

NOTAT

Til: Kirkerådet
v/ Gunnar Thelin

Fra: ARNTZEN de BESCHE Advokatfirma AS
v/Anne Marie Due

Ansvarlig advokat: Anne Marie Due

Dato: 5. september 2007

Vår ref: AMD\

**KIRKEMØTETS BEHANDLING AV HOMOFILISAKEN -
KONSEKVENSER FOR ANSETTELSESPRAKSISEN I DEN NORSKE
KIRKE OG ANVENDELSEN AV DISKRIMINERINGSBESTEMMELSEN I
ARBEIDSMILJØLOVEN**

INNLEDNING

Det vises til telefonsamtale med Gunnar Thelin samt e-post med vedlegg av 29 august 2007.

Jeg er bedt om å gi en vurdering av enkelte arbeidsrettslige konsekvenser av at Den norske kirkes lærenemnd, Bispemøtet og antagelig også Kirkemøtet er delt i synet på hvorvidt det foreligger tilstrekkelig overbevisende teologiske grunner for å opprettholde standpunktet om at personer som lever i homofile partnerskap ikke kan inneha vigslede stillinger i Den norske kirke. Spesielt er jeg bedt om å vurdere hvorvidt en slik delt oppfatning vil kunne ha rettslige konsekvenser for adgangen til å legge avgjørende vekt på - ved ansettelser - at en søker lever i homofilt partnerskap, jf arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3. Videre er jeg bedt om å vurdere hvorvidt en eventuell ulik praksis m h t ansettelser av søkere som lever i homofilt partnerskap vil ha betydning for adgangen til å forskjellsbehandle disse personene etter samme bestemmelse. Endelig er jeg bedt om å vurdere om formuleringen ”*formålet for virksomheten*” i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3 må forstås som virksomheten til Den

norske kirke som trossamfunn eller virksomhetsområdet til de organer som utøver arbeidsgiverbeføyelsene i Dnk.

Etter min oppfatning er de ovenfornevnte problemstillinger ulike aspekter ved det samme hovedspørsmålet; Vil det forhold at Dnk er delt i synet på hvorvidt det er teologisk grunnlag for ikke å ansette homofile som lever i partnerskap ha rettslig betydning for adgangen til å diskriminere de samme personer etter arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3. Problemstillingene vil derfor systematisk bli behandlet i denne rekkefølgen nedenfor.

På grunn av den relativt korte tiden jeg har hatt til rådighet har det ikke vært anledning til å gå tilstrekkelig dypt ned i problemstillingene.

FORBUDET MOT DISKRIMINERING OG UNNTAKENE I ARBEIDSMILJØLOVEN

Innledning

Arbeidsmiljøloven av 1977 ble med virkning fra 1 mai 2004 utvidet med bestemmelsene i §§ 54A-54L om likebehandling i arbeidslivet. Bestemmelsene var bl a en gjennomføring i norsk rett av Rådskdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. I tillegg ble reglene i arbeidsmiljøloven (1977) § 55 A om det særskilte forbudet mot forskjellsbehandling ved *ansettelser*, og unntaket fra dette forbudet, videreført ved endringen i 2004. Det tidligere unntaket i § 55 A tredje ledd vedrørende homofil samlivsform ved ansettelse i stillinger i religiøse trossamfunn ble videreført i § 54 D nr 5. I forbindelse med lovendringen i 2004 ble det vurdert hvorvidt ovenfornevnte rådskdirektiv var til hinder for at man opprettholdt unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 55 A tredje ledd. I denne anledning uttalte departementet:¹

Når det gjelder ansettelser i religiøse trossamfunn er det noe vanskelig å tolke rekkevidden av direktivets unntaksbestemmelse i forhold til dette, dvs. om direktivet åpner for særlige unntak i forhold til religiøse trossamfunn, og hvor langt disse eventuelt kan gå. Departementet legger imidlertid til grunn at direktivet ikke er til hinder for å opprettholde gjeldende unntaksbestemmelser i arbeidsmiljøloven § 55 A første og tredje ledd.

Ved innføringen av den nye arbeidsmiljøloven i 2005 tok en utgangspunkt i lovendringen i 2004 når det gjelder bestemmelsene om diskriminering i arbeidslivet.

