkas.

Generaladvokat Kokott anför varför manifestation av religion inte har samma ställning som de andra skyddade grunderna i direktivet. Resonemanget bygger på att religiösa symboler går att ”hänga av sig” till skillnad från exempelvis ålder eller kön. Hon menar att till skillnad från de uppräknade diskrimineringsgrunderna, så kan den anställda påverka sin religionsutövning.²⁰⁷

Enligt direktivet ska EU främja en arbetsmarknad som är gynnsam för social integration.²⁰⁸ Visserligen har generaladvokat Kokott rätt i att man kan vara muslim utan att ha på sig huvudduk. Men argumentet att bara för att den går att ta av, så bör det göras, har sina brister. För en troende är religiösa symboler viktiga i mötet med andra, att endast göra det på fritiden måste anses förta dess andemening.

I EU-domstolens avgörande återfinns inte samma argumentation. I avgörandet kan dock antydningar uttolkas att religionsutövandet erkänns ha en annan, lägre ställning än de andra diskrimineringsgrunderna. Två anmärkningar ifrågasätter denna syn.

Den första är om det går att hävda att religion endast är ett personligt val som går att påverka.²⁰⁹ Visserligen omfattar religionsfriheten en frihet att välja religion men att förutsätta att varje individ tar ett självständigt och genomtänkt beslut gällande sin tro är att bortse från verkligheten. Det demonstrerar en väldigt individualistisk syn på någons tro och ignorerar den gemensamma och kulturella förståelsen av religiös identitet. En hög andel anhängare stannar inom den religiösa gruppen de föddes in till, vilket innebär att mobiliteten mellan religiösa

²⁰⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-157/15, p. 116.

²⁰⁸ Skäl 8 i direktivet.

²⁰⁹ Vickers. Religious discrimination in the workplace: an emerging hierarchy?, s. 302.

grupper är liten.²¹⁰ Religion torde betraktas som en del av individens fundamentala grund som ska åtnjuta långtgående skydd från det juridiska systemet.

Den andra anmärkningen är om forum externum och manifestation av religion ses som val kan även andra diskrimineringsgrunder komma att omfattas i argumentationen. En graviditet skulle kunna ses som ett val och därmed en manifestation av att vara en kvinna. Skäl skulle även kunna framföras för att kön är valbart då det går att göra könsbyten och, även om svensk lagstiftning skyddar transpersoner mot diskriminering, gör resonemanget lättare för motaktivister att diskreditera människors fundamentala val.

12.2 När neutralitet blir ett mål i sig självt

12.2.1 En mjuk version av den franska modellen

Näringsfrihet skyddar rätten att organisera arbetet såsom företaget tror kommer att maximera vinsten. Den kan dock begränsas genom exempelvis arbetsmiljölagar, produktsäkerhetskrav och uppsägningsskydd. Avgörandena innebär att EU-domstolen finner att den publika bilden ett företag vill ge av sin verksamhet inbegrips i den grundläggande rättigheten näringsfrihet. Den publika bilden omfattar då även företagets önskan om religiös, filosofisk och politisk neutralitet.

Domstolen beskriver inte varför neutralitet är ett berättigat mål i sig. Generaladvokat Kokott drar paralleller till företag som använder mångfald som en del av sin märkesimage och menar att religiös, politisk och filosofisk neutralitet är jämställt den strategin.

Exkluderande neutralitet är en del av det sekulära samhälle som den franska modellen förespråkar. Svårigheten är att alla människor har en relation till religion vare sig man är ateist, agnostiker eller troende. Kritik kan riktas mot en exkluderande tolkning av neutralitet eftersom den främjar en offentlig miljö som korrelerar med en ateists världsbild, medan den religiösa individen hämmas. Eftersom en sekulär världsbild också är ett ställningstagande kan den inte anses neutral i sig själv.²¹¹

²¹⁰ Vickers. Religious discrimination in the workplace: an emerging hierarchy?, s. 302.

²¹¹ Halldorf. Orimligt att förbjuda religiösa symboler på arbetsplatser.

