

# Anonymiseret version

Oversættelse

C-804/18 - 1

## Sag C-804/18

### Anmodning om præjudiciel afgørelse

**Dato for indlevering:**

20. december 2018

**Forelæggende ret:**

Arbeitsgericht Hamburg (Tyskland)

**Afgørelse af:**

21. november 2018

**Sagsøger:**

IX

**Sagsøgt:**

WABE e. V.

---

Arbeitsgericht Hamburg

**Kendelse**

[Udelades]

I sagen

[Udelades]

**IX**

[udelades]

– sagsøger –

[udelades]

**mod**

**WABE e. V.**

[udelades]

– sagsøgt –

[udelades]

**[Org. s. 2]**

afsiger Arbeitsgericht Hamburg (arbejdsretten i Hamborg, Tyskland), 8. afdeling, efter retsmødet den 21. november 2018 følgende kendelse

[Udelades]

I. Den Europæiske Unions Domstol forelægges i henhold til artikel 267 TEUF følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

1. Udgør en ensidig instruks fra en arbejdsgiver om forbud mod at bære nogen form for synlige symboler på politiske, ideologiske eller religiøse overbevisninger, en direkte forskelsbehandling på grund af religion som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv af ansatte, der som følge af religiøse krav om tildækning følger bestemte beklædningsregler?

2. Udgør en ensidig instruks fra en arbejdsgiver om forbud mod at bære nogen form for synlige symboler på politiske, ideologiske eller religiøse overbevisninger, en indirekte forskelsbehandling på grund af religion og/eller på grund af køn som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF af en kvindelig ansat, der på grund af sin muslimske tro bærer et hovedtørklæde?

Navnlig ønskes følgende oplyst:

a) Kan en forskelsbehandling på grund af religion og/eller på grund af køn i henhold til direktiv 2000/78/EF også begrundes med arbejdsgiverens subjektive ønske om at føre en politik, hvor der lægges vægt på politisk, ideologisk og religiøs neutralitet, når arbejdsgiveren dermed ønsker at imødekomme sine kunders subjektive ønsker? **[Org. s. 3]**

b) Er direktiv 2000/78/EF og/eller den grundlæggende ret til at oprette og drive egen virksomhed i henhold til artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder henset til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/78/EF til hinder for en national lovgivning, hvorefter et forbud mod religiøs beklædning med henblik på at beskytte religionsfriheden som grundlæggende ret ikke kan

begrundes med en rent abstrakt mulighed for, at arbejdsgiverens neutralitet bringes i fare, men kun med en tilstrækkeligt konkret risiko, navnlig en konkret risiko for en økonomisk ulempe for arbejdsgiveren eller for en berørt tredjepart?

II. Sagen udsættes.

[Udelades] [Underskrifter]

[Org. s. 4]

### Præmisser

I den foreliggende sag er fortolkningen af artikel 2 og artikel 4 i Rådets direktiv 78/2000/EF af 27. november 2000 samt artikel 16 i chartret om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) relevant for afgørelsen og omtvistet mellem parterne, hvorfor sagen forelægges Den Europæiske Unions Domstol med henblik på en præjudiciel afgørelse. Sagen udsættes tilsvarende, indtil Domstolen har truffet afgørelse om anmodningen om præjudiciel afgørelse.

A. Hovedsagens genstand

Parterne er uenige om en advarsel.

Sagsøgte driver en lang række daginstitutioner med over 600 ansatte, hvor ca. 3 500 børn passes. Sagsøgte er partineutral og konfessionsløs.

På sagsøgtes internetside anføres følgende om emnet diversitet og tillid:

*»Hvad enten det drejer sig om køn, oprindelse, kultur, religion eller særlige behov, er det vores overbevisning, at mangfoldighed er en berigelse. Gennem åbenhed og nysgerrighed lærer vi at forstå hinanden og respektere forskelligheder. Da alle børn og forældre er velkomne hos os, skaber vi en atmosfære, hvor der udvikles tryghed, tilknytning og tillid – grundlaget for en sund individuel udvikling og en fredelig social sameksistens.«*

I sit daglige arbejde følger sagsøgte Hamburger Bildungsempfehlungen für die Bildung und Erziehung von Kindern in Tageseinrichtungen (anbefalinger vedrørende pasning og undervisning af børn i daginstitutioner, herefter »Hamburger Bildungsempfehlungen«), som Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration (myndighed for arbejde, sociale anliggender, familie og integration) offentliggjorde i marts 2012 [udelades].

