



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Forholdet mellom nøytralitet og religionsfrihet i private bedrifter

Albert Albertsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Metode og rettskilder	2
1.2.1	Rettsdogmatisk metode	2
1.2.2	Overordnet om rettskildebildet.....	2
1.2.3	Det nasjonale diskrimineringsvernet.....	3
1.2.4	De internasjonale menneskerettskonvensjonene	3
1.2.5	Det EU/EØS-rettslige diskrimineringsvernet.....	4
1.3	Avgrensninger	6
2	Arbeidsgivers styringsrett i møte med arbeidstakers religionsfrihet.....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Arbeidsgivers styringsrett	8
2.3	Arbeidstakers religionsfrihet	8
2.4	Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers religionsfrihet	9
3	Når foreligger det diskriminering på grunn av religion?.....	10
3.1	Hva er diskriminering?.....	10
3.2	Religion og livssyn som diskrimineringsgrunnlag.....	11
3.3	Direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av religion.....	13
3.3.1	Forskjellsbehandling	14
3.3.2	Direkte forskjellsbehandling	16
3.3.3	Indirekte forskjellsbehandling.....	17
3.3.4	Betydningen av skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling.....	20
4	Lovlig forskjellsbehandling.....	23
4.1	Vilkårene for lovlig forskjellsbehandling	23
4.2	Er nøytralitet et legitimt og saklig formål?	25
4.3	Oppfyller nøytralitetstiltaket kravet om nødvendighet?.....	29

4.3.1	Sak C-804/18 <i>WABE</i>	30
4.3.2	Sak C-341/19 <i>MH Müller Handel</i>	33
4.4	Er nøytralitetspolitikken forholdsmessig?.....	35
4.4.1	EU-domstolens praksis.....	36
4.4.2	LDN-2014-46 (NRK).....	39
5	Avslutning	41
6	Referanseliste	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Etter andre verdenskrig har det vært en målsetting i Norge om «arbeid for alle».¹ Mye har endret seg siden da, men høy arbeidsdeltakelse er fremdeles et viktig samfunnshensyn.² Ut over de rent økonomiske fordelene, har arbeid en egenverdi for den enkelte; arbeid er vesentlig for menneskets utvikling og for et meningsfylt liv.³ Grunnloven § 110 kan anses som et generelt uttrykk for at arbeid har blitt en fundamental del av menneskets liv.⁴

Religionsfrihet er også en bærebjelke i et demokratisk samfunn, og det utgjør en grunnleggende del av troende personers identitet og livsoppfatning.⁵ Selv om det følger av Grunnloven § 16 at «[a]lle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse», er det i dag et spenningsforhold mellom arbeidsdeltakelse og religionsutøvelse. Hensikten med avhandlingen er å undersøke hvorfor arbeid og religion, som er så viktig for mennesket, ofte utgjør to uforenlige rettigheter.

Avhandlingens hovedproblemstilling er i hvilken utstrekning arbeidstaker kan bære religiøse symboler i private bedrifter, dersom arbeidsgiver innfører en bedriftspolitik om nøytralitet. I kontaktflaten mellom religionsfrihet og virksomhetens nøytralitetspolitikk, oppstår det spørsmål om diskriminering. Det har sammenheng med at arbeidsgivers kompetanse til å bestemme selskapets profil utad, kan medføre at enkelte arbeidstakere utestenges fra arbeidslivet, særlig der religionsutøvelsen innebærer bruk av religiøse symboler. Grunntanken er at religion ikke skal være til hinder for å delta i arbeidsmarkedet, og det gjelder derfor et sterkt vern mot diskriminering på grunn av religion.

Utfordringen med dagens rettstilstand er at arbeidsgiver kan, forholdsvis enkelt, utforme en vid nøytralitetspolitikk, som ikke skiller mellom ulike religiøse, politiske eller filosofiske overbevisninger. Ifølge praksis skal det mye til før en slik generell policy innebærer diskriminering. Nøytralitet bidrar til å sikre *formell likhet* – regelen gjelder samtlige – men

¹ *Arbeid for alle. De politiske partienes felles program. Kongens tale ved landstigningen 7. juni 1945.* Hentet fra <https://www.norgeshistorie.no/kilder/velferdsstat-og-vestvending/K1815-fellesprogrammet.html> (sist besøkt 2. mars 2023).

² NOU 2021: 9 side 48.

³ Skjønberg mfl. (2022) side 21.

⁴ Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

⁵ *Leyla Şahin mot Tyrkia* [GC] 2005 no. 44774/98, avsnitt 104.

problemet er at nøytralitet *reelt sett* påvirker arbeidstakerne i ulik grad. En arbeidsgiver som «bare» ønsker å innføre en nøytralitetspolitikk av hensyn til kundene, kan i realiteten være et skalkeskjul for diskriminering.

I praksis vil en nøytralitetspolitikk ha større konsekvenser for religion sammenlignet med politiske, filosofiske eller sekulære overbevisninger. Nøytralitet vil også påvirke enkelte religioner mer enn andre, og kvinner mer enn menn.⁶ Rettspraksis viser at det som hovedregel er kvinner med minoritetsbakgrunn, som ifølge sin religion har en plikt til å bære religiøse symboler, som rammes hardest.⁷ Typisk er det tale om muslimske kvinner som bruker hijab. Det betyr ikke at mannlige ortodokse jøder som alltid går med kipa, eller sikher som må bruke turban, ikke rammes av nøytralitetsregelen. Kristne som bruker kors vil også omfattes, men her er det en viktig forskjell. Bruken av kors er ikke obligatorisk i kristendommen, men et personlig valg for å symbolisere sin religiøse tro. Selv om samfunnet vårt har blitt mer liberalt, kan ikke det samme uten videre legges til grunn for hijab, kipa og turban. Hensikten med oppgaven er ikke å drøfte hvorvidt ulike religiøse plagg er obligatoriske eller ikke. Det er likevel viktig å være klar over slike nyanser for den videre fremstillingen.

1.2 Metode og rettskilder

1.2.1 Rettsdogmatisk metode

Avhandlingen bygger på en analyse av de rettslige rammene for arbeidsgivers styringsrett. Utgangspunktet for vurderingen er de skranker som følger av diskrimineringsvernet. Analysen utføres ved bruk av rettsdogmatisk metode, med utgangspunkt i den alminnelige rettskildelære.⁸

1.2.2 Overordnet om rettskildebildet

Vern mot diskriminering har en sammensatt forankring, og rettskildebildet særpreges av et omfattende og komplisert regelverk. Diskrimineringsretten består av et konstant samspill mellom nasjonal rett, EU/EØS-rett og internasjonale menneskerettskonvensjoner. Dette reiser flere kilde spørsmål, dels om avgrensningen av kildeomfanget, og dels om forholdet mellom det nasjonale og internasjonale vernet. Denne avhandlingen tar utgangspunkt i det EU/EØS-rettslige vernet, og dets betydning for norsk rett. Dette er et tema og et perspektiv som tas

⁶ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 57.

⁷ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 59 og LDN-2014-2.

⁸ Se Skoghøy (2018) side 25.

systematisk opp gjennom hele avhandlingen. Det begrunnes med at avhandlingens hovedproblemstilling har bakgrunn i avgjørelser fra EU-domstolen.

1.2.3 Det nasjonale diskrimineringsvernet

Prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering følger av Grunnloven § 98.

Bestemmelsen danner det rettslige fundamentet for diskrimineringslovgivningen. Vern mot diskriminering i arbeidslivet er nærmere regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 13 og likestillings- og diskrimineringsloven kapittel 2.⁹ Lovene verner ulike diskrimineringsgrunnlag. Den videre fremstillingen tar utgangspunkt i likestillings- og diskrimineringsloven, fordi religion og livssyn er vernede grunnlag etter loven.¹⁰

Avhandlingens hovedproblemstilling har ikke blitt behandlet av de ordinære domstolene. Det finnes likevel forvaltningspraksis på området fra Diskrimineringsnemnda (tidligere Klagenemnda for likestilling og Likestillings- og diskrimineringsnemnda). I avhandlingen brukes «nemnda» som en fellesbetegnelse for organene. Nemnda er et «ekspertorgan på likestillings- og diskrimineringsfeltet», og praksisen vil være en relevant rettskilde for oppgaven.¹¹ Den rettskildemessige vekten av nemndspraksis må avgjøres på bakgrunn av avgjørelsens kvalitet, og om praksisen er langvarig og konsekvent.¹²

1.2.4 De internasjonale menneskerettskonvensjonene

Retten til å ikke bli diskriminert er en universell menneskerettighet som er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner. I avhandlingen behandles konvensjonene i liten grad. Det skyldes at EU/EØS-retten inneholder mer detaljerte regler og at vernet i konvensjonene «rekker [ikke] lenger enn bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven».¹³ Hensikten med denne delen av fremstillingen er å gi en oversikt over de menneskerettslige forpliktelsene, fordi de utgjør et viktig bakteppe for norsk diskrimineringslovgivning.

⁹ Lov 17.06.2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven/aml.) og lov 16.06.2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven/ldl.). Det finnes også diskrimineringsregler på spesifikke samfunnsområder, se lov 21.06.2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeiderloven) kapittel 10.