EU-domstolen bekräftar att den franska modellen med en exkluderande neutralitet är ett berättigat mål. Den går dock inte så långt till att tillåta ett förbud som är tillämpligt på hela arbetsplatsen.

En arbetsgivare som inte vill inbegripas i samhälleliga diskussioner gällande politik, religion eller filosofi har tack vare avgörandena en möjlighet att stänga ute dessa symboler i mötet med kunder. Samtidigt ska skyddet mot diskriminering på grund av religion upprätthållas i den del av verksamheten som *inte* har kundkontakt. Hur den religiösa acceptansen ska bevaras när företagsledningen har gjort ett ställningstagande mot religiösa symboler är problematiskt. Uppdelningen kan kännas konstgjord och förhindrar rörlighet inom företaget för personer som har religiösa symboler.

Vilka publika företagsbilder kan ett företag sträva efter under skydd av näringsfriheten? Det krav som uppställs är att det är ett legitimt mål. Det saknas nyanser i generaladvokat Kokotts resonemang om när en publik bild ska anses vara legitim. Skyddet mot diskriminering är till för arbetstagare som utsätts för strukturellt förtryck på grund av sin gruppstillhörighet. Kokott misslyckas med att belysa att det finns en gråskala som skiljer ett företag som endast vill hålla sig neutralt, från ett som vill propagera förakt för mänskliga värden. Hon förenklar detta förtryck till när arbetsgivare vill ha en publik bild som uttrycker öppet förakt. Vid detta öppet visade förakt ska arbetstagarens rätt att bära religiösa symboler skyddas. Att identifiera företags bakomliggande syfte med sina åtgärder kan vara svårt. Diskrimineringskyddet måste därför även kunna skydda anställda mot de dolda fördomar som finns mot den grupp de tillhör. Numera kan företag som befinner sig i den moraliskt tveksamma gråskalan skydda sig från anklagelser om fördomar mot religiösa grupper genom att införa en neutralitetspolicy. Istället för att tackla den obekväma stämningen blir neutralitet en schablonslösning för alla företag som inte öppet visar förakt för olika religioner.

Till skillnad från verkligt och avgörande yrkeskrav krävs inte att medlemsstaterna måste föreskriva att berättigad indirekt diskriminering i artikel 2.2 b i) ska kunna användas. Det är alltså fritt för företag att föreskriva krav om neutralitet utifrån detta. Avgörandena skiljer inte på en klädkod som endast vill uppnå religiös neutralitet, från en som även inkluderar filosofisk och politisk neutralitet. Domstolen diskuterar inte heller om det finns någon skillnad mellan strävan att vilja uppnå politisk, filosofisk eller religiös neutralitet. Denna brist på diskussion innebär att ett företag måste föreskriva neutralitet i alla dessa aspekter för att försäkra sig om

att neutralitetspolicyn godtas i en domstol. Frågan är om viljan att vara neutral skulle vara berättigad om det endast gällde religiös neutralitet. Skulle ett företag kunna vara politiskt aktivt genom att exempelvis samla in pengar till Rosa Bandet eller ha en policy om att inte använda djur i sin produktion, samtidigt som det upprätthåller en religiös neutralitet mot sina kunder?

Det är anmärkningsvärt att domstolen inte nämner de nationalistiska och främlingsfientliga krafter som just nu vinner mark i Europa. Religion och etnicitet [även kallad ras i vissa lagtexter] har ofta nära kopplingar.²¹² Efter avgörandena skulle en protest mot religiösa symboler kunna bli ett sätt att paketera främlingsfientliga åsikter i en mer accepterad form.

12.2.2 Objektiv policy, subjektivt kundkrav

Domstolen har funnit att när en arbetsgivare inför ett förbud mot att bära religiösa symboler som ett led i att följa krav en kund har uppställt kan det inte kvalificeras som ett verkligt och avgörande yrkeskrav. Bedömningen grundas i att ett verkligt och avgörande yrkeskrav inte kan omfatta subjektiva överväganden. Ett subjektivt övervägande inkluderar en arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds uttryckta önskemål.