Heri hedder det bl.a.:

*»Alle daginstitutioner har til opgave at behandle principielle etiske spørgsmål samt religiøse og andre ideologier som en del af den verden, vi lever i, og gøre dem forståelige. Daginstitutioner giver derfor plads til, at børn beskæftiger sig med spørgsmålene om meningen med glæde og lidelse,*

*sundhed og sygdom, retfærdighed og uretfærdighed, skyld og svigt, fred og stridigheder og med [org. s. 5] spørgsmålet om Gud. De støtter børnene i at bidrage med følelser og holdninger vedrørende disse spørgsmål. Muligheden for en nysgerrig, udforskende undersøgelse af disse spørgsmål indebærer, at man beskæftiger sig med indhold og traditioner inden for de religiøse og kulturelle retninger, der er repræsenteret i børnegruppen. Derigennem udvikles agtelse og respekt for andre religioner, kulturer og ideologier. Denne undersøgelse styrker barnets selvforståelse og oplevelse af et fungerende samfund. Dertil hører også at lade børnene opleve fester med rod i religion i årets løb og at lade dem deltage aktivt i udformningen af disse. I mødet med andre religioner oplever børn forskellige former for fordybelse, tro og spiritualitet.«*

Sagsøgeren kan fuldt ud tilslutte sig disse Hamburger Bildungsempfehlungen.

Sagsøgeren er omsorgsmedhjælper og har været ansat hos sagsøgte siden den 1. juli 2014 på grundlag af [en]ansættelseskontrakt[...] af 14. april 2014 [udeladt], senest med en gennemsnitlig månedlig bruttoindkomst på 2 900 EUR.

I perioden fra den 15. oktober 2016 til den 30. maj 2018 havde sagsøgeren forældreorlov uden løn. Sagsøgeren er muslim. I begyndelsen af 2016 besluttede hun sig for at bære hovedtørklæde. Under sagsøgerens forældreorlov vedtog sagsøgerens arbejdsplads den 12. marts 2018 »Dienstanweisung zur Einhaltung des Neutralitätsgebots« (instruks vedrørende overholdelse af neutralitetsprincippet) [udelades], som blev meddelt sagsøgeren i slutningen af maj 2018.

Heri hedder det bl.a.:

*[Sagsøgte]*

*»er konfessionsløs og hilser udtrykkeligt religiøs og kulturel mangfoldighed velkommen. For at sikre, at børnene udvikler sig individuelt og frit med hensyn til religion, tro og politik, er [sagsøgte] medarbejdere forpligtet til nøje at overholde det gældende neutralitetsprincip over for forældre, børn og andre tredjeparter. Over for disse fører [sagsøgte] en politik, hvor der lægges vægt på politisk, ideologisk og religiøs neutralitet. I denne sammenhæng udgør nedenstående regler principperne for den konkrete overholdelse af neutralitetsprincippet på arbejdspladsen.*

- *Medarbejderne afholder sig fra ydre politiske, ideologiske eller religiøse tilkendegivelser over for forældre, børn og tredjeparter på arbejdspladsen. [Org. s. 6]*
- *Medarbejderne bærer over for forældre, børn og tredjeparter ingen synlige symboler på deres politiske, ideologiske eller religiøse overbevisning på arbejdspladsen.*

- *Medarbejderne giver over for forældre, børn og tredjeparter ikke udtryk for deraf følgende ritualer på arbejdspladsen.*
- (...)«

Sagsøgeren fik kendskab til denne instruks den 31. maj 2018.

I »Informationsblatt zum Neutralitätsgebot« (vejledning om neutralitetsprincippet) anføres det vedrørende spørgsmålet, om man må bære kristent kors, muslimsk hovedtørklæde eller jødisk kippa:

*»Nej, da børnene ikke skal påvirkes af pædagogerne med hensyn til en religion, er dette ikke tilladt. Et bevidst valg af en religiøst eller ideologisk bestemt beklædning er i strid med neutralitetsprincippet.«*

Den 1. juni 2018, hvor sagsøgeren genoptog arbejdet efter forældreorloven, blev hun opfordret til at tage sit hovedtørklæde, der dækkede håret fuldstændigt, af. Sagsøgeren nægtede dette. Derefter blev hun i første omgang fritstillet fra arbejdet af lederen af daginstitutionen.

Den 4. juni 2018 mødte sagsøgeren atter på arbejde iklædt hovedtørklæde. Hun fik udleveret en advarsel af samme dato [udelades], hvorved hun fik en advarsel for at have båret hovedtørklæde den 1. juni 2018 og med henvisning til neutralitetsprincippet blev opfordret til fremover at udføre sit arbejde uden hovedtørklæde. Da sagsøgeren også den 4. juni nægtede at tage sit hovedtørklæde af, blev hun på ny sendt hjem og fritstillet indtil videre. Hun modtog endnu en advarsel af samme dato [udelades].