¹⁰ Aml. § 13-1 fjerde ledd og ldl. § 6 første ledd.

¹¹ Hellum og Strand (2022) side 68.

¹² For en mer detaljert gjennomgang av forvaltningspraksis se Hellum og Strand (2022) side 68-70 og Skoghøy (2018) side 233-236.

¹³ HR-2022-350-A avsnitt 39.

For det første finnes det konvensjoner som gir et bredt og generelt vern mot diskriminering.¹⁴ Eksempler på slike konvensjoner er FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 2 og 26, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 2, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 14 og Den reviderte europeiske sosialpakt (ESP) artikkel E.

Videre finnes det konvensjoner som er utviklet for å beskytte mot bestemte former for diskriminering.¹⁵ De sentrale konvensjonene er FNs kvinnekonvensjon (CEDAW), FNs rasediskrimineringskonvensjon (ICERD) og FNs konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Det er også utarbeidet konvensjoner som gir et spesielt vern i arbeidsforhold, som for eksempel ILO-konvensjonen nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.¹⁶

Norge har inkorporert flere av konvensjonene, noe som fremgår blant annet av menneskerettsloven § 2.¹⁷ De norske diskrimineringsreglene må tolkes i samsvar med de menneskerettslige forpliktelsene. Dette innebærer at internasjonale konvensjoner er en rettskilde som har vekt og relevans ved fortolkningen av nasjonal rett.¹⁸ Dersom det oppstår motstrid, skal de inkorporerte konvensjonene gå foran bestemmelser i annen lovgivning.¹⁹ Selv om en konvensjon ikke er inkorporert, men bare ratifisert, følger det av presumsjonsprinsippet at norsk diskrimineringslovgivning så vidt mulig skal tolkes i tråd med konvensjonsvernet.²⁰

1.2.5 Det EU/EØS-rettslige diskrimineringsvernet

EU har utarbeidet en rekke direktiver og forordninger om likebehandling og ikke-diskriminering.²¹ Forbud mot diskriminering på grunn av religion i arbeidslivet, er nærmere

¹⁴ Skjønberg mfl. (2022) side 271.

¹⁵ Skjønberg mfl. (2022) side 271.

¹⁶ Skjønberg mfl. (2022) side 272.

¹⁷ Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.). Se også ldl. § 5 som inkorporerer FNs rasediskrimineringskonvensjon uten forrang.

¹⁸ LDN-2017-2.

¹⁹ Menneskerettsloven § 3.

²⁰ HR-2022-350-A avsnitt 38 og HR-2016-2591-A avsnitt 46-48.

²¹ Se Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 6.1 side 44 hvor de mest sentrale nevnes.

regulert av direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet).²² Direktivet og tilhørende praksis står sentralt i oppgavens analyse.

Det spesielle med EUs rammedirektiv er at det ikke er en del av EØS-avtalen. Utgangspunktet er derfor at Norge ikke er «rettslig bundet av selve [direktivet] eller den tilhørende rettspraksisen fra EU-domstolen. EFTA-domstolen kan ikke behandle saker som gjelder brudd på [direktivet]». ²³

Selv om direktivet faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, har det stor betydning på likestillings- og diskrimineringsfeltet. Dette skyldes at norske myndigheter har forpliktet seg politisk til å gjennomføre direktivet nasjonalt, fordi det er «ønskeleg at Noreg på desse områda har lovgjeving som tilsvarar EU-regelverket». ²⁴ Hensikten er at norsk diskrimineringslovgivning «skal være minst på høyde med nivået i [...] EUs rammedirektiv». ²⁵ Direktivet er derfor søkt gjennomført ved likestillings- og diskrimineringsloven.

Høyesterett har som følge av den klare lovgiverviljen, lagt til grunn at det norske vernet må tolkes slik at det er forenlig med rammedirektivet. ²⁶ Denne tilnærmingen bekreftes av proposisjonen til ldl., som henviser til en rekke avgjørelser fra Høyesterett. ²⁷ Det samme er lagt til grunn i nemndspraksis, hvor det fremgår at «EØS/EU-retten [er] av betydning når den nasjonale diskrimineringslovgivningen skal tolkes med hensyn til rekkevidden av arbeidstakers rett til bruk av religiøse hodeplagg». ²⁸

Det metodiske utgangspunktet er derfor at norsk rett skal tolkes «på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen». ²⁹ Kort forklart innebærer det at direktivet må tolkes ut fra alminnelig språkbruk,

²² Direktiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv.

²³ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 6.2.2 side 45.

²⁴ St.prp. nr. 11 (2003-2004) side 2.

²⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 6.2.2 side 45.

²⁶ Se f.eks. Rt. 2012 s. 219 (Helikopterpiloter I) avsnitt 46, Rt. 2011 s. 964 (Gjensidige) avsnitt 44 og Rt. 2010 s. 202 (Kystlink) avsnitt 55-56.

²⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 6.2.2 side 45.

²⁸ LDN-2017-2.

²⁹ Rt. 2012 s. 219 (Helikopterpiloter I) avsnitt 46.

formålsbetraktninger og i lys av EU-domstolens praksis.³⁰ I tillegg vil EUs menneskerettsdokument – Charteret om grunnleggende rettigheter – være relevant.³¹ Charteret er ikke en del av EØS-avtalen, men det vil ha indirekte betydning for forståelsen av de norske reglene, ettersom EU-domstolen tolker direktivet i lys av det. Det gjelder særlig bestemmelsene om religionsfrihet, næringsfrihet og ikke-diskriminering.³²

En annen relevant kilde for oppgaven, er tidligere generaladvokat Eleanor Sharpstons analyse av de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel*.³³ Sharpston ble bedt om å komme med en uttalelse som generaladvokat om sakene, men på grunn av Brexit ble hun avløst før hun fikk fullført arbeidet. Sharpston valgte likevel å offentliggjøre arbeidet, som et bidrag til diskusjonen om religionsutøvelse på arbeidsplassen. Selv om uttalelsen har begrenset rettskildemessig vekt, bidrar Sharpstons særlige innsikt og kompetanse til å belyse problematikken rundt en nøytralitetspolitikk.³⁴

1.3 Avgrensninger

Temaet for avhandlingen favner meget vidt, og det er derfor nødvendig å foreta enkelte avgrensninger. I avhandlingen rettes fokuset mot nøytralitet i private bedrifter. Det innebærer at det avgrenses mot offentlig sektor, herunder nøytralitet i for eksempel helsevesen og politi.³⁵ Utenfor oppgaven faller også nasjonale forbud som begrenser adgangen til bruk av religiøse symboler.³⁶

Begrepet «nøytralitet» er flertydig. I denne sammenhengen siktes det til at en bedrift ikke ønsker å gi uttrykk for, eller forbindes med ulike verdier, syn eller overbevisninger. Det kan

³⁰ Fredriksen og Mathisen (2022) side 323 og Nergaard og Nielsen (2016) side 136.

³¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7. desember 2000 (Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter – Charteret).

³² Se henholdsvis artikkel 10, 16 og 21.

³³ Eleanor Sharpston, *Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)*, 23 March 2021, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>, (heretter forkortet – Sharpston), nedlastet 12. februar 2023.

³⁴ Se Skoghøy (2018) side 215-217 for en mer detaljert fremstilling av den rettskildemessige vekten av sekundære rettskilder som juridisk teori.

³⁵ Se *Ebrahimian mot Frankrike* [J] 2015, no. 64846/11 om nøytralitet i offentlig sykehus og LDN-2010-8 om nøytralitet i politiet.

³⁶ Se f.eks. *S.A.S mot Frankrike* [GC] 2014, no. 43835/11.

være at bedriften har et formål om en verdinøytral profil av hensyn til kundene, eller for å unngå interne konflikter blant arbeidstakerne.³⁷

Nøytralitet er imidlertid én av flere begrunnelser for å innskrenke religionsutøvelse på arbeidsplassen. Ifølge juridisk litteratur er det totalt åtte hensyn, som kan begrunne innskrenkninger i adgangen til bruk av religiøse hodeplagg i arbeidslivet.³⁸ Hensynene er utledet på bakgrunn av menneskerettskonvensjonene og tilhørende praksis, med utgangspunkt i statlige virksomheter. Nemnda har oppsummert hensynene på følgende måte:

«sikkerhet (det vil si at hodeplagget utgjør en fysisk risiko), hygiene, identifikasjon, ivaretagelse av virksomhetenes profil generelt (verdinøytralitet), ivaretagelse av virksomhetenes profil i statlige institusjoner som forvalter makt på fellesskapets vegne (svekkelse av nøytralitet), tillit i forbindelse med konkret maktutøvelse, respekt og ro og avskaffelse av kjønnsstereotype praksiser».³⁹

Etter nemndas oppfatning vil hensynene «også være relevante i en privat virksomhet, og når det gjelder andre religiøse symboler enn hodeplagg».⁴⁰ Av de nevnte hensynene er det «verdinøytralitet» som er det sentrale, og det avgrenses mot en behandling av de andre hensynene.