Domstolen behandlar inte rekvisitet ”objektivt dikterats” i samband med tolkningen av berättigad indirekt diskriminering. Det är oklart vad denna objektivitet består utav. Domstolen fann dock att en klädkod är ett undantag från olaga diskriminering om företaget uppställt den utan hänvisning till en kunds uttryckta önskemål.

För en arbetsgivare som har fastställt en genomtänkt, neutral klädkod är detta goda nyheter. Frågan är om det går att identifiera och avskilja den subjektiva vilja att följa kundens krav med den enkelhet som domstolen får det att framstå. Direktivet finns till för att skydda arbetstagare från diskriminering på grund av deras tillhörighet i skyddsvärda grupper. Domstolen diskuterar trots detta inte relationen mellan objektiv policy och subjektivt kundkrav. Juridik visar sig här vara ett trubbigt instrument när fördomar ska förhindras påverka behandlingen av religiösa symboler.

En majoritet av, om inte alla, privata företagare har ett vinstintresse. Det innebär att de har ett centralt intresse av att behålla sina kunder. För att göra det behöver de så långt som möjligt ta

²¹² Engholm. Sverige får kritik för att inte använda ”ras” i diskrimineringslagen.

hänsyn till kundernas olika önskemål och påstötningar. Under den nuvarande tolkningen av diskrimineringskyddet skulle en kunds negativa åsikter om olika religiösa grupper och en önskan om att inte se dem, kunna ”kläs om” i en av företaget dikterad neutral klädkod. Kundens fördomar får då fortfarande samma påverkan på den enskilda arbetstagaren, enda skillnaden är att den figurerar i en av EU-domstolen godkänd form.

De två avgörandena ger därmed för handen att så länge som neutralitet kommer inifrån företaget, även om den indirekt går att härleda till kunders önskemål, så går den inte att angripa rättsligt. Direktivets skydd för arbetstagare som bär religiösa symboler blir i och med det nästintill obefintligt gentemot kunder som har fördomar. Arbetstagare som vill manifesteras sin religion lämnas åt godtyckligheten av sin arbetsgivare. Ett företags önskan om att vara neutral kan helt enkelt ändras med hänsyn till vilken affärsledning det är eller politiska strömningar i samhället. Individer vilka ser manifestation av religion som en del av sin identitet tvingas göra yrkesval baserade på dessa oförutsägbara trender.

Att endast följa kunders önskemål innebär en risk i enlighet med vad som diskuterats av generaladvokat Sharpston. Argumentet att ett företag ”måste” göra något annars riskerar de att förlora kunder är försåtligt och kan skapa en snöbollseffekt av hypotetiska måsten. Det moraliska ansvaret för vilka policys som införs ligger dock i slutändan på arbetsgivaren som har ett intresse av att behålla kompetenta och arbetsföra individer hos sig.

12.3 Kundkontakt – det nya glastaket?

12.3.1 Det centrala rekvisitet vid förbud mot religiösa symboler

För att förbudet mot religiösa symboler ska begränsas till vad som är strängt nödvändigt uppställer domstolen villkoret att endast anställda som har kundkontakt kan omfattas. Kundkontakt är alltså det centrala rekvisitet för att en arbetsgivare ska kunna förbjuda en individ att bära religiösa symboler.

I dagens service- och tjänstesamhälle är just kundkontakt något som allt fler jobb kräver. Förutom att ange att kundkontakt handlar om visuell kontakt med kunden utvecklar inte domstolen rekvisitet. Obesvarade frågor är exempelvis vem som är en kund och hur kundkontakten ska fastställas. Skyddet mot diskriminering omfattar även rekryteringsprocessen och frågan hur kundkontakt ska definieras blir där central. Måste kundkontakt vara en del av

tjänstens arbetsbeskrivning eller ska arbetsgivaren i rekryteringen kunna peka på specifika arbetsuppgifter som kräver kundkontakt, i syfte att motverka en fingerad arbetsbeskrivning?