Sagsøgte har efterfølgende også i et tilfælde med en kvindelig ansat, der bar et kors i en halskæde, foranlediget, at den ansatte tog sin kæde af. Kravene i henhold til neutralitetsprincippet gælder ikke for sagsøgtes ansatte på hovedkontoret, med undtagelse af den pædagogiske rådgivning, eftersom disse medarbejdere ikke har kontakt til kunder. [Org. s. 7]

**Sagsøgeren er af den opfattelse**, at forbuddet – på trods af det generelle forbud mod synlige symboler på politiske, ideologiske eller religiøse overbevisninger – er rettet mod brugen af det islamiske hovedtørklæde. Desuden rammer forbuddet mod hovedtørklæde udelukkende kvinder og bør derfor også undersøges med henblik på forskelsbehandling på grund af køn. Ydermere rammer forbuddet mod hovedtørklæde uforholdsmæssigt hyppigt kvinder med indvandrerbaggrund, hvorfor en forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse også bør overvejes. Et forbud mod at bære hovedtørklæde under arbejdet i en daginstitution udgør ifølge Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) et alvorligt indgreb i de berørtes grundlæggende ret til tros- og bekendelsesfrihed. Selv for offentligt ansatte kan sådanne forbud kun baseres på en dokumenteret, konkret risiko. Ifølge Grundgesetz (den tyske grundlov, herefter »GG«) er et generelt forbud mod synligt at bære religiøse, ideologiske eller politiske symboler/beklædningsgenstande ikke tilladt.

Det er uklart, hvordan de børn, der passes, skal udvikle agtelse og respekt i overensstemmelse med Hamburger Bildungsempfehlungen, hvis sagsøgte begrænser det pædagogiske personales religionsfrihed.

Domstolens afgørelse i dom Achbita (dom af 14.3.2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203) er heller ikke til hinder for sagsøgerens krav om fjernelse af advarslen. Domstolens korrekte fortolkning fastsatte alene EU-retlige minimumsstandarder. Det niveau af beskyttelse mod forskelsbehandling, der er opnået i Tyskland gennem Bundesverfassungsgerichts (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) praksis vedrørende GG's artikel 4, stk. 1, og § 8 i Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (den tyske almindelige ligebehandlingslov, herefter »AGG«), skal ikke sænkes. I henhold til AGG's § 8 er en ulige behandling på grund af religion kun tilladt, hvis behandlingen på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.

Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at sagsøgte tilpligtes:

**at fjerne advarslen af 4. juni 2018 (brug af hovedtørklæde den 1.6.2018) og korrespondancen herom fra sagsøgerens personlige aktmappe samt at tilintetgøre dette materiale,**

**at fjerne advarslen af 4. juni 2018 (brug af hovedtørklæde den 4.6.2018) og korrespondancen herom fra sagsøgerens personlige aktmappe og at tilintetgøre dette materiale. [Org. s. 8]**

Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

#### **Frifindelse.**

**Sagsøgte er af den opfattelse**, at advarslerne blev givet med rette. Den gældende instruks vedrørende neutralitetsprincippet, som sagsøgeren har overtrådt, er lovlige i henhold til § 106, første punktum, i Gewerbeordnung (den tyske næringslov, herefter »GewO«), sammenholdt med AGG's § 7, stk. 1, 2 og 3. De nationale retsforordninger skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Ifølge Domstolens Achbita-dom kan en privat arbejdsgiver håndhæve en neutralitetspolitik, så længe denne forfølges sammenhængende og systematisk og er begrænset til de medarbejdere, der har kontakt til kunder. Der er ikke tale om indirekte forskelsbehandling, hvis den pågældende bestemmelse er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Domstolen har principielt anset arbejdsgiverens ønske om over for kunderne, såvel offentlige som private, at føre en politik, hvor der lægges vægt på politisk, filosofisk og religiøs neutralitet, for at være legitimt. Det vedtagne neutralitetsprincip er også rimeligt og nødvendigt, eftersom det kun omfatter de ansatte, der har direkte kontakt til forældre og børn.



Sagsøgte har ikke mulighed for at flytte sagsøgeren til et område uden kundekontakt, eftersom sagsøgeren er ansat som omsorgsmedhjælper, hvorfor en beskæftigelse uden kontakt til børn og forældre ikke ville udgøre et opgave- og ansvarsområde, der svarer til hendes evner og kvalifikationer.