2 Arbeidsgivers styringsrett i møte med arbeidstakers religionsfrihet

2.1 Innledning

Forholdet mellom styringsrett og religionsfrihet danner det rettslige utgangspunktet for den videre drøftelsen i avhandlingen. Styringsrett og religionsfrihet har stor betydning for henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker. Formålet med denne delen av fremstillingen er å gi en oversikt over hva styringsrett og religionsfrihet innebærer, og klargjøre spenningsforholdet mellom rettighetene.

³⁷ Se f.eks. de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC].

³⁸ Strand (2012) side 342 flg.

³⁹ LDN-2017-2, jf. LDN-2014-35.

⁴⁰ LDN-2017-2, jf. LDN-2014-35.

2.2 Arbeidsgivers styringsrett

Utgangspunktet i norsk arbeidsrett er at arbeidsgiver har en styringsrett. Arbeidsgivers styringsrett er ikke lovfestet og er ikke definert i lovgivningen. Styringsretten er en ulovfestet rettsnorm, som er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Høyesterett har uttalt at styringsretten innebærer en rett for arbeidsgiver til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».⁴¹ Styringsretten gir arbeidsgiver en særskilt kompetanse til å treffe løpende beslutninger med direkte eller indirekte virkning for virksomheten og arbeidstakerne.⁴²

Arbeidsgiver har med andre ord stor grad av frihet til å ta beslutninger som gjelder arbeidsplassen.⁴³ Styringsretten – og retten til virksomhetsledelse – danner grunnlaget for at arbeidsgiver kan definere selskapets profil utad, gjennom en nøytralitetspolitikk.⁴⁴

Utgangspunktet er klart; det ligger til arbeidsgiver å bestemme de verdier og prinsipper virksomheten skal bygge på, og jobbe opp mot, samt det å bestemme antrekk og annet som har med det ytre uttrykk å gjøre.

Bakgrunnen for at arbeidsgiver har en slik kompetanse, henger sammen med arbeidsgivers privatautonomi og næringsfrihet.⁴⁵ Det har også en side til arbeidsgivers eiendomsrett til virksomheten. I EU-retten omtales styringsretten som «freedom to conduct a business», jf. EU-Charter artikkel 16. Arbeidsgiver har en rett til å drive næringsvirksomhet slik han selv ønsker, og utforming av selskapets image, er som hovedregel av stor interesse for arbeidsgiver. Forankringen i Charteret understreker at det er tale om en grunnleggende rettighet.

2.3 Arbeidstakers religionsfrihet

Arbeidstaker har på sin side rett til å gi uttrykk for sin religion på arbeidsplassen.

Religionsfrihet er en grunnleggende menneskerettighet. Det følger av at religionsfrihet er vernet både av Grunnloven § 16, EMK artikkel 9 og EU-Charter artikkel 10. Arbeidstaker har derfor et sterkt vern mot inngrep i rettigheten. Utgangspunktet er at det kreves tungtveiende

⁴¹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609.

⁴² Skjønberg mfl. (2022) side 170.

⁴³ LDN-2017-2.

⁴⁴ Se LDN-2014-2, hvor det fremgår at arbeidsgiver «har frihet til å ta beslutninger knyttet til hvilken profil en virksomhet skal ha».

⁴⁵ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 38, de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 63 og sak C-344/20 *L.F. mot S.C.R.L* [C5] avsnitt 39.

grunner for at arbeidstaker nektes religionsutøvelse på arbeidsplassen. Det har sammenheng med at religion er svært viktig for den enkelte, men også for samfunnet som sådan. EMD fremhever betydningen av religionsfrihet på følgende måte:

«This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it».⁴⁶

Arbeidstaker kan gi uttrykk for sin religion på ulike måter. Grunnloven § 16 gir ingen veiledning om hva «religionsutøvelse» kan innebære. Bestemmelsen må ses i lys av EMK artikkel 9 nr. 1, hvor det fremgår at enhver har frihet til å gi uttrykk for sin religion «ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse». En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at religionsfrihet favner vidt. Eksempler fra praksis viser at religionsutøvelse kan innebære bruk av religiøse symboler på arbeidsplassen, reservasjon mot håndhilsen av det motsatte kjønn, fri på religiøse helligdager osv.⁴⁷

2.4 Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers religionsfrihet

I forholdet mellom styringsrett og religionsfrihet, oppstår det en konflikt mellom to grunnrettigheter.⁴⁸ Styringsrett og religionsfrihet påvirker hverandre, og utgangspunktet er at ingen av rettighetene gjelder ubegrenset.

Arbeidsgivers beslutninger kan begrense arbeidstakers religionsfrihet, på samme måte som religionsfrihet kan være til hinder for arbeidsgivers frihet til å drive næringsvirksomhet. Forskjellen er at styringsretten gir arbeidsgiver stor handlefrihet og makt, og at en nøytralitetspolitikk kan få store konsekvenser for arbeidstaker. Bruk av religiøse symboler har nær sammenheng med retten til arbeidsdeltakelse, ettersom et forbud kan medføre utestengning.⁴⁹

⁴⁶ *Leyla Şahin mot Tyrkia* [GC] 2005 no. 44774/98, avsnitt 104.

⁴⁷ Se DIN-2018-30 og LDN-2017-2 om religiøse symboler, DIN-2018-325 og DIN-2018-48 om håndhilsning samt LDO 08/1630 og LDO 08/1735 om ferie på religiøse helligdager.

⁴⁸ EU-Charter artikkel 16 kontra artikkel 10.

⁴⁹ LDN-2014-2.

For å unngå slike tilfeller, er styringsretten «underlagt de begrensninger som følger blant annet av diskrimineringslovgivningen».⁵⁰ Vernet mot diskriminering oppstiller flere skranker for styringsrettens rekkevidde. Det er skrankene som gjør styringsretten legitim, og arbeidsgiver må holde seg innenfor det rettslige rammeverket.⁵¹ Det innebærer at det må foretas en avveining mellom arbeidsgivers behov for en verdinøytral virksomhet («freedom to conduct a business»), og arbeidstakers rett til å gi uttrykk for sin religion.

3 Når foreligger det diskriminering på grunn av religion?

3.1 Hva er diskriminering?

Begrepet diskriminering kan defineres på ulike måter avhengig av konteksten. I en rettslig sammenheng har begrepet et presist og bestemt innhold.⁵² Ldl. § 6 fjerde ledd definerer diskriminering som «direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11».

Ut fra ordlyden kan det utledes at kjernen i begrepet er «forskjellsbehandling [...] som ikke er lovlig».⁵³ Lovteksten gir anvisning på at forskjellsbehandling må være av negativ karakter. Det har sammenheng med at ikke all forskjellsbehandling er ulovlig. Etter omstendighetene kan det være ønskelig å forskjellsbehandle. Det skyldes at formålet med lovgivningen er å sikre formell likhet så vel som reell likhet.⁵⁴ I enkelte tilfeller kan det derfor være hensiktsmessig å forskjellsbehandle for å oppnå reell likhet fremfor full rettferdighet. Ldl. § 11 bygger på slike betraktninger, og gir hjemmel for positiv særbehandling dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.⁵⁵

⁵⁰ LDN-2017-2.

⁵¹ Se f.eks. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609, Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt) avsnitt 35 og HR-2016-2286-A (Rygge) avsnitt 26.

⁵² I dagligtale og innenfor samfunnsvitenskapene brukes diskrimineringsbegrepet ofte i en annen og videre betydning enn det rettslige, jf. Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1 side 16.

⁵³ I Prop. 81 L (2016-2017) side 312 omtales diskriminering som «lovstridig forskjellsbehandling» og i Grunnloven § 98 andre ledd er det formulert som «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».

⁵⁴ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 11.4.1 side 75.

⁵⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 17.2.2 side 165.

Diskriminering forutsetter at tre grunnvilkår er oppfylt. Vilkårene følger uttrykkelig av ordlyden i ldl. §§ 6, 7, 8 og 9.⁵⁶ Det må foreligge direkte eller indirekte forskjellsbehandling, forskjellsbehandlingen må ha sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag (årsakskravet) og forskjellsbehandlingen må ikke være lovlig etter en nærmere helhetsvurdering.

Den videre fremstillingen tar utgangspunkt i grunnvilkårene. I punkt 3.2 redegjøres det først for religion og livssyn som diskrimineringsgrunnlag. Deretter behandles direkte og indirekte forskjellsbehandling sammen med årsakskravet (punkt 3.3). Til slutt gis det en nærmere gjennomgang av lovlig forskjellsbehandling (punkt 4).

3.2 Religion og livssyn som diskrimineringsgrunnlag

Etter ldl. § 6 første ledd er religion et vernet diskrimineringsgrunnlag, som det er forbudt å diskriminere på grunn av. Med «diskrimineringsgrunnlag» menes kjennetegn ved en person som gjør at personen behandles dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon.⁵⁷ Forbudet omfatter ikke bare eksisterende kjennetegn ved en person, men også «antatte, tidligere eller fremtidige forhold».⁵⁸ For eksempel er det ulovlig å diskriminere, fordi det antas at personen tilhører en religion, eller at personen tidligere har tilhørt en religion.⁵⁹

Normalt knytter diskrimineringen seg til personens egen religionsutøvelse. Forbudet er imidlertid utvidet slik at det også gjelder personer som diskrimineres «på grunn av sin tilknytning til en annen person» som tilhører en bestemt religion.⁶⁰ Rammedirektivet artikkel 2, Charteret artikkel 21 og EMK artikkel 14 inneholder ikke en slik presisering. I praksis er det likevel lagt til grunn at tilknytningsdiskriminering er forbudt. Et eksempel er EMDs avgjørelse i *Molla Sali mot Hellas*.⁶¹ I saken ble det konstatert brudd på EMK artikkel 14, fordi en kvinne ble diskriminert på grunn av at ektefellen var muslim.