Vilka som kvalificerar som företagets kunder är en viktig bestämning. En vid tolkning skulle kunna innebära att alla personer som företaget på något sätt kommer i kontakt med skulle kunna ses som potentiella kunder och därmed omfattas av begreppet. Arbetsmarknadsmässor där personal ska representera företaget skulle omfattas då det är kontrollen av företagsimagen som domstolen funnit avgörande. En ytterligare fråga är om personal som hyrs ut till andra företag måste vara neutrala i förhållande till den personal som arbetar på det tjänsteköpande företaget. Visserligen skulle förbudet då vara inom den interna kulturen, men fortfarande främst gälla i förhållande till en kund.

En debattör menar att EU-domstolens krav att företaget ska försöka omplacera den anställda till en position utan någon kundkontakt visar på domstolens bristande verklighetsuppfattning.²¹³ Hon menar att ingen annan diskrimineringsgrund skulle kunna bli föremål för ett rättfärdigande som bygger på att gömma individen. Vad domstolen anser som strängt nödvändigt riskerar att utesluta den kvinnliga delen av den växande muslimska befolkningen från att kunna göra karriär som jurister, professorer eller ingenjörer.

Direktivet syftar till att hindra diskriminering i hela arbetslivet. Rekvisitet kundkontakt kommer emellertid i ljuset av domstolens tolkning effektivt hindra arbetstagare som bär religiösa symboler från att nå högre befattningar inom företag. Detta glastak åskådliggörs genom att högre chefers, även mellanchefer, arbetsuppgifter består av att representera företaget utåt vid exempelvis branschmässor och föreläsningar. Eftersom denna representation är något som görs för att träffa potentiella eller befintliga kunder utesluts de arbetstagare som bär religiösa symboler från sammanhanget. Kundkontakten gör att arbetstagare som bär religiösa symboler inte kan rekryteras eller befordras till dessa tjänster.

Att sätta upp detta hinder mot att nå högre befattningar innebär också att arbetstagare som bär religiösa symboler utesluts från positioner där de kan vara med och påverka vilken företagsbild som ska eftersträvas. De arbetstagare som når maktpositionerna inom företaget kommer inte att bära religiösa symboler och har därmed kanske inte något intresse eller erfarenhet av frågan.

²¹³ Ouald-Chaib. European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it.

Mångfalden som fortfarande finns inom företaget för de arbetstagare som inte har kundkontakt får inte en plats vid bordet och risken är att de inte kommer bli representerade av cheferna. Detta glastak vad gäller kundkontakt stoppar alltså kompetenta individer från att bli befordrade, men även en utveckling av företagets policy och märkesimage.

Genom begränsningen av neutralitet till kundkontakt kan domstolen anses legitimera att åsynen av religiösa symboler anses stötande för vissa. Dessa fördomar hos betraktaren ges sedan företräde i syfte att företaget ska undvika konfrontationer. Återigen saknas argument från domstolen till varför neutralitet är så viktigt i kundrelationer. Att ge neutralitet en högre status än den mänskliga rättigheten att manifesteras sin religion kan anses innebära att fördomarna erkänns ett högre skyddsvärde än religionsfriheten. Detta blir ett accepterande av att det finns religiösa konflikter, utan att erbjuda skydd för den enskilda religionsutövaren.

Generaladvokat Sharpston la i sitt förslag fram ett huvudduk- och turbanvänligt alternativ influerad av den anglosaxiska modellen. Istället för att förbjuda alla religiösa symboler anser hon att endast klädesplagg som täcker ögon och ansikte ska kunna förbjudas. Kundkontakt blir då ett rekvisit som inte omfattar hela arbetstagarens framställning utan endast garanterar ansikts- och ögonkontakt med kunder. Visserligen utesluts fortfarande vissa religiösa symboler men hennes tolkning garanterar att skyddet mot diskriminering på grund av religion upprätthålls för en betydligt större del av Europas befolkning.

Utifrån ett affärsmässigt perspektiv är frågan varför företag ska låta kunder som eventuellt blir stötta av religiösa symboler, få företräde framför kunder som delar religionen och därmed blir stärkta av representation.