De aktuelle bestemmelsene har i dag følgende ordlyd:

§13-1. Forbud mot diskriminering

¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) side 39

- (1) Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt.
- (2) Trakassering og instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd anses som diskriminering.
- (3) Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.
- (4) Ved diskriminering på grunn av kjønn gjelder [likestillingsloven](#).
- (5) Ved diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn gjelder [diskrimineringsloven](#).

§13-2. Hva kapitlet omfatter

- (1) Bestemmelsene i dette kapittel gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder:
 - a) utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse,
 - b) opplæring og annen kompetanseutvikling,
 - c) lønns- og arbeidsvilkår,
 - d) opphør.
- (2) Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.
- (3) Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for innmelding i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon. Dette gjelder også for fordeler som slike organisasjoner gir sine medlemmer.
- (4) Bestemmelsene i dette kapittel får ikke anvendelse ved forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler.

§13-3. Unntak fra forbudet mot diskriminering

- (1) Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.
- (2) Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.
- (3) Forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysingen av stillingen er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.
- (4) Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om rekkevidden av unntaket fra forbudet mot aldersdiskriminering i andre ledd.

Som det fremgår oppstiller arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd et forbud mot direkte og indirekte diskriminering av en arbeidstaker bl a på grunn av "seksuell orientering". Bestemmelsen er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølov § 54 B nr

1 og forbudet omfatter alle sider ved arbeidsforholdet, ikke bare ansettelser, jf § 13-2. Begrepet seksuell orientering ble tatt inn i loven ved endringen i 2004 og favner videre en begrepet homofil legning og samlivsform. Begrepet seksuell orientering omfatter imidlertid homofil legning og samlivsform.

Unntakene fra diskrimineringsforbudet er tatt inn i arbeidsmiljøloven § 13-3 som er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølov § 54 D. Når det gjelder det særlige unntaket fra diskrimineringsforbudet ved ansettelser i religiøse trossamfunn er dette tatt inn i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3. Bestemmelsen er en videreføring av i arbeidsmiljøloven § 54 D nr 5 som igjen var en direkte videreføring av tidligere § 55 A tredje ledd. Ordlyden er noe endret uten at det er tilsiktet at dette skulle ha noen betydning for det materielle innholdet i bestemmelsen.² Bl a var ordlyden i tidligere § 55 A tredje ledd og § 54 D nr 5 ”formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet” mens dette nå er endret til ”formålet for virksomheten”, jf nedenfor vedrørende vurderingen av begrepet virksomhet.

Særlig om unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3

Som det fremgår av bestemmelsens ordlyd er ikke forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelser i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Dette innebærer at det i utgangspunktet er lovlig å legge vekt på hvorvidt en søker lever i homofilt partnerskap ved ansettelser i stillinger knyttet til trossamfunnet Den norske kirke. Bestemmelsen oppstiller imidlertid to vilkår for at slik forskjellsbehandling skal være lovlig. For det første må det i utlysningsteksten være stilt særlige krav til samlivsform eller retttere sagt at vedkommende ikke er homofilt samboende. For det andre må et slikt krav være begrunnet enten i stillingens karakter eller formålet for virksomheten. Når det gjelder den nærmere tolkningen av disse vilkårene finnes det så langt jeg kan se få kilder og verken den tidligere § 55 A tredje ledd eller dagens unntaksbestemmelse er prøvd i rettspraksis.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 54 D nr 5 (som § 13-3 nr 3 er en videreføring av) vises det til Innst.O. nr. 27 (1997-1998) når det gjelder den nærmere tolkningen av bestemmelsen.

Forbudet mot forskjellsbehandling ved ansettelser på grunn av homofil legning og samlivsform samt unntaket fra dette forbudet for religiøses trossamfunn, kom inn i loven ved lovendringer i 1998 og i forbindelse med den konkrete behandlingen av lovforslaget i Stortinget. Det var således ikke lagt opp til å innføre et uttrykkelig forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelser på grunn av homofil samlivsform i departementets lovforslag.³ Som nevnt medførte verken lovendringen i 2004 eller innføringen av ny arbeidsmiljølov i 2005 noen endring av det materielle innholdet i bestemmelsen, i alle fall ikke når det gjelder de spørsmål som drøftes i nærværende notat.

² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 25 side 326 og 327

³ Ot.prp. nr 67 (1996-97)

Dette innebærer at forarbeidene i forbindelse med lovendringen i 1998 fortsatt er relevante for tolkningen av bestemmelsen. I og med at forbudet og unntaket kom inn i bestemmelsen under Stortingets behandling er det imidlertid bare komiteens merknader i innstillingen⁴ som utgjør disse forarbeidene. Så langt jeg kan se er merknadene i denne innstillingen også de eneste som omtaler bestemmelsen. Merknadene retter seg først og fremst mot hvorvidt en skulle innføre homofil legning og samlivsform som diskrimineringsgrunn. I og med at det ble flertall for dette kan det synes som om unntaket for religiøse trossamfunn nærmest var en følge av forbudet uten at forståelsen av unntaket er kommentert nærmere. Under punkt 7.2 fremkommer imidlertid følgende:

”Komiteens flertall, medlemmene fra Kristelig folkeparti, Høyre, Fremskrittspartiet og Senterpartiet, legger til grunn at unntaksbestemmelsene i dagens §55A første ledd sikrer at bl.a. religiøse trossamfunn, herunder Den norske Kirke, har full anledning til å innhente opplysninger om seksuell legning til søkere så lenge organisasjonen selv har slike krav knyttet til enkelte stillinger ut fra organisasjonens formål. Til stillinger der slike særlige krav iht. paragrafens første ledd er gjort kjent i utlysning av stillingen, skal heller ikke forbudet mot diskriminering pga seksuell legning i paragrafens andre ledd gjelde.” (Min understrekning.)

Henvisningen til organisasjonens formål og organisasjonens krav til innehaverne av en stilling samsvarer med vilkårene etter rådsdirektivet for å gjøre unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling. Begrepet organisasjon både i komitémerknadene og rådsdirektivet må forstås som Den norske kirke som trossamfunn, slik at det er trossamfunnets formål og krav det siktes til. Dette fremgår bl a av forarbeidene i forbindelse med lovendringen i 2004, hvor unntaksbestemmelsen bl a omtales som *”særlige unntak i forhold til religiøse trossamfunn”*⁵. Formuleringen i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3; *”stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysningen er stilt særlige krav”* tilsier også at det er trossamfunnets krav det siktes til, ikke krav fra den enkelte menighet eller det enkelte organ i kirken. Når det gjelder lovens formulering *”virksomheten”* vises det til behandlingen nedenfor.

Dette indikerer at vilkåret må forstås slik at Den norske kirke krever at innehaverne av stillinger i Kirken ikke lever i homofile parforhold og at kravet er begrunnet i enten i stillingens karakter eller Kirkens formål.

Problemstillingen blir således om det i dagens situasjon kan sies at trossamfunnet Den norske kirke krever at de som ansettes i viglede stillinger ikke lever i homofilt partnerskap og at dette kravet er begrunnet i Den norske kirkes formål eller stillingenes karakter.

⁴ Innst. O. nr. 27 (1997-1998)

⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) side 39

Da bestemmelsen ble innført i 1998 var bakgrunnen Kirkemøtevedtaket fra 1997. Dette vedtaket henvises det også til i merknadene fra et mindretall i Stortingskomiteen⁶, men da som et argument for å innføre forbudet mot å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform under henvisning til at Kirkemøtet åpner for ulike tolkninger når det gjelder homofiles adgang til stillinger i Dnk. På denne bakgrunn ønsket ikke mindretallet i komiteen at det enkelte menighetsråd skulle etablere ulik praksis og så det derfor som nødvendig med et lovbestemt forbud mot slik forskjellsbehandling.