Begrepet «religion» er ikke definert i likestillings- og diskrimineringsloven. Det samme gjelder rammedirektivet. I lovforarbeidene fremgår det at religionsbegrepet må tolkes «i tråd med blant annet EMK artikkel 9 og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

⁵⁶ Hellum og Strand (2022) side 230.

⁵⁷ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 10 side 61.

⁵⁸ Ldl. § 6 andre ledd.

⁵⁹ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 12.4.1.2 side 85.

⁶⁰ Ldl. § 6 tredje ledd.

⁶¹ *Molla Sali mot Hellas* [GC] 2018, no. 20452/14.

(EMD)». ⁶² EU-domstolen har også lagt til grunn at direktivet må tolkes i lys av EMK artikkel 9 og Charteret artikkel 10 (1). ⁶³ Det gjør at religion må forstås vidt, slik at det omfatter både «the *forum internum*, that is the fact of having a belief, and the *forum externum*, that is the manifestation of religious faith in public». ⁶⁴ Bruk av religiøse symboler er en form for «forum externum», fordi det er et uttrykk for den religiøse troen i det offentlige.

Selv om religion er et selvstendig diskrimineringsgrunnlag, vil normalt flere grunnlag berøres samtidig. Bakgrunnen er at mennesker kan ha flere personlige karakteristikk samtidig, noe som kan øke risiko og sårbarhet for diskriminering. ⁶⁵ Det er derfor lovregulert at «kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt». ⁶⁶ En nøytralitetspolitikk vil påvirke de ansatte i ulik grad, og en særlig utsatt gruppe er muslimske kvinner. ⁶⁷ I slike tilfeller kan det oppstå spørsmål om diskriminering på grunn av «religion, etnisitet og kjønn». ⁶⁸ Forutsetningen er at de «aktuelle grunnlagene faktisk har spilt en avgjørende rolle», og det «må bevises at den aktuelle kombinasjonen [...] har ført til forskjellsbehandling». ⁶⁹ I de sakene som behandles senere i avhandlingen fra EU-domstolen, tas det kun stilling til religion som diskrimineringsgrunnlag. Det skyldes at etnisitet og kjønn ikke er vernede grunnlag etter direktivet. ⁷⁰

Et annet diskrimineringsgrunnlag som henger tett sammen med religion, er «livssyn». ⁷¹ Livssyn er sidestilt med religion som diskrimineringsgrunnlag, og i praksis er det vanskelig å

⁶² Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 11.2.3.7 side 84.

⁶³ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 26-27, sak C-188/15 *Bouagnaoui* [GC] avsnitt 28-29, de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 48 og sak C-344/29 *L.F. mot S.C.R.L.* [C5] avsnitt 35.

⁶⁴ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 28, sak C-188/15 *Bouagnaoui* [GC] avsnitt 30, de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 45.

⁶⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 13.11.1 side 116.

⁶⁶ Ldl. § 6 første ledd.

⁶⁷ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 57 og 59 og LDN-2014-2.

⁶⁸ Se nemndas sak i LDN-2014-2, der det tas stilling til om et verdinøytralt uniformsreglement innebærer diskriminering på grunn av religion, etnisitet og kjønn.

⁶⁹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 13.11.1 side 116.

⁷⁰ Direktiv 2000/78/EF artikkel 1 og de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 58.

⁷¹ Ldl. § 6 første ledd.

trekke et klart skille. Det underbygges av at uttrykket «livssyn» omfatter både religiøse og sekulære livssyn.⁷² I ldl. § 6 første ledd er religion og livssyn adskilt med et komma, jf. formuleringen «religion, livssyn». Ordlyden skiller seg fra direktivets artikkel 1: «religion or belief». Spørsmålet er da om religion og livssyn skal anses som ett felles diskrimineringsgrunnlag, eller to selvstendige grunnlag.⁷³ Spørsmålet er relevant fordi enkelte bedrifter velger å innføre en vid nøytralitetspolitikk som ikke bare omfatter religiøse symboler, men også politiske og filosofiske symboler. Ordlyden i ldl. § 6 første ledd tilsier at det er tale om to selvstendige grunnlag. EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn at «the terms ‘religion’ and ‘belief’ must be analysed as two facets of the same single ground of discrimination».⁷⁴ Begrunnelsen er at direktivet referer til religion og livssyn samlet, i likhet med TEUV artikkel 19 og Charteret artikkel 21.⁷⁵

3.3 Direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av religion

Direkte og indirekte forskjellsbehandling er legaldefinert i ldl. §§ 7 og 8:

«Med direkte forskjellsbehandling menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.»

«Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløstelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.»⁷⁶

Grunnen til at det opereres med flere former for forskjellsbehandling, er at de omfatter ulike tilfeller der ulike hensyn gjør seg gjeldende. For å «fremme likestilling og hindre diskriminering» er det viktig at begge formene omfattes av diskrimineringsvernet.⁷⁷ Forbud

⁷² Jf. Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 11.2.3.7 side 84.

⁷³ Sak C-344/29 *L.F. mot SCRL* [C5] avsnitt 24.

⁷⁴ Sak C-344/29 *L.F. mot SCRL* [C5] avsnitt 26 og de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 47.

⁷⁵ Sak C-344/29 *L.F. mot SCRL* [C5] avsnitt 25 og de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 47.

⁷⁶ Definisjonene av direkte og indirekte forskjellsbehandling ligner i større grad på definisjonene i rammedirektivet enn i tidligere lover, se Prop. 81 L (2016-2017) side 110-112.

⁷⁷ Ldl. § 1 første ledd.

mot direkte diskriminering ivaretar formålet om formell likhet ved å hindre at «like tilfeller behandles ulikt».⁷⁸ Vern mot indirekte diskriminering bidrar til å sikre reell likhet, fordi man unngår at «ulike tilfeller behandles likt».⁷⁹

I det følgende redegjøres det for forskjellsbehandling mer generelt, før det går nærmere inn på direkte og indirekte forskjellsbehandling, samt betydningen av skillet. Underveis i drøftelsen tas det også stilling til kravet om årsakssammenheng.

3.3.1 Forskjellsbehandling

Ldl. §§ 7 og 8 gjelder ved forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling er handlinger, unnlatelser, praksis mv. som fører til at en person behandles eller stilles «dårligere» enn andre. Begrepet «dårligere» tilsier at forskjellsbehandlingen må være av negativ karakter. Ifølge forarbeidene er det ikke nødvendig at den som forskjellsbehandler «mente å diskriminere, eller at han eller hun forsto eller burde ha forstått at handlingen ville føre til et negativt resultat».⁸⁰ Det er tilstrekkelig å påvise at handlingen har en slik virkning. For eksempel kan forskjellsbehandling føre til tap av fordeler, økonomiske tap eller færre muligheter, men helt marginale og ubetydelige ulemper vil ikke oppfylle kravet.⁸¹ Forholdet må ha en konkret og direkte betydning for den som forskjellsbehandles, og det må foretas en objektiv vurdering av hva som anses som en negativ virkning.⁸²

Videre må det være en årsakssammenheng mellom den negative virkningen og et diskrimineringsgrunnlag. Årsakskravet utgjør det andre grunnvilkåret for at det skal foreligge diskriminering. Vilkåret innebærer at forskjellsbehandlingen må skje «på grunn av» religion. Ifølge forarbeidene er det «tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen skyldes et diskrimineringsgrunnlag».⁸³ Lovteksten og forarbeidene tilsier at religion ikke må være avgjørende for forskjellsbehandlingen, men det må foreligge en sammenheng mellom grunnlaget og forskjellsbehandlingen.⁸⁴

⁷⁸ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1.1 side 16.

⁷⁹ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1.1 side 16.

⁸⁰ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1.2 side 16.

⁸¹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.4.1 side 101-102.

⁸² Ibid. side 102.

⁸³ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.6 side 104.

⁸⁴ Se Hellum og Strand (2022) side 251-252 der nemndspraksis kritiseres, fordi det legges til grunn en høyere terskel enn det som kan utledes av Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral).

Forskjellsbehandling forutsetter en sammenligning mellom to eller flere personer, jf. «enn andre». Sammenligningen er noe ulik for direkte og indirekte forskjellsbehandling. For direkte forskjellsbehandling må personen bli behandlet dårligere enn andre «i en tilsvarende situasjon». En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at tilfellene må være tilnærmet lik. Etter forarbeidene må det foretas en konkret vurdering av om tilfellene er likeartet, men det stilles ikke krav om identiske situasjoner.⁸⁵

Som det fremgår av ordlyden i ldl. § 7 må personen behandles dårligere enn andre «blir, har blitt eller ville blitt». I de to første tilfellene finnes det en faktisk person å sammenligne med. Det kan være at en ansatt behandles dårligere enn sin kollega, eller tidligere kollega, på grunn av religion. Ordlyden «ville blitt» tilsier imidlertid at det ikke må foreligge en konkret sammenligningsperson. Det kan også sammenlignes med en hypotetisk person.⁸⁶

Sammenligningen vil i utgangspunktet være med personer «som ikke besitter det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget».⁸⁷ EU-domstolen har uttalt at sammenligningen ikke er begrenset til personer som tilhører en bestemt religion og de som ikke gjør det.⁸⁸ Det kan forstås som at det kan sammenlignes mellom ulike typer av religioner.