12.3.2 En cementerad modell för hela EU?

Direktivet finns för att upprätthålla en rättvis balans mellan arbetstagarens och arbetsgivarens intressen på arbetsplatsen. I och med EU-domstolens avgöranden är neutralitet i kundkontakt likställt med det exkluderande av religiösa symboler som den franska modellen förespråkar. Frågan är om domstolens tolkning av näringsfrihetens omfattning gör exkluderandet av religiösa symboler till en cementerad modell för hela EU?

Direktivet stipulerar att dess skydd endast är en miniminivå och tillåter medlemsstaterna att införa ett mer omfattande diskrimineringskydd. Diskriminering är ekonomiskt ofördelaktigt

för samhället i stort och vetenskapen om Europas åldrande arbetskraft skulle kunna motivera medlemsländer att vilja begränsa möjligheterna för uteslutandet av arbetstagare. Samtidigt är ett direktivs syfte att integrera marknaden och får inte inverka på de grundläggande rättigheterna. Kommer den kontroll av företagsbilden som domstolen ansåg omfattas av näringsfriheten i framtiden begränsa medlemsstaternas möjlighet att skapa ett mer utvecklat diskrimineringskydd för arbetstagaren? Kan medlemsländerna ens stärka sitt nationella diskrimineringskydd utan att det innebär en otillåten begränsning av näringsfriheten?

Näringsfrihetens utveckling ligger ensamt inom EU-domstolens befogenhet. Med vilken tolerans religiösa symboler ska behandlas ligger dock i händerna på de många aktörer som påverkar samhällets utveckling och skapar förändring i attityd. Företag som inte tjänar på att exkludera religiösa symboler kommer inte heller att göra det.

13 Avgöranden och framtida inflytande

Tidigare fanns ingen sammanhållen unionsrättslig praxis gällande förbud mot religiösa symboler på privata arbetsplatser. Eftersom de två avgöranden som undersökts är de första från EU-domstolen gällande skydd mot diskriminering på grund av religion kommer dess betydelse hos privata företag vara stor.

En klädkod är inte obligatorisk och det är ovisst om fler företag kommer införa en på grund av avgörandena. Den faktiska verkan för arbetstagare kommer förmodligen skilja sig mellan medlemsländerna och vilka politiska strömningar som där rör sig. I och med avgörandena kan dock företag som bedriver verksamhet i flera av EU:s medlemsländer fastställa en gemensam klädkod för samtliga dess anställda utan legala risker.

EU-domstolen fick ta ställning till två svåra frågor. Domstolen satte upp tydliga gränser i vad som är nödvändigt och proportionerligt vid ett förbud. Däremot saknas andra viktiga sidor av bedömningen i avgörandena. Domstolens tystnad i diskussionen om den anställdas rättigheter och inskränkningar resulterar i en ytlig och grundlös tillämpning av diskrimineringslagstiftningen. Om detta beror på att domarna inte kunde enas om en uppfattning eller om domstolen medvetet ville hålla avgörandet kort och koncist kommer vi aldrig få veta.

Religion kommer med all sannolikhet fortsätta influera européers liv. Istället för ett devalvera alla diskrimineringsgrunder i direktivet så valde domstolen att fortsätta bygga på det koncept av forum internum och externum som Europadomstolen tidigare har utvecklat. Den individualistiska hållning till religion som domstolen åskådliggör gynnar indirekt Europas majoritetsreligion kristendomen. Organisationer som företräder människor som bär religiösa symboler på arbetsplatsen känner sig svikna av EU-domstolens avgöranden.²¹⁴ De anser att undantaget med berättigad indirekt diskriminering skapar en bakdörr för rasism. Frågan är om de sökande i målen skulle fått stöttning av sina nationella ledare, såsom Eweida fick, om det istället skulle ha rört bärandet av ett kristet kors.

Förslag för vidare vetenskapliga studier är att undersöka offentlig verksamhet och särskilt om det går att ställa krav på en inkluderande klädkod för företag i offentlig upphandling. Även en komparativ studie mellan hur domstolar i olika medlemsländer tolkar avgörandena skulle vara intressant.