Situasjonen i 1998 var imidlertid at et nesten enstemmig Bispemøte og Kirkemøte ut fra en teologisk begrunnelse fant at personer som lever i homofilt samliv ikke kan inneha kirkelig tjeneste som vigslet prest, diakon eller kateket. Videre aksepterte mindretallet i Bispemøtet at Kirkemøtet i sitt vedtak tok utgangspunkt i den teologiske vurderingen som Bispemøtets flertall gjorde gjeldende. På denne bakgrunn vedtok også Kirkemøtet å be ”biskopene i sin embetsutøvelse og forvaltningsorganene i sin tilsetningspraksis legge disse synspunktene til grunn”.⁷ Ut fra denne situasjonen er det ikke vanskelig å konkludere med at Den norske kirke som organisasjon selv stilte krav om at innehavere av vigslede stillinger ikke lever i homofilt samliv, slik vilkåret i unntaksbestemmelsen ble formulert av flertallet i Stortingskomiteen og slik vilkåret senere er formulert i direktivet.

Som kjent er situasjonen i dag vesentlig annerledes. Den norske kirkes lærenemnd og Bispemøtet er delt omtrent på midten i spørsmålet om det ut fra en teologisk begrunnelse kan stilles krav om at personer som skal ansettes i vigslede stillinger i Dnk ikke kan leve i homofilt partnerskap. Antagelig er også Kirkemøtet, som også baserer sine vurderinger på uttalelsene fra Lærenemnda og Bispemøtet, delt i dette synet. Spørsmålet blir da om lovens vilkår om at organisasjonen selv har stilt et slikt krav til innehaveren av vigslede stillinger i Dnk, er oppfylt.

Det er vanskelig å si noe sikkert om hvilken konklusjon en domstol vil komme frem til dersom den må ta stilling til hvorvidt det foreligger ulovlig forskjellsbehandling fordi lovens vilkår for å gjøre unntak fra forbudet ikke er oppfylt da Kirken ikke lenger stiller krav om at innehaverne av vigslede stillinger ikke er homofilt samlevende. Som kjent finnes det ikke rettspraksis på området bortsett fra Oslo byretts avgjørelse publisert i RG-1990-961. Saken, hvor Kirkerådet var saksøkt, handlet om hvorvidt unnlåtelsen av å ansette en prest i en konsulentstilling i Kirkerådet var rettsstridig. Begrunnelsen for ikke å ansette søkeren var at søkeren levde i et homofilt parforhold. Avgjørelsen gir imidlertid begrenset veiledning for den problemstilling som drøftes her fordi den særlige unntaksbestemmelsen vedrørende ansettelse i religiøse trossamfunn ikke var innført da saken sto for domstolene. Videre var det på det tidspunktet bred enighet i Kirken i synet på hvorvidt homofilt samboende kan inneha stillinger i Dnk. Endelig skal en være forsiktig med å legge for stor vekt på en førsteinstansavgjørelse. Avgjørelsen kan

⁶ Innst. O. nr. 27 (1997-1998) pkt 7.2

⁷ Opplysningene er hentet fra saksfremstilling til Kirkerådet, KR 23/07 oversendt undertegnede i e-post av 29 august 2007 samt brev til undertegnede av samme dato.

imidlertid være interessant i den forstand at den er egnet til å belyse noen av de hensyn domstolen la vekt på i den konkrete saken. I rettens vurdering av hvorvidt det i forvaltningsrettslig forstand var lagt vekt på relevante hensyn, vises det til Kirkens egne normer og krav til innehaverne av stillinger i Dnk. Videre legger retten til grunn at Kirkerådet har lagt til grunn et syn på hvilke krav som må stilles til innehaverne av kirkelige stillinger som ”stemmer med det som i det alt overveiende er Kirkens syn, og som forøvrig stemmer med den vanlige oppfatning innen andre lands evangelisk-lutherske kirkesamfunn.” I saken la også retten til grunn at ”det fra enkelte hold på teologisk grunnlag kunne blitt hevdet at det ikke ville vært uforenlig med Kirkens bibelske fundament å tilsette saksøkeren i stillingen, dersom spørsmålet f.eks. hadde vært forelagt Lærenemnda.” Etter rettens oppfatning hindret imidlertid ikke det at retten kom frem til at Kirkerådet hadde lagt til grunn det syn som i det vesentlige stemte med Kirkens syn. Det vises til side 970 i dommen.