Ved indirekte forskjellsbehandling er utgangspunktet en gruppetilnærming.⁸⁹ Vurderingen knytter seg til en sammenligning mellom grupper, og ikke enkeltpersoner som ved direkte forskjellsbehandling. I proposisjonen til ldl. fremgår det at sammenligningen må «baseres på om det er en forskjell mellom de som kan oppfylle det bestemte nøytrale kriteriet [...], og de som ikke kan det». Hvis det bare er én person som rammes, må det være «typisk for det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget».⁹⁰

Selv om det ikke fremgår like klart av ldl. § 8 som i § 7, må det ikke foreligge konkrete personer å sammenligne med. I forarbeidene er det presisert at så lenge bestemmelser, betingelser, praksis mv. er «egnet til å stille noen dårligere», kan det være tale om indirekte forskjellsbehandling.⁹¹ Det utledes av ordlyden «vil stille».

⁸⁵ Prop. 81 L (2016-2017) side 314.

⁸⁶ Prop. 81 L (2016-2017) side 314.

⁸⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.5.1 side 103.

⁸⁸ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 49-50.

⁸⁹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.5.2 side 104 og HR-2022-350-A avsnitt 48.

⁹⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.5.2 side 104 og HR-2022-350-A avsnitt 48.

⁹¹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 8 side 315.

3.3.2 Direkte forskjellsbehandling

Direkte forskjellsbehandling kjennetegnes ved at det foreligger et diskriminerende element i selve handlingen eller dens begrunnelse.⁹² Dersom religion «begrunner eller direkte utløser» dårligere behandling, foreligger det direkte forskjellsbehandling.⁹³

Sak C-188/15 *Bougnaoui* illustrerer dette. Saken gjaldt en kvinnelig ingeniør i et privat selskap. Kvinnen ble sagt opp etter hun nektet å etterleve et forbud mot bruk av religiøse symboler i møte med selskapets kunder. Bakgrunnen var at en av kundene ikke ønsket tjenester fra ansatte som bar islamske hodeplagg. Bruken av hodeplagg skapte misnøye blant kundens ansatte. Selskapet hadde ingen klare retningslinjer om bruk av religiøse symboler, men det ble nevnt under ansettelsesprosessen at bruken kunne utgjøre et problem ved kundekontakt.

EU-domstolen ble anmodet om en prejudisiell avgjørelse om fortolkningen av rammedirektivet artikkel 4 (1). Spørsmålet var om artikkel 4 (1) skulle forstås slik at en kundes ønske om at tjenester ikke ble levert av ansatte med islamske hodeplagg, utgjorde en «genuine and determining occupational requirement» (nødvendig yrkesmessig krav).⁹⁴

Domstolen bygget på at forskjellsbehandlingen måtte anses som direkte, med mindre det gjaldt et generelt forbud i selskapet mot bruk av politiske, filosofiske eller religiøse symboler.⁹⁵ Lovligheten av forskjellsbehandlingen måtte i så fall begrunnes i at forbudet utgjorde et nødvendig yrkesmessig krav. EU-domstolen uttalte at egenskaper knyttet til religion i «very limited circumstances» kan utgjøre et nødvendig yrkesmessig krav.⁹⁶ Det avgjørende er om kravet kan begrunnes objektivt i yrkesaktivitetens karakter, eller i den sammenhengen aktiviteten utøves. Arbeidsgivers vilje til å ta hensyn til kundens særlige ønsker er subjektive hensyn, som ikke omfattes av bestemmelsen.⁹⁷

Et annet eksempel på direkte forskjellsbehandling, er de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel*. Sistnevnte sak gjaldt et privat selskap som drev en kjede med

⁹² Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.2.1 side 99.

⁹³ Skjønberg mfl. (2022) side 294.

⁹⁴ Sak C-188/15 *Bougnaoui* [GC] avsnitt 25, sml. Idl. § 9 andre ledd om nødvendig yrkesmessig krav.

⁹⁵ Sak C-188/15 *Bougnaoui* [GC] avsnitt 32.

⁹⁶ Sak C-188/15 *Bougnaoui* [GC] avsnitt 38.

⁹⁷ Sak C-188/15 *Bougnaoui* [GC] avsnitt 40.

apoteker i Tyskland. Selskapet innførte en nøytralitetspolitikk i alle apotekene som forbød «conspicuous, large-sized signs of any political, philosophical or religious beliefs».⁹⁸ Formålet med forbudet var å opprettholde nøytralitet i selskapet for å unngå konflikter blant arbeidstakerne. Det ble vist til at slike konflikter hadde oppstått tidligere. En av de ansatte (muslimsk kvinne) nektet å innrette seg etter forbudet, og ble senere sendt hjem.

EU-domstolen ble anmodet om å ta stilling til flere spørsmål.⁹⁹ Det sentrale spørsmålet var om en indirekte forskjellsbehandling kunne anses lovlig, dersom forbudet var begrenset til store, iøynefallende symboler, eller om forbudet måtte omfatte alle synlige politiske, filosofiske og religiøse symboler.¹⁰⁰ Etter EU-domstolens oppfatning var det mer nærliggende å konkludere med at forbudet kunne føre til direkte forskjellsbehandling.¹⁰¹ Begrunnelsen var at en begrenset nøytralitetsregel var egnet til å stille enkelte arbeidstakere dårligere enn andre, særlig der religionen krevde bruk av symboler av en viss størrelse.¹⁰² EU-domstolen uttalte at i slike tilfeller vil det være en direkte årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og religion som diskrimineringsgrunnlag.¹⁰³ Videre ble det lagt vekt på at det var tvilsomt om en begrenset nøytralitetspolitikk var egnet til å oppfylle det aktuelle formålet, og at det kunne stilles spørsmål omkring håndhevelsen av en slik policy.¹⁰⁴

3.3.3 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte forskjellsbehandling omfatter «enhver» tilsynelatende nøytral «bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse» som vil stille personer dårligere enn andre.¹⁰⁵ Bestemmelsens ordlyd må forstås vidt, slik at alternativene ikke er uttømmende. Ifølge forarbeidene omfattes også avtaler og vedtak, og det stilles ikke krav om at praksis mv. er skriftlig nedfelt.¹⁰⁶ Som nevnt ovenfor i *Bougnaoui*-saken, fantes det ingen skriftlige retningslinjer om bruk av religiøse symboler i arbeidstid. Det samme var tilfellet i *Secure*

⁹⁸ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 36.

⁹⁹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 42.

¹⁰⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 71.

¹⁰¹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 73 og 78.

¹⁰² De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 72.

¹⁰³ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 73.

¹⁰⁴ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 77.

¹⁰⁵ Ldl. § 8 i.f.

¹⁰⁶ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.2.3.2 side 100-101.

Solutions-saken, hvor det forelå en uskreven regel som forbød politiske, filosofiske eller religiøse symboler på arbeidsplassen.¹⁰⁷

Ved vurderingen av indirekte forskjellsbehandling rettes oppmerksomheten mot *virkningene* av bestemmelser, praksis mv.¹⁰⁸ Indirekte forskjellsbehandling kjennetegnes ved at tiltaket er «tilsynelatende nøytralt», men som i realiteten har en indirekte, negativ virkning for bestemte grupper.

På samme måte som direkte forskjellsbehandling, stilles det ikke krav om diskriminerende hensikt.¹⁰⁹ Det er særlig viktig for indirekte forskjellsbehandling, ettersom en praksis kan føre til utilsiktede skjevheter, selv om det ikke var hensikten eller et bevisst valg om å forskjellsbehandle. Det kan være praksiser som er iverksatt med det formål å ivareta legitime hensyn, men som faktisk vil ramme en bestemt gruppe.¹¹⁰

I forarbeidene fremgår det at indirekte forskjellsbehandling innebærer at «en handling får skjeve virkninger fordi ulike tilfeller behandles likt – det tas ikke hensyn til ulikhetene».¹¹¹ Som påpekt i innledningen er dette noe av problemet med en nøytralitetspolitikk. En generell nøytralitetspolitikk behandler alle arbeidstakerne likt, men det tas ikke hensyn til at religion påvirkes mer enn politiske, filosofiske og sekulære overbevisninger, eller at enkelte religioner påvirkes mer enn andre. En agnostiker vil sjeldnere gi uttrykk for sin tro gjennom symboler, sammenlignet med personer som tilhører en bestemt religion. Det er også forskjeller blant religionene, ettersom noen av dem krever at visse plagg og symboler brukes. Slike ulikheter bør det tas hensyn til for å oppnå reell likhet, og det er derfor vernet mot indirekte diskriminering gjør seg gjeldende i tilfeller der selskapets policy forbyr alle typer av overbevisninger og syn.