Unionsrättens utveckling kommer inte att avstanna och dess inflytande på arbetsplatsen kommer fortsätta vara stort. Det är en plats där en individ spenderar en stor del av sitt liv. Vilka begränsningar som arbetsgivaren kan göra i individens uttryck måste fortsättas debatteras och undersökas grundligt. För ett jobb är endast ett jobb och, såsom generaladvokat Sharpston uttrycker det, innebär ett anställningsavtal inte att en arbetsgivare köper den anställdas själ, hon köper endast vederbörandes tid.

²¹⁴ Macdonald. EU headscarf ban ruling sparks faith group backlash.

14 Källförteckning

14.1 EU:s rättsakter

Fördraget om Europeiska unionen.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

14.2 Konventioner

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

14.3 EU-domstolens avgöranden

Mål C-188/15 Asma Bougnaoui och Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA, EU:C:2017:204.

Mål C-157/15 Samira Achbita och Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV, EU:C:2017:203.

Mål C-426/11 Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd, EU:C:2013:52.

De förenade målen C-71/11 och C-99/11 Bundesrepublik Deutschland mot Y och Z, EU:C:2012:518.

Mål C-544/10 Deutsches Weintor eG mot Land Rheinland-Pfalz, EU:C:2012:526.

Mål C-447/09 Reinhard Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG, EU:C:2011:573.

Mål C-144/04 Werner Mangold mot Rüdiger Helm, EU:C:2005:709.

Mål C-196/87 Steymann mot Staatssecretaris van Justitie, EU:C:1988:475.

Mål C-283/81 CILFIT mot Ministero della Sanità, EU:C:1982:335.

De förenade målen C-117/76 och C-16/77 Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. mot Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, EU:C:1977:160.

Mål C-4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung mot Europeiska kommissionen, EU:C:1974:51.

Mål C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en & Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen, EU:C:1963:1.

14.4 Europadomstolens avgöranden

Eweida m fl. mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

Arrowsmith mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1977:0516DEC000705075.

14.5 Förslag till avgöranden

Mål C-188/15 Asma Bougnaoui och Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA, generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande, EU:C:2016:553.

Mål C-157/15 Samira Achbita och Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV, generaladvokat Kokotts förslag till avgörande, EU:C:2016:382.

14.6 Litteratur

Bell, Mark, The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?, MJ 6 1999, s. 5-23.

Bernitz, Ulf, och Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Bernitz, Ulf (red.) et al, General Principles of EU Law and European Private Law, andra upplagan, Wolters Kluwer Law, Nederländerna, 2013.

Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, EU law: texts, cases and materials, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Ellis, Evelyn och Watson, Philippa, EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Gill-Pedro, Eduardo, EU Fundamental Rights and National Democracies, Jure, Diss. Lunds Universitet 2016.

Haverkort-Speekenbrink, Sarah, European Non-discrimination Law, Intersentia, Cambridge, 2012.

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, upplaga 2:2, Nordstedts Juridik Stockholm, 2011.

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, upplaga 1:4, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lebeck, Carl, EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, upplaga 2, Studentlitteratur, Lund, 2013.

- Peers, Steve (red.) et al, The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, Hart Publishing, Oxford, 2014.
- Rainey, Bernadette et al, The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Vickers, Lucy, Religious discrimination in the workplace: an emerging hierarchy?, Ecclesiastical Law Society 2010, s. 280-303.
- Vickers, Lucy, Religious Freedom: Expressing Religion, Attire, and Public Spaces, 22 J.L. & Pol'y 2014, s. 591-612.
- Wintemute, Robert, Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve Others, Mod. L. Rev. 77 2014, s. 223–253.