Denne sag kan sammenlignes med Achbita-dommen, eftersom forældrene i institutionen lægger stor vægt på daginstitutionens politiske, ideologiske og religiøse neutralitet. Uden neutralitetsprincippet ville forældre tage deres børn ud af sagsøgtes pasningsordning, og pasningen af søskende, der normalt følger efter, ville ikke længere blive betroet sagsøgte. Antallet af tilmeldinger ville være faldende. Domstolen har foretaget en udtømmende vægning af de grundlæggende rettigheder i henhold til chartret i tilfælde af, at arbejdsgiveren fastsætter et neutralitetsprincip. Eftersom formålet med AGG's § 3, stk. 2, var at gennemføre EU-retten, kan tyske domstole ikke vægte religionsfriheden anderledes – som Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) har gjort i henhold til GG's artikel 4, stk. 1 – uden at EU-rettens forrang og princippet om fortolkning i overensstemmelse med EU-retten tilsidesættes. [Org. s. 9]

Såfremt Domstolen mod forventning i lighed med den tyske retspraksis skulle kræve, at der med hensyn til begrænsningen af religionsfriheden er tale om en konkret risiko eller konkrete økonomiske ulemper, er dette også tilfældet. Det fremgår af sagsøgerens indlæg på dennes private Facebook-profil, hvor hun har delt forskellige videoer vedrørende emnet, at hun ønsker at påvirke tredjeparter målrettet og bevidst. Brugen af hovedtørklædet som religiøst symbol sammenholdt med Facebook-indholdet er således udtryk for en målrettet påvirkningseffekt. Den målrettede påvirkningseffekt skal navnlig bedømmes på baggrund af den særlige situation, som børnene i daginstitutionen befinder sig i, idet disse i deres alder er særligt modtagelige for påvirkning af enhver art og befinder sig i en fase, hvor personligheden præges i væsentlig grad. Disse overvejelser førte til det resultat, at der var risiko for konkrete problemer i virksomheden eller økonomiske tab. Sagsøgte måtte påregne, at sagsøgeren ville påvirke de børn, som hun blev betroet, i en bestemt henseende ved at formidle brugen af hovedtørklæde som noget positivt og ved at dele Pierre Vogels holdninger, en prædikant, der er nævnt på hendes Facebook-profil, og som flere gange har været i søgelyset i forbindelse med efterforskninger foretaget af Bundesamt für Verfassungsschutz (den tyske efterretningstjeneste).

## B. Nationale retsfor skrifter

### 1. Den tyske forfatning

**Artikel 4, stk. 1, i Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (den tyske grundlov, GG) har følgende ordlyd:

»Trosfriheden og samvittighedsfriheden samt friheden til at bekende sig til en bestemt religion eller tro er ukrænkelig.«

**GG's artikel 6, stk. 2**, har følgende ordlyd:

*»Pasning og opdragelse af børnene er forældrenes naturlige ret og deres væsentligste pligt. Det statslige fællesskab våger over deres varetagelse af disse opgaver.«*

**GG's artikel 7** har følgende ordlyd:

*»Stk. 1: Hele skolevæsenet er underlagt statens kontrol.*

**[Org. s. 10]**

*Stk. 2: Indehaverne af forældremyndigheden har ret til at bestemme, om barnet deltager i religionsundervisning.*

*Stk. 3: I de offentlige skoler med undtagelse af de konfessionsløse skoler er religionsundervisningen et obligatorisk ordinært fag. Uanset den statslige kontrolret gennemføres religionsundervisningen i overensstemmelse med de religiøse samfunds principper. Lærere må ikke pålægges at varetage religionsundervisning mod deres vilje.«*

Ifølge fast praksis fra Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) er det en forudsætning for, at der er tale om et indgreb i den grundlæggende ret i medfør af GG's artikel 4, stk. 1 (religionsfrihed) – hvad enten det er i form af direkte eller indirekte forskelsbehandling – at begrænsningen skal fremgå af forfatningen, eftersom GG's artikel 4, stk. 1 – i modsætning til andre grundlæggende rettigheder i den tyske forfatning – ikke indeholder noget forbehold om lovmedholdelighed. Sådanne begrænsninger, der er indbygget i forfatningen, omfatter bl.a. tredjeparters grundlæggende rettigheder og fællesskabsværdier med forfatningsrang [udelades]. I det foreliggende tilfælde er det konkret forældrenes opdragelsesret (GG's artikel 6, stk. 2) og elevernes negative trosfrihed (GG's artikel 4, stk. 1), der kan komme i betragtning. Det neutralitetsprincip, som staten forfølger, kan i forbindelse med pasning i daginstitutioner ikke støttes på en sådan fællesskabsværdi med forfatningsrang, eftersom statens uddannelsesmæssige opgave (GG's artikel 7, stk. 1) kun vedrører skoler.