Basert på de nevnte EU-avgjørelsene ovenfor, kan det utledes at et generelt forbud mot religiøse, politiske og filosofiske overbevisninger, reiser spørsmål om indirekte

¹⁰⁷ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 11. Saken er nærmere omtalt i punkt 3.3.4. Se også LDN-2014-46 der NRKs nøytralitetspolitikk ikke var skriftlig nedfelt, men fulgte av fast og langvarig praksis siden 1960-tallet.

¹⁰⁸ Skjønberg mfl. (2022) side 295.

¹⁰⁹ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1.2 side 16.

¹¹⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 8 side 314-315.

¹¹¹ Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 2.1.1 side 16.

forskjellsbehandling.¹¹² Dersom forbudet begrenses til bestemte overbevisninger, eller bestemte symboler, vil det være et spørsmål om direkte forskjellsbehandling.¹¹³ Det har sammenheng med at et generelt forbud, som ikke skiller mellom ulike overbevisninger, er ikke «motivert av eller direkte knyttet til» religion som diskrimineringsgrunnlag.¹¹⁴ EU-domstolen beskriver dette på følgende måte:

«Since every person may have a religion or belief, such a rule, provided that it is applied in a general and undifferentiated way, does not establish a difference of treatment based on a criterion that is *inextricably linked* to religion or belief».¹¹⁵ (min kursivering)

En slik forståelse har også blitt lagt til grunn av nemnda i LDN-2014-46. Spørsmålet i saken var om NRKs forbud mot religiøse symboler under TV-sending innebar diskriminering på grunn av religion. NRK hadde en fast og langvarig praksis om at programledere ikke kunne bruke religiøse, politiske eller ideologiske symboler under TV-sending. Forbudet omfattet alle symboler uavhengig av religion, herunder kors, hijab, humanistsymboler, turban osv. På spørsmålet om forbudet innebar direkte eller indirekte forskjellsbehandling, uttalte nemnda at:

«Ombudet har lagt til grunn at saken reiser spørsmål om direkte diskriminering. Nemnda er ikke enig med ombudet i dette. NRKs forbud mot bruk av blant annet religiøse symboler gjelder alle religiøse, politiske eller ideologiske symboler. Nemnda legger til grunn at det dreier seg om en tilsynelatende nøytral regel som fører til at noen arbeidstakere stilles dårligere enn andre på grunn av religion. Nemnda vil derfor vurdere saken med utgangspunkt i forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av religion».

Etter rammedirektivet foreligger det indirekte forskjellsbehandling dersom personer stilles «særlig ufordelagtig» i forhold til andre personer.¹¹⁶ Ordlyden skiller seg fra formuleringen «dårligere» i ldl. § 8. Uttrykket «særlig ufordelagtig» tilsier at terskelen er høyere for å

¹¹² Sak C-188/15 *Bougnouui* [GC] avsnitt 32 og de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 78.

¹¹³ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 78.

¹¹⁴ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 8 side 314.

¹¹⁵ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 52.

¹¹⁶ Direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 bokstav b (dansk versjon).

konstatere indirekte forskjellsbehandling etter direktivet. Norsk rett gir dermed et sterkere vern enn det som følger av EU-direktivet.¹¹⁷ Det har sammenheng med at direktivet er et minimumsdirektiv, slik at norske myndigheter står fritt til å gi et sterkere vern mot indirekte forskjellsbehandling.¹¹⁸ Selv om direktivets ordlyd tyder på at terskelen er høyere i EU-retten, har EU-domstolen presisert at det er tilstrekkelig at personer stilles «ufordelagtig» sammenlignet med andre.¹¹⁹

3.3.4 Betydningen av skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling

Grensen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling kan i praksis være vanskelig å trekke.¹²⁰ Sondringen har imidlertid stor betydning for vurderingen av om forskjellsbehandlingen er lovlig etter ldl. § 9.

Den generelle bestemmelsen i § 9 første ledd gjelder både for direkte og indirekte forskjellsbehandling. Bestemmelsen oppstiller krav om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet. For direkte forskjellsbehandling er det et tilleggsvilkår om at «egenskapen har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket».¹²¹ Lovens system samsvarer med oppbyggingen av rammedirektivet.¹²² Som forklart ovenfor i *Bouagnaoui*-saken, uttalte EU-domstolen at direkte forskjellsbehandling bare kan tillates, dersom religion utgjør en «genuine and determining occupational requirement».¹²³

Lovens struktur tyder på at adgangen til direkte forskjellsbehandling er snevrere, ettersom det stilles flere krav for at forskjellsbehandlingen skal anses lovlig. En slik forståelse underbygges av lovforarbeidene:

«Det skal generelt mer til for at en direkte forskjellsbehandling skal være lovlig enn en indirekte forskjellsbehandling. Dette har sammenheng med at forbudet mot direkte forskjellsbehandling bare omfatter forskjellsbehandling som har et diskriminerende

¹¹⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 12.4.1 side 106.

¹¹⁸ Direktiv 2000/78/EF artikkel 8 nr. 1.

¹¹⁹ Sak C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* [GC] avsnitt 99.

¹²⁰ Se sakene DIN-2018-48 og DIN-2018-325 der nemndas flertall mente at forskjellsbehandlingen var indirekte, mens mindretallet mente forskjellsbehandlingen var direkte.

¹²¹ Ldl. § 9 andre ledd.

¹²² Sml. direktiv 2000/78/EF artikkel 2 og 4.

¹²³ Sak C-188/15 *Bouagnaoui* [GC] avsnitt 34-35.

element i selve handlingen eller dens begrunnelse, mens forbudet mot indirekte forskjellsbehandling knytter seg til handlinger eller praksiser som er tilsynelatende nøytrale, og som dermed *oftere* vil være saklige. [...] Dette kan føre til at indirekte forskjellsbehandling oftere må tillates som følge av en forholdsmessighetsvurdering» (min kursivering).¹²⁴

Uttalelsen kan forstås som at terskelen er høyere for at direkte forskjellsbehandling skal anses lovlig. Tidligere generaladvokat i EU-domstolen, Eleanor Sharpston, har uttalt at det er en tendens til at domstolen vurderer direkte forskjellsbehandling strengere. Prøvingsintensiteten er sterkere både i de individuelle sakene, men også i anbefalingene til de nasjonale domstolene.¹²⁵ Etter Sharpstons oppfatning bør indirekte forskjellsbehandling vurderes like strengt som direkte forskjellsbehandling.¹²⁶ Det reiser spørsmål om terskelen for direkte og indirekte forskjellsbehandling, bør være den samme.

På den ene siden kan det hevdes at direkte forskjellsbehandling er mer alvorlig, ettersom forskjellsbehandlingen vil være direkte knyttet til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. På den andre siden har det liten betydning for arbeidstaker om forskjellsbehandlingen er direkte eller indirekte. I begge tilfeller kan det føre til innskrenkninger i religionsfriheten, og i verste fall medføre utestenging fra arbeidslivet. Sharpston mener at grunnen til at terskelen settes lavere, følger av selve naturen til indirekte forskjellsbehandling som rettslig institutt.¹²⁷ Det har sammenheng med at:

«Because the criterion is, indeed, *neutral* rather than overtly discriminatory, that may perhaps generate a kind of unspoken assumption that in applying that neutral criterion, the employer's intentions were straightforward and honourable. He did not *mean* to discriminate (had he had such an intention, he would have picked and used an overtly discriminatory criterion). Any discrimination that in fact occurred as a result of applying that neutral criterion was not the objective of the employer's action, but merely an unfortunate side-effect. It is very easy to carry that unspoken assumption (if

¹²⁴ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.2 side 119.

¹²⁵ Sharpston (2021) avsnitt 203.

¹²⁶ Sharpston (2021) avsnitt 205.

¹²⁷ Sharpston (2021) avsnitt 206.

it is made) across to the subsequent analysis of the justification advanced and to scrutinise the latter with a correspondingly friendly eye».¹²⁸

Sharpstons synspunkt har likhetstrekk med uttalelsen i forarbeidene. Indirekte forskjellsbehandling knytter seg til handlinger mv. som er «tilsynelatende nøytrale, og som dermed *oftere* vil være saklige» (min kursivering).¹²⁹ En slik presumsjon kan, som Sharpston fremhever, medføre at indirekte forskjellsbehandling vurderes lempeligere enn direkte forskjellsbehandling.

Et annet argument for at vurderingene bør være like strenge, er at direkte forskjellsbehandling kan *maskeres* som indirekte forskjellsbehandling. I teorien omtales det som «skjult» eller «tildekket» direkte forskjellsbehandling.¹³⁰ Problemet med «skjult» direkte forskjellsbehandling kan forklares med utgangspunkt i sak C-157/15 *Secure Solutions*.