14.7 Rapporter och övrigt

- Butt, Riazat, Previous cases: Religious symbols at school or work, The Guardian, publicerad 29 juli 2008, <https://www.theguardian.com/education/2008/jul/29/schools.religion1> (Hämtad 9 januari 2018).
- Crabtree, Steve, Religiosity Highest in World's Poorest Nations, Gallup, publicerad 31 augusti 2010, <http://news.gallup.com/poll/142727/religiosity-highest-world-poorest-nations.aspx> (Hämtad 9 januari 2018).
- Chrisafis, Angelique, France's headscarf war: 'It's an attack on freedom', The Guardian, publicerad 22 juli 2013, <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/22/frances-headscarf-war-attack-on-freedom> (Hämtad 11 januari 2018).
- Daley och Rubin, French Muslims Say Veil Bans Give Cover to Bias, The New York Times, publicerad 26 maj 2015, <https://www.nytimes.com/2015/05/27/world/europe/muslim-frenchwomen-struggle-with-discrimination-as-bans-on-veils-expand.html> (Hämtad 4 februari 2018).
- Drzeniek-Hanouz, Margareta, Why discrimination is bad for business, World Economic Forum, publicerad 6 mars 2015, <https://www.weforum.org/agenda/2015/03/why-discrimination-hurts-competitiveness/> (Hämtad 5 februari 2018).
- Engholm, Anna, Sverige får kritik för att inte använda ”ras” i diskrimineringslagen, SVT Nyheter, publicerad 29 november 2017, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/sverige-far-kritik-for-att-inte-anvanda-ras-i-diskrimineringslagen> (Hämtad 15 februari 2018).

Europeiska Kommissionen, Discrimination in the EU 2015, publicerad oktober 2015, https://ec.europa.eu/commission/index_en (Hämtad 12 januari 2018).

Europeiska Kommissionen, Discrimination in the EU in 2012, publicerad november 2012, https://ec.europa.eu/commission/index_en (Hämtad 5 februari 2018).

Europeiska Kommissionen, Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law, publicerad november 2006, https://ec.europa.eu/commission/index_en (Hämtad 11 januari 2018).

Europeiska unionens publikationsbyrå, *Nationellt införlivande*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/NIM/?uri=CELEX:32000L0078> (Hämtad 14 februari 2018).

FRA Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right, publicerad augusti 2015, <http://fra.europa.eu/en> (Hämtad 11 januari 2018)

FRA Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, Judars erfarenheter av diskriminering och hatbrott i EU:s medlemsstater, publicerad 2013, <http://fra.europa.eu/en> (Hämtad 9 januari 2018).

Halldorf, Joel, Orimligt att förbjuda religiösa symboler på arbetsplatser, Dagen, publicerad 29 mars 2017, <http://www.dagen.se/ledare/joel-halldorf-orimligt-att-forbjuda-religiosa-symboler-pa-arbetsplatser-1.944738> (Hämtad 5 februari 2018).

Lipka, Michael, Europe's Muslim population will continue to grow – but how much depends on migration, Pew Research Center, publicerad 4 december 2017 <http://www.pewresearch.org/> (Hämtad 9 januari 2018)

Macdonald, Alastair, EU headscarf ban ruling sparks faith group backlash, Reuters, publicerad 17 mars 2017 <https://www.reuters.com/article/eu-court-headscarf/eu-headscarf-ban-ruling-sparks-faith-group-backlash-idUSKBN16L0V9> (Hämtad 16 februari 2018).

Oltermann, Philip, Austria to ban full-face veil in public, The Guardian, publicerad 31 januari 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jan/31/austria-to-ban-full-face-veil-burqa-niqab-in-public> (Hämtad 11 januari 2018).

Ouald-Chaib, Saila, European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it, Strasbourg observers, publicerad 27 mars 2017, <https://strasbourgobservers.com/> (Hämtad 16 januari 2018).

Prince, Rose, David Cameron: I will change the law to allow crosses at work, The Telegraph, publicerad 11 juli 2012,

<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/pmqs/9392150/David-Cameron-I-will-change-the-law-to-allow-crosses-at-work.html> (Hämtad 12 januari 2018).

Formalia

Jag, Evelina Karlsson, registrerades på kursen första gången HT17. Jag har inte omregistrerats och inte heller deltagit i något tidigare examinationstillfälle.