For så vidt angår et forbud mod pædagogers og daginstitutioners religiøse tilkendegivelser har Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) fastslået, at den ydre religiøse tilkendegivelse skal medføre en tilstrækkeligt konkret risiko eller forstyrrelse af freden i daginstitutionen eller den offentlige institutions neutralitet [udelades]. I henhold hertil kan et generelt neutralitetsprincip uden henvisning til de opgaver, der skal varetages, ikke begrunde et indgreb i GG's artikel 4, stk. 1.



I henhold til § 31 i Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (lov om Bundesverfassungsgericht, herefter »BVerfGG«) er Bundesverfassungsgerichts afgørelser bindende for forbundsstatens og delstaternes forfatningsorganer samt for alle retsinstanser og myndigheder. Den forelæggende ret er derfor bundet af Bundesverfassungsgerichts fortolkning af grænserne for religionsfriheden i henhold til artikel 4, stk. 1. **[Org. s. 11]**

## 2. Almindelige love

a) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (den tyske almindelige ligebehandlingslov, AGG)

Direktiv 2000/78/EF er blevet gennemført ved AGG. Heri hedder det bl.a.:

### § 1 Lovens formål

*»Denne lov har til formål at forhindre eller afskaffe forskelsbehandling på grund af race, etnisk oprindelse, køn, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«*

### § 2 Anvendelsesområde

*»Stk. 1: Forskelsbehandling som følge af en af de grunde, der er nævnt i § 1, er forbudt efter denne lov for så vidt angår:*

*1. vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse,*

*2. ansættelses- og arbejdsvilkårene, herunder løn- og afskedigelsesvilkår, bl.a. dem, der er fastsat i de kollektive overenskomster og i individuelle ansættelseskontrakter, og de foranstaltninger, der træffes ved gennemførelsen og ophøret af et arbejdsforhold og i tilfælde af forfremmelse,*

*(...)*

### § 3 Definitioner

*»Stk. 1: Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af en af de i § 1 nævnte grunde behandles ringere end en anden person bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Der foreligger ligeledes direkte forskelsbehandling på grund af køn som omhandlet i § 2, stk. 1, nr. 1)-4), når en kvinde behandles ringere på grund af graviditet eller moderskab. **[Org. s. 12]***

*Stk. 2: Der foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis af en af de i § 1 nævnte grunde vil stille nogle personer særligt ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.»*

## **§ 7 Forbud mod forskelsbehandling**

*»Stk. 1: Arbejdstagere må ikke udsættes for forskelsbehandling af nogen af de i § 1 anførte grunde; dette forbud gælder også, når forskelsbehandlingens ophavsmand kun begår én af de i artikel 1 anførte former for forskelsbehandling.*

*Stk. 2: Aftalebestemmelser, som er i strid med det i stk. 1 nævnte forbud mod forskelsbehandling, er ugyldige.*

*Stk. 3: Arbejdsgivers eller arbejdstageres forskelsbehandling i henhold til stk. 1 er en krænkelse af aftalemæssige forpligtelser.*

## **§ 8 Tilladelse til ulige behandling på grund af erhvervmæssigt krav**

*»Stk. 1: En ulige behandling af en af de i § 1 anførte grunde er tilladt, hvis den pågældende grund på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.»*

## **§ 15 Skadeserstatning**

*»Stk. 1: Ved tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling skal arbejdsgiveren erstatte den derved forvoldte skade. Dette gælder ikke, hvis arbejdsgiveren ikke er ansvarlig for tilsidesættelsen af denne forpligtelse.*

*Stk. 2: Arbejdstageren kan kræve en passende økonomisk godtgørelse for en ikke-økonomisk skade. I tilfælde af, at der ikke sker ansættelse, kan erstatningen ikke overstige tre månedslønninger, hvis arbejdstageren ikke var blevet ansat selv i tilfælde af en udvælgelse, der ikke var udtryk for forskelsbehandling. [Org. s. 13]*

*Stk. 3: I forbindelse med anvendelsen af kollektive aftaler skal arbejdsgiveren kun betale godtgørelse, såfremt han har handlet forsætligt eller groft uagtsomt.»*

b) Gewerbeordnung (den tyske næringslov)

## **§ 106 Arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet**

*»Arbejdsgiveren kan fastsætte enkelthederne vedrørende arbejdets indhold og stedet og tiden for udførelsen heraf efter eget skøn, medmindre disse arbejdsvilkår er fastlagt i ansættelseskontrakten, bestemmelser i en virksomhedsaftale, en gældende kollektiv overenskomst eller lovforskrifter. Dette gælder også med hensyn til ordensreglerne for arbejdstagerne og deres adfærd i virksomheden. Ved udøvelsen af skønnet skal arbejdsgiveren også tage hensyn til arbejdstagerens handicap.«*

### C. EU-retlige forskrifter

De præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 2 og artikel 4 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv sammenholdt med artikel 16 i chartret om grundlæggende rettigheder.