Saken gjaldt et privat selskap som leverte resepsjonstjenester for offentlige og private aktører. Selskapet hadde en muntlig og intern nøytralitetspolitikk som forbød politiske, filosofiske eller religiøse symboler på arbeidsplassen. Klageren ble kjent med forbudet tre år etter ansettelsen, da hun fortalte sjefen om at hun ønsket å bruke hijab. Klageren ble senere sagt opp, fordi hun nektet å følge selskapets policy. EU-domstolen kom fram til at nøytralitetsregelen kunne innebære indirekte forskjellsbehandling. Begrunnelsen var at regelen var generelt utformet, og den skilte ikke mellom arbeidstakerne.¹³¹

Sharpston mener at en slik generell nøytralitetspolitikk kan være et skalkeskjul for direkte diskriminering:

«Whilst the application of a neutral criterion may sometimes, indeed, result in inadvertent indirect discrimination, it is also perfectly possible to conceive of circumstances in which the employer does in fact intend to discriminate on a prohibited ground, but is sufficiently intelligent or well advised to arrange matters so

¹²⁸ Sharpston (2021) avsnitt 207.

¹²⁹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.2 side 119.

¹³⁰ Skjønberg mfl. (2022) side 297 og Hellum og Strand (2022) side 307.

¹³¹ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 30 og 34.

that the measures that he takes fall to be classified as indirect, rather than direct, discrimination». ¹³²

Kjernen i det siterte er at det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver i realiteten ønsker å forby at én eller flere personer i bedriften bruker religiøse symboler på arbeidsplassen. For å unngå den strenge vurderingen av direkte forskjellsbehandling, kan arbeidsgiver forholdsvis enkelt utforme en vid og generell policy som i *Secure Solutions*. På den måten vil det ifølge EU-domstolen være et spørsmål om indirekte forskjellsbehandling, hvor prøvingsintensiteten, generelt sett er lavere.

Sharpstons synspunkt har gode grunner for seg. Etter min oppfatning vil det være enklere å avdekke «skjult» direkte forskjellsbehandling, dersom indirekte forskjellsbehandling vurderes minst like strengt som direkte forskjellsbehandling. Det vil bidra til å sikre et mer reelt og effektivt vern mot diskriminering.

Oppsummert kan det sies at sontringen mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling, har stor betydning for den videre vurderingen av om forskjellsbehandlingen er lovlig. Selv om det i praksis er tendenser til at direkte forskjellsbehandling vurderes strengere, finnes det gode argumenter for at prøvingsintensiteten bør være den samme for direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det gjelder særlig tilfeller hvor det kan være «skjult» direkte diskriminering, og ikke minst der nøytralitetspraksisen følger av en «unwritten rule». ¹³³

4 Lovlig forskjellsbehandling

4.1 Vilkårene for lovlig forskjellsbehandling

Ikke all forskjellsbehandling på grunn av religion utgjør diskriminering. Etter ldl. § 9 første ledd er forskjellsbehandling tillatt dersom den har et «saklig formål», er «nødvendig for å oppnå formålet» og «ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles».

¹³² Sharpston (2021) avsnitt 209.

¹³³ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 11.

Bestemmelsen gir anvisning på en bred forholdsmessighetsvurdering som rommer et formålskrav, et nødvendighetskrav og en vurdering av forholdsmessighet (i snever forstand).¹³⁴ Alle kravene må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig.

Ved vurderingen undersøkes begrunnelsen bak forskjellsbehandlingen, og konsekvensene av den. Ifølge forarbeidene skal adgangen til lovlig forskjellsbehandling tolkes restriktivt, for å unngå uthuling av diskrimineringsforbudet.¹³⁵ Tilsvarende er lagt til grunn av EU-domstolen.¹³⁶ Det har sammenheng med at lovlig forskjellsbehandling innebærer et unntak fra prinsippet om likebehandling.¹³⁷

I hvilken grad forskjellsbehandling er lovlig avhenger av en rekke forhold. Forarbeidene nevner flere momenter, herunder «hvilket diskrimineringsgrunnlag som rammes, om det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling, hvilke rettigheter som er berørt og hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen har skjedd på».¹³⁸

Som forklart er det en videre adgang til indirekte forskjellsbehandling enn direkte forskjellsbehandling.¹³⁹ For oppgavens del har det særlig betydning at forskjellsbehandlingen knytter seg til religion. Religionsfrihet er en grunnleggende rettighet, noe som gjør at det kreves tungtveiende grunner for at forskjellsbehandlingen skal anses forholdsmessig. Adgangen til forskjellsbehandling er også snevrere i arbeidslivet. I arbeidsforhold skal det generelt mye til før forskjellsbehandling kan aksepteres, fordi arbeid er av stor betydning for den enkelte.¹⁴⁰

Den videre fremstillingen forutsetter at det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Spørsmålet knytter seg til om arbeidsgivers formål om verdinøytralitet oppfyller vilkårene for lovlig forskjellsbehandling. I det følgende gis det en nærmere redegjørelse for innholdet av vilkårene, før de problematiseres i lys av EU-domstolens praksis.

¹³⁴ Hellum og Strand (2022) side 257.

¹³⁵ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.3 side 120.

¹³⁶ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 61.

¹³⁷ Ldl. § 1.

¹³⁸ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 9 side 315.

¹³⁹ Se punkt 3.3.4.

¹⁴⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.3 side 119.

4.2 Er nøytralitet et legitimt og saklig formål?

Det første vilkåret er at forskjellsbehandlingen har et «saklig formål». ¹⁴¹ En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at formålet må begrunnes i legitime hensyn. Hvorvidt et formål er saklig, beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Det sentrale er om formålet ivaretar en beskyttelsesverdig interesse som tilsier at prinsippet om likebehandling bør vike. ¹⁴²

Spørsmålet om nøytralitet utgjør et saklig formål, har blitt behandlet av EU-domstolen i flere saker. Tidligere har EU-domstolen nærmest konstatert, uten noen særlig drøftelse, at det må anses som et legitimt formål. Et godt eksempel er *Secure Solutions*-saken. ¹⁴³ Domstolen la til grunn at:

«[T]he desire to display, in relations with both public and private sector customers, a policy of political, philosophical or religious neutrality must be considered legitimate». ¹⁴⁴

Begrunnelsen var at:

«An employer's wish to project an image of neutrality towards customers relates to the freedom to conduct a business that is recognised in Article 16 of the Charter and is, in principle, legitimate, notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those workers who are required to come into contact with the employer's customers». ¹⁴⁵

Det ble også vist til EMDs avgjørelse i *Eweida mfl. mot Storbritannia*, hvor det fremgår at «the employer's wish to project a certain corporate image [...] was undoubtedly legitimate». ¹⁴⁶

Selv om domstolene er tydelige på at en verdinøytral fremtoning overfor kundene er et legitimt formål, kan det stilles spørsmål omkring begrunnelsen. På den ene siden må «freedom to conduct a business» anses som en grunnleggende rettighet som følge av

¹⁴¹ Ldl. § 9 første ledd bokstav a.

¹⁴² Prop. 81 L (2016-2017) side 118 og 315.

¹⁴³ Se punkt 3.3.4. om faktum i saken.

¹⁴⁴ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 37.

¹⁴⁵ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 38

¹⁴⁶ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 39, jf. *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 94.

forankringen i EU-Charter artikkel 16. Det taler for at formålet ivaretar en «beskyttelsesverdig interesse».¹⁴⁷ EU-domstolen begrunner imidlertid ikke hvorfor prinsippet om likebehandling må vike for nøytralitetsformålet. Det legges bare til grunn, noe som gjør det vanskelig å følge domstolens argumentasjon, særlig når unntak fra likebehandlingsprinsippet i utgangspunktet skal tolkes restriktivt.¹⁴⁸

Et annet poeng er at næringsfrihet ikke står like sterkt sammenlignet med religionsfrihet. Det følger av ordlyden i artikkel 16 at «freedom to conduct a business [...] is recognised», mens i artikkel 10 nr. 1 fremgår det at «[e]veryone has the right to freedom of thought, conscience and religion» (min kursivering).¹⁴⁹ Det taler også for at EU-domstolen kunne vært tydeligere på hvorfor likebehandlingsprinsippet må vike.

Siden *Secure Solutions*-saken ble avsagt, har formålkravet blitt videreutviklet. Den sentrale avgjørelsen er de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel*. Førstnevnte sak gjaldt en muslimsk kvinne som arbeidet i en privat barnehage. Kvinnen ble nektet å bruke hijab i barnehagen, fordi det var i strid med selskapets policy. Selskapet ønsket å fremstå nøytral overfor barna og foreldrene. Det ble derfor innført en intern regel som forbød bruk av alle synlige politiske, filosofiske eller religiøse symboler på arbeidsplassen. Formålet med regelen var å ivareta barnas og foreldrenes rettigheter og legitime ønsker.

EU-domstolen viste til avgjørelsen i *Secure Solutions*, og var enig i at arbeidsgivers ønske om en verdinøytral profil, var et legitimt formål.¹⁵⁰ Domstolen uttalte imidlertid at selv om formålet i prinsippet er legitimt, er det ikke tilstrekkelig for å oppfylle formålkravet i direktivet. Etter artikkel 2 nr. 2 (b) (i) må formålet i tillegg være «objectively justified». Det innebærer at «a justification can be regarded as being objective *only* where there is a genuine need on the part of that employer, which it is for that employer to demonstrate» (min kursivering).¹⁵¹

Uttalelsen kan forstås som en skjerpelse av formålkravet, fordi arbeidsgiver må bevise at det foreligger et reelt behov for en nøytralitetspolitikk. Det samsvarer med direktivets artikkel 10

¹⁴⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 118.