Det må således antas at en domstol i en eventuell sak vil legge vekt på hva som i større eller mindre grad er Kirkens syn på spørsmålet og hvilke krav Kirken stiller til innehaverne av vigslende stillinger. Videre må det antas at det ikke er avgjørende at det også finnes avvikende oppfatninger. Hvor grensen går for hvor stor del av Kirken som må forfekte et syn for at det skal kunne legges til grunn som Kirkens syn er det vanskelig å si noe sikkert om.

I saksfremlegget til Kirkerådet er det lagt opp til at Kirkemøtet kan treffe tre alternative vedtak:

- a) Kirkemøtet kan bekrefte retningslinjevedtaket fra 1997
- b) Kirkemøtet kan endre vedtaket fra 1997 og vedta at en person som er homofilt samlevende i partnerskap kan inneha alle typer kirkelige stillinger, og at det ellers er opp til biskopene å avgjøre hvem som skal ordineres.
- c) Kirkemøtet kan bekrefte at det fremdeles er tunge teologiske grunner for å videreføre retningslinjene fra 1997. Samtidig kan Kirkemøtet si at det også er tunge teologiske grunner til å åpne for at også homofilt samlevende i partnerskap kan tilsettes i alle kirkelige stillinger.

Dersom Kirkemøtet skulle lande på alternativ c i saksfremlegget for Kirkerådet, antas det at domstolene vil vise tilbakeholdenhet med å konkludere med at det å unnlate å ansette en som lever i homofilt partnerskap er ulovlig forskjellsbehandling. Begrunnelsen for dette er at domstolen vil kunne legge vekt på at en betydelig del av Kirken stiller krav til at innehaverne av vigslende stillinger ikke kan leve i homofile parforhold. Videre bekrefter Kirkemøtet i likhet med omtrent halvparten av Bispemøtet og halvparten av lærenemnda at det er tunge teologiske grunner for et slik krav. Det antas at en domstol vil vise stor varsomhet med å overprøve et læremessig standpunkt som tross alt inntas av en stor del av trossamfunnet Dnk (omlag 50%). En konklusjon som innebærer at det var ulovlig forskjellsbehandling å unnlate å ansette en som lever i homofilt partnerskap ville jo i realiteten innebære at

domstolen overprøvde de teologiske standpunkter som en stor del av Kirken forfekter.

Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om utfallet av en eventuell domstolsbehandling, da det som kjent finnes liten veiledning og omtrent ikke rettspraksis på området.

Derimot antas det at dersom Kirkemøtet skulle lande på å vedta alternativ B, så vil en domstol lettere kunne komme frem til at forskjellsbehandlingen er ulovlig da vilkårene ikke er til stede. I dette vedtaket gis det uttrykk for at personer som er homofilt samboende kan inneha alle typer stillinger i Dnk. Ut fra Kirkemøtes status som "representativt sentralorgan for menighetene" vil domstolene lettere kunne legge til grunn at trossamfunnet ikke stiller krav om at innehaverne av stillinger i Kirken ikke lever i homofile parforhold da et slik standpunkt mangler tilstrekkelig begrunnelse i Kirkens formål. Det vil imidlertid også ved et slikt vedtak fra Kirkemøtets side eksistere det samme delte synet både i Lærenemnda og Bispemøtet og antagelig også et stort mindretall i Kirkemøtet. Domstolen kan under henvisning til den oppfatning som forfektes av denne delen komme frem til at forskjellsbehandlingen var lovlig.

Når det gjelder alternativ a ser jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på konsekvensene av et slikt vedtak, da et slik vedtak antagelig vil innebære at adgangen til å forskjellsbehandle etter unntaksbestemmelsen § 13-3 nr 3 i større grad er til stede. Kirken vil imidlertid også ved et slikt vedtak være delt i synet på homofilt samboendes adgang til stillinger i Kirken og de samme vurderinger som ovenfor vil gjøre seg gjeldende. Det vil imidlertid antas at Kirkemøtets standpunkt om at homofilt samboende ikke kan inneha vigslede stillinger vil medføre at domstolene enda lettere vil konkludere med at vilkårene for unntaksbestemmelsen i § 13-3 nr 3 er oppfylt.