### D. De præjudicielle spørgsmåls relevans for tvisten i hovedsagen

Første præjudicielle spørgsmål:

**Udgør en ensidig instruks fra en arbejdsgiver om forbud mod at bære nogen form for synlige symboler på politiske, ideologiske eller religiøse overbevisninger, en direkte forskelsbehandling på grund af religion som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv af ansatte, der som følge af religiøse krav om tildækning følger bestemte beklædningsregler? [Org. s. 14]**

(1) Domstolen fastslog i [dom] af 14. marts 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203), at en intern regel som den i hovedsagen omhandlede ikke indfører ulige behandling direkte på grundlag af religion eller tro som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78, eftersom reglen blev anvendt ens på alle medarbejdere. Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at der altid er tale om direkte forskelsbehandling, når en regel er knyttet til en bestemt egenskab, der er beskyttet ved artikel 1 i direktiv 2000/78. Således anføres det i dette direktivs artikel 2, stk. 2:

*»[Der] foreligger [...] direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.«*

Også ifølge definitionen i AGG's § 3, stk. 1, ville der i den foreliggende sag være tale om direkte forskelsbehandling på grund af den ugunstige behandlings tilknytning til kendetegnet religion.

(2) Derimod er der tale om indirekte forskelsbehandling, når et øjensynligt neutralt kendetegn (f.eks. deltidsbeskæftigelse) empirisk berører flere personer i én gruppe (i eksemplet kvinder). Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag:

Ordningen er netop udtrykkeligt knyttet til egenskaben religion, idet den forbyder religiøse kendetegn.

Sagsøgeren i hovedsagen ville have fået en anden behandling (ingen advarsel), hvis hun ikke var religiøs og gav udtryk for dette ved en religiøs tilkendegivelse. Hun ville også have fået en anden behandling, hvis hun ganske vist havde båret hovedtørklæde, blot ikke af religiøse grunde, men derimod på grund af moden. Arbejdsgiverens generelle neutralitetsprincip knytter udtrykkeligt en negativ virkning (forbud mod at bære religiøse symboler) til et kendetegn, der er anført i artikel 1 i direktiv 200[0]/78/EF (religion). Visse forfattere anser derfor med overbevisende begrundelse – og i modsætning til Domstolens bemærkninger i Achbita-sagen – ordninger som den i sagen omtvistede for en direkte forskelsbehandling på grund af den religiøse tilkendegivelse [udelades] **[org. s. 15]** [udelades].

(3) Sondringen mellem indirekte og direkte forskelsbehandling kan efter den forelæggende rets opfattelse ikke være betinget af, om andre personer med andre (beskyttede eller ubeskyttede) kendetegn behandles lige så ringe, men udelukkende af, om en mindre gunstig behandling udtrykkeligt er knyttet til en beskyttet egenskab eller ej [udelades]. Afgørende for spørgsmålet om en direkte forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF vil herefter være en individuel betragtning af, om den konkrete berørte person udsættes for en ulempe som følge af behandlingen på grund af dennes synlige religion, idet der direkte tages udgangspunkt i det beskyttede kendetegn religion. Den direkte forskelsbehandling på grund af religion bliver ikke til en indirekte forskelsbehandling som følge af, at ikke-religiøse ansatte også får forbud mod visse former for adfærd. Det er tværtimod netop uvæsentligt [udelades], om det udelukkende er medlemmer af en bestemt kategori, der forskelsbehandles, idet de grundlæggende friheder gælder for individer, ikke for kollektiver. Selve direktivets ordlyd ses heller ikke at give holdepunkter for en sådan sondring [udelades]. Tilknytningen til religionen kan slet ikke være mere direkte, end når en beskyttet egenskab nævnes i selve den ordning, der indeholder forbuddet.