Betydningen av ulik praksis

Dersom Kirkemøtet skulle fatte et vedtak i tråd med alternativ c ovenfor, vil et slikt vedtak innebære Kirkemøtet i prinsippet stiller det enkelte tilsettingsorgan i Kirken fritt m h t om de vil ansette søkere som lever i homofilt partnerskap. Det antas imidlertid at en domstol likevel vil vurdere lovligheten av en eventuell forskjellsbehandling i tråd med de synspunkter som er fremhevet ovenfor under punkt 2.2. dette innebærer at domstolene likevel antagelig vil legge mest vekt på hvilke krav Kirken eller deler av den stiller til innehaverne av stillinger i Kirken da det er en slik vurdering lovbestemmelsen gir anvisning på. Loven gir derimot ikke anvisning på at det skal tas hensyn til eller legges vekt på en mest mulig ensartet tilsettingspraksis. Dette innebærer imidlertid ikke at domstolene ikke vil finne hensynet til en ensartet tilsettingspraksis relevant. Det avgjørende vil imidlertid være vurderingen av hvorvidt vilkårene for å forskjellsbehandle er til stede.

”Formålet for virksomheten” i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3

Som nevnt innledningsvis er det også stilt spørsmål ved om formuleringen ”formålet for virksomheten” i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3 sikter til virksomheten Den norske kirke som trossamfunn eller den virksomhet som drives av den enkelte arbeidsgiver i Kirken.

Arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep benyttes flere steder i loven. I lovens § 1-2 benyttes begrepet for å angi lovens virkeområde ved at loven gjelder ”enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”. Videre benyttes begrepet til å betegne et ”område”, eventuelt den ”aktivitet”, arbeidsmiljølovens krav knyttes til. Arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep er imidlertid relativt. Begrepet er ikke legaldefinert og har ikke på samme måte som arbeidsgiverbegrepet, en gjennomgående betydning i arbeidsmiljøloven. Virksomhetsbegrepet er imidlertid i utgangspunktet nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt legger til grunn at den virksomhet arbeidsgiveren driver utgjør en virksomhet.⁸

Begrepet virksomhet må imidlertid tolkes konkret i forhold til den enkelte bestemmelses formål. Dette innebærer som nevnt at begrepet kan ha ulik betydning i de forskjellige bestemmelsene det anvendes i.

Som nevnt ovenfor må det legges til grunn at en domstol i vurderingen av om vilkårene for å forskjellbehandle homofilt samboende ved ansettelser i Dnk vil legge vekt på de krav trossamfunnet Den norske kirke stiller til innehaverne av stillinger i Kirken og hvorvidt dette kravet er begrunnet i trossamfunnets formål. Domstolene vil antagelig være mindre opptatt av hvilke krav det enkelte fellesråd eller bispedømmeråd stiller, særlig dersom disse avviker fra den oppfatning trossamfunnet som sådan legger til grunn. Etter vår oppfatning må således begrepet ”formålet for virksomheten” i arbeidsmiljøloven § 13-3 nr 3 forstås som formålet til trossamfunnet Den norske kirke. Dette til tross for den tradisjonelle oppfatning av virksomhetsbegrepet og at ordlyden i arbeidsmiljøloven 1977 § 55 A var ”formålet med arbeidsgivers virksomhet”. Begrunnelsen for at det her må legges til grunn en avvikende forståelse av hva som tradisjonelt ligger i virksomhetsbegrepet, er at det fremgår nokså klart av både av rådsdirektivet, forarbeidene til bestemmelsen og også ordlyden i dagens § 13-3 nr 3 at det er trossamfunnets krav til innehaverne av stillingene og trossamfunnets formål det siktes til. Reelle hensyn tilsier også en slik forståelse av formuleringen.

Dette innebærer imidlertid ikke at det kan være adgang til å legge vekt på lokale forhold i vurderingen av hvorvidt en skal anvende unntaksbestemmelsen i § 13-3 nr 3 dersom f eks Kirkemøtet treffer vedtak i tråd med alternativ c.

⁸ Jf bl a Borgarting lagmannsretts dom av 15.12.2000