Med andre ord: En direkte forskelsbehandling kan ikke gøres til en indirekte forskelsbehandling, ved at en anden gruppe af ansatte ligeledes forbydes noget. Det ville indebære, at en generel fjendtlighed over for alle religioner ville blive opfattet som neutralitet og ikke som direkte forskelsbehandling. **[Org. s. 16]**

(4) Som følge af at den ugunstige behandling af sagsøgeren (her: tildelingen af en advarsel) er knyttet til kendetegnet religion, er den forelæggende ret af den opfattelse, at der i den foreliggende sag er tale om direkte forskelsbehandling. Eftersom det er en forudsætning for, at en direkte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, [litra a),] i direktiv 2000/78/EF i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, ikke udgør forskelsbehandling, at den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt

forhold hertil, skal sagsøgeren gives medhold. Der følger nemlig ikke af sagsøgerens aktivitet som pædagog noget afgørende erhvervsmæssigt krav om ikke at bære hovedtørklæde under arbejdet. Ifølge Hamburger Bildungsempfehlung er det tværtimod et udtrykkeligt ønske, at børn tilegner sig kulturel og religiøs mangfoldighed i deres sociale miljø.

Sagsøgte i hovedsagen har udtrykkeligt påberåbt sig, at dennes adfærd er dækket ind af direktiv 2000/78/EF. Den forelæggende ret ser sig derfor forhindret i at give sagsøgeren medhold som følge af præmisserne i Domstolens dom af 14. marts 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203), der dog kræver en fortolkning.

Såfremt Domstolen besvarer det første spørgsmål benægtende, er besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål afgørende for afgørelsen af tvisten:

**Udgør en ensidig instruks fra en arbejdsgiver om forbud mod at bære nogen form for synlige symboler på politiske, ideologiske eller religiøse overbevisninger, en indirekte forskelsbehandling på grund af religion og/eller på grund af køn som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF af en kvindelig ansat, der på grund af sin muslimske tro bærer et hovedtørklæde?**

**Navnlig ønskes følgende oplyst:**

**a) Kan en indirekte forskelsbehandling på grund af religion og/eller på grund af køn i henhold til direktiv 2000/78/EF også begrundes med arbejdsgiverens subjektive ønske om at føre en politik, hvor der lægges vægt på politisk, ideologisk og religiøs neutralitet, når arbejdsgiveren dermed ønsker at imødekomme sine kunders subjektive ønsker?**

**b) Er direktiv 2000/78/EF og/eller den grundlæggende ret til at oprette og drive egen virksomhed i henhold til artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder henset til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/78/EF til hinder for en national lovgivning, hvorefter et forbud mod religiøs beklædning med henblik på at beskytte religionsfriheden som grundlæggende ret ikke kan begrundes med en rent abstrakt mulighed for, at arbejdsgiverens neutralitet bringes i fare, men kun med en tilstrækkeligt konkret risiko, navnlig en konkret risiko for en økonomisk ulempe for arbejdsgiveren eller for en berørt tredjepart?**

(1) Forbuddet mod at vise religiøse symboler rammer reelt nogle religioner mere end andre og kønnene på forskellig vis: Religiøse jødiske kvinder bærer en paryk, der for det meste ikke kan identificeres som paryk. De får derfor lov til at følge det religiøse krav om tildækning. Muslimske kvinder får derimod forbud mod at følge dette krav, i lighed med jødiske mænd, eftersom deres religiøse kendetegn – brugen af henholdsvis hovedtørklæde og kippa – er synlige. Kristne mennesker kan bære korset om halsen skjult under et andet klædningsstykke. De har derfor også mulighed for at følge dette religiøse krav, når der gælder en regel om neutralitet. Statistisk set rammer sagsøgtes ordning næsten udelukkende



musliske kvinder, eftersom hovedparten af pædagogerne i daginstitutioner er kvinder og andelen af religiøse jøder blandt de mandlige pædagoger er forsvindende lille.

I dom af 14. marts 2017 (Achbita, C-157/15, ECLI:EU:2017:203) undlod Domstolen at besvare spørgsmålet om, hvorvidt en virksomheds neutralitetsprincip udgør en indirekte forskelsbehandling på grund af religion.

Domstolen tog heller ikke stilling til, om et neutralitetsprincip i en virksomhed skal anses for at udgøre en indirekte forskelsbehandling af kvinder, eftersom dette forbud i langt de fleste tilfælde berører (musliske) kvinder.

(2) I henhold til artikel 2, stk. 2, [litra b), nr. i),] foreligger der ikke indirekte forskelsbehandling, hvis den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Domstolen anførte i dommen af 14. marts 2017:

»En arbejdsgivers ønske om at give udtryk for neutralitet over for kunderne vedrører [...] friheden til at oprette og drive egen virksomhed, der er anerkendt i chartrets artikel 16, og har i princippet en legitim karakter, navnlig når det alene er de arbejdstagere, der forventes at komme i kontakt med arbejdsgiverens kunder, der berøres af arbejdsgiverens [org. s. 18] bestræbelse på at opnå dette mål.«

Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) stiller derimod – ud over betingelsen om, at der skal foreligge et legitimt mål – som betingelse for et indgreb i den grundlæggende ret i henhold til GG's artikel 4, stk. 1 (religionsfrihed), at den ydre religiøse tilkendegivelse skal være forbundet med en tilstrækkeligt konkret risiko for beskyttede værdier med forfatningsrang [udelades]. Landesarbeitsgericht Nürnberg (den regionale appeldomstol i arbejdsretlige sager i Nürnberg, Tyskland) [udelades] fortolker i overensstemmelse med Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) Domstolens praksis i Achbita-dommen og i dom Bougnaoui (dom af 14.3.2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204) således, at arbejdsgiverens ønske om at fremstå neutralt over for kunderne som udgangspunkt kun er lovligt, hvis en manglende neutralitet i så henseende fører til økonomiske ulemper. Den forelæggende ret kan – i lighed med sagsøgte i hovedsagen – ikke se, at denne begrænsning fremgår af præmisserne i Domstolens dom af 14. marts 2017 (Achbita).

Den forelæggende ret er dog ligesom Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland) og Landesarbeitsgericht Nürnberg (den regionale appeldomstol i arbejdsretlige sager i Nürnberg, Tyskland) af den opfattelse, at arbejdsgiverens grundlæggende ret på grundlag af chartrets artikel 16 henset til den vægt, der tilkommer den grundlæggende ret til religionsfrihed, og henset til proportionalitetsprincippet i chartrets artikel 52, stk. 1, ikke kan



indrømmes forrang for religionsfriheden alene af den grund, at arbejdsgiveren ytrer ønske om at optræde neutralt over for kunder, uden at den manglende neutralitet ville være forbundet med en ulempe for arbejdsgiveren.

Den forelæggende ret ser sig bekræftet i denne fortolkning gennem Domstolens afgørelse i dom Bougnaoui (dom af 14.3.2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204), hvori Domstolen ikke anerkendte en arbejdsgivers vilje til at tage hensyn til en kundes ønsker om ikke længere at modtage tjenesteydelser fra den pågældende arbejdsgivers medarbejder, der bærer islamisk hovedtørklæde, som et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav som omhandlet i denne bestemmelse. Den forelæggende ret kan ikke se, hvorfor det så skulle være tilladt at forbyde den samme medarbejder at bære hovedtørklæde, når arbejdsgiveren tilslutter sig kundens ønske og ved hjælp af en generelt gældende virksomhedsfilosofi (neutralitet) forbyder brugen af hovedtørklæde – sådan som den forelæggende ret forstår Domstolen i Achbita-sagen. **[Org. s. 19]**

(3) I direktiv 2000/78/EF fastsættes ifølge 28. betragtning til direktivet/direktivets artikel 8 ganske vist blot mindstekrav. Det giver således medlemsstaterne mulighed for at indføre eller opretholde gunstigere bestemmelser. Gennemførelsen af direktivet kan ikke anvendes som begrundelse for en forringelse af eksisterende vilkår på dette felt i de enkelte medlemsstater. Der er derfor forfattere i den tyske retsvidenskabelige litteratur, der er af den opfattelse, at det højere beskyttelsesniveau, der i Tyskland er sikret ved GG's artikel 4, stk. 1 og 2, hvorefter et forbud mod synlige religiøse symboler på arbejdspladsen er betinget af konkrete ulemper for virksomheden, ikke forringes som følge af Achbita- og Bougnaoui-dommene [udelades].

Imidlertid ser den forelæggende ret sig ikke i stand til at give sagsøgeren medhold på grund af Domstolens fortolkning af chartrets artikel 16, hvorefter arbejdsgiverens ønske om, at dennes ansatte er neutrale i religiøs henseende, i sig selv er en tilstrækkelig saglig begrundelse for en indirekte forskelsbehandling (for så vidt denne er rimelig og nødvendig). Sagsøgte i hovedsagen har udtrykkeligt påberåbt sig sin ret i medfør af chartrets artikel 16 som fortolket af Domstolen i Achbita-dommen, hvorfor dette spørgsmål er relevant for afgørelsen i hovedsagen. Efter den forelæggende rets opfattelse har arbejdsgiveren ikke tilstrækkeligt konkret redegjort for økonomiske tab eller en konkret risiko for tredjeparters retsgoder, som også på grundlag af betingelserne i GG's artikel 4 kan begrunde en frifindelse af sagsøgte.

[Udelades] [Bemærkninger om national procesret]

[Udelades] [Underskrifter]