¹⁴⁸ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 61.

¹⁴⁹ En slik forståelse underbygges av praksis, se f.eks. sak C-283/11 *Sky Österreich* [GC] avsnitt 46.

¹⁵⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 63.

¹⁵¹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 64.

nr. 1, som legger bevisbyrden på arbeidsgiver for at likebehandlingsprinsippet ikke er blitt tilsidesatt.

For at arbeidsgiver skal ha et reelt behov for en nøytralitetspolitikk, må arbeidsgiver bevise at manglende regulering vil føre til negative konsekvenser for virksomheten.¹⁵² Domstolen fremhever at det kan tas hensyn til rettigheter og legitime ønsker fra kunder.¹⁵³ I avsnitt 65 fremgår det at:

«That is the case, for example, of parents' right to ensure the education and teaching of their children in accordance with their religious, philosophical and teaching beliefs recognised in Article 14 of the Charter or their wish to have their children supervised by persons who do not manifest their religion or belief when they are in contact with the children with the aim, inter alia, of 'guaranteeing the free and personal development of children as regards religion, belief and policy', as mentioned in the staff instructions adopted by WABE.»

Domstolen presiserer imidlertid at slike tilfeller må holdes atskilt fra saker som *Bouagnaoui*.¹⁵⁴ Det fremgår ikke uttrykkelig av dommen, men det som skiller *Bouagnaoui* er at arbeidsgiver ikke kan ta hensyn til subjektive ønsker fra kunder.¹⁵⁵ I saken nektet en av kundene å motta tjenester fra en muslimsk kvinne som brukte hijab, selv om bruken ikke var nødvendig for utførelsen av arbeidet. Barn er imidlertid en særlig utsatt gruppe, slik at det må anses objektivt at arbeidsgiver tar hensyn til foreldrenes rett til å velge barnets religiøse oppdragelse.

Spørsmålet om nøytralitet utgjør et saklig formål, har også blitt behandlet i norsk rett. Praksis fra nemnda viser at det kreves en nærmere begrunnelse på hvorfor nøytralitet bidrar til å tjene virksomhetens profil. Illustrerende i så måte er LDN-2017-2. Saken gjaldt et privat sykehjem som anførte nøytralitet som begrunnelse for å nekte religiøse hodeplagg på arbeidsplassen. Etter flertallets syn, kunne ikke nøytralitet anses som saklig i seg selv. Det ble uttalt at:

«[B]ehovet for 'nøytral' uniform [må] begrunnes i noe mer enn et ønske om at ansatte skal fremstå som sekulære overfor andre. Dersom enhver virksomhet som har et

¹⁵² De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 67.

¹⁵³ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 65.

¹⁵⁴ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 66.

¹⁵⁵ Sak C-188/15 *Bouagnaoui* [GC] avsnitt 40.

uniformsreglement, kan forby bruk av religiøse plagg, vil diskrimineringsvernet fremstå som illusorisk».

Nemndas tilnærming synes å være i tråd med EU-domstolens krav om «genuine need» i *WABE*-saken. Det som gjør nemndas avgjørelse interessant, er at den ble avsagt nesten samtidig som *Secure Solutions*. I *Secure Solutions* behandles formålkravet i liten grad, og det sies ingen ting om at formålet må være «objectively justified», selv om det fremgår av ordlyden i direktivet.

Det kan reises spørsmål om hvorfor EU-domstolen oppstiller et krav om «genuine need». Det fremgår ikke av *WABE/Müller*-sakene, men EU-domstolen har uttalt i en senere avgjørelse at:

«That interpretation is inspired by the concern to encourage, as a matter of principle, tolerance and respect, as well as acceptance of a greater degree of diversity, and to avoid abuse of a policy of neutrality established within an undertaking to the detriment of workers who observe religious precepts requiring the wearing of certain items of clothing».¹⁵⁶

Oppsummeringsvis kan det sies at etter *WABE/Müller*-sakene har formålkravet i EU-retten blitt strengere. Arbeidsgivers ønske om en verdinøytral virksomhet er i utgangspunktet legitimt, men ikke tilstrekkelig til å begrunne en forskjellsbehandling. Arbeidsgiver må i tillegg bevise at det foreligger et reelt behov for nøytralitet. Kravet om reelt behov bygger på prinsipper om toleranse, respekt og mangfold, og er ment å forhindre misbruk av nøytralitetspolitikk overfor arbeidstakere som bruker religiøse symboler på grunn av sin religion.¹⁵⁷ Nemndas praksis synes å være i overensstemmelse med EU-retten, fordi det kreves en nærmere begrunnelse for nøytralitet.

¹⁵⁶ Sak C-344/20 *L.F. mot S.C.R.L.* [C5] avsnitt 41.

¹⁵⁷ Sak C-344/20 *L.F. mot S.C.R.L.* [C5] avsnitt 41.

4.3 Oppfyller nøytralitetstiltaket kravet om nødvendighet?

Det andre vilkåret er at forskjellsbehandlingen må være «nødvendig» for å oppnå det saklige formålet.¹⁵⁸ Hvorvidt en forskjellsbehandling er nødvendig, må vurderes konkret.¹⁵⁹ Dersom flere formål søkes oppnådd gjennom et tiltak, må det foretas en vurdering av hvert enkelt formål.¹⁶⁰

En naturlig språklig forståelse av «nødvendig» er at terskelen er høy for at vilkåret skal anses oppfylt. Ifølge forarbeidene kreves det ikke at tiltaket er absolutt nødvendig, men det må være «egnet» til å oppnå formålet.¹⁶¹ Det fremheves at kravet til egnethet ligger implisitt i nødvendighetsvilkåret.¹⁶² I motsetning til ldl. § 9, fremgår det uttrykkelig av rammedirektivet at midlene for å oppnå formålet må være «appropriate» (hensiktsmessig).¹⁶³

Allerede innledningsvis kan det konstateres at et forbud mot politiske, filosofiske og religiøse overbevisninger, er *egnet* til å oppnå formålet om en verdinøytral virksomhet.¹⁶⁴ Det sentrale er imidlertid om det samme formålet kan oppnås med mindre inngripende tiltak.¹⁶⁵ Dersom det finnes andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, og som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, «vil dette være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig».¹⁶⁶

For å ta stilling til om det finnes alternativer som ikke har en diskriminerende virkning, er det nødvendig å se hen til praksis. Praksis fra EU-domstolen gir i denne sammenhengen lite veiledning. Det skyldes at domstolen ikke foretar en konkret vurdering av om tiltaket er hensiktsmessig, men overlater det til de nasjonale domstolene.¹⁶⁷ Som en retningslinje for de nasjonale domstolene, har domstolen uttalt at hensiktsmessigheten av en nøytralitetspolitikk

¹⁵⁸ Ldl. § 9 første ledd bokstav b).

¹⁵⁹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁶⁰ Hellum og Strand (2022) side 258.

¹⁶¹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 9 side 315.

¹⁶² Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁶³ Direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 bokstav b) (i).

¹⁶⁴ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 40.

¹⁶⁵ Hellum og Strand (2022) side 258.

¹⁶⁶ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁶⁷ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 41.

beror på om praksisen er «genuinely pursued in a consistent and systematic manner».¹⁶⁸ Det kan forstås som at praksisen må være sammenhengende og systematisk.

Selv om EU-domstolen ikke foretar en egen vurdering av om tiltaket er hensiktsmessig, kan domsavgjørelsene brukes som eksempel for å problematisere vilkåret. I det følgende tas det utgangspunkt i *WABE/Müller*-sakene.

4.3.1 Sak C-804/18 WABE

Som en del av selskapets policy, hadde WABE gjennomført den såkalte Hamburg-anbefalingen.¹⁶⁹ anbefalingen lyder slik:

«All child day care facilities have the task of addressing and explaining fundamental ethical questions as well as religious and other beliefs as part of the living environment. Child day care centres therefore provide space for children to consider the [...] question of God. They support the children in expressing feelings and beliefs on these questions. The possibility of looking at these questions in a curious and inquisitive manner leads to consideration of the substance and traditions of the religious and cultural orientations represented in the group of children. This develops appreciation and respect for other religions, cultures and beliefs. This consideration increases the child's self-understanding and experience of a functioning society. The children also experience and actively contribute to religiously rooted festivals in the course of the year. By encountering other religions, children experience different forms of reflection, faith and spirituality».¹⁷⁰

I dommen fremheves det at WABE følger anbefalingen uten forbehold.¹⁷¹ Det kan forstås som at selskapets siktemål er å oppfylle formålene i anbefalingen. Som nevnt ønsker selskapet å fremstå nøytral av hensyn til barna og foreldrene. Deres interesser danner bakgrunnen for selskapets nøytralitetspolitikk. Vurderingen av om nøytralitetspolitikken er nødvendig må derfor ses i lys av anbefalingen.

¹⁶⁸ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 40 og de forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 68.

¹⁶⁹ Faktum i saken er nærmere beskrevet i punkt 4.2.

¹⁷⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 23.

¹⁷¹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 23.

Om selskapets nøytralitetspolitikk fremgår det at:

«WABE is ‘non-denominational and expressly welcomes religious and cultural diversity. In order to guarantee the children’s individual and free development with regard to religion, belief and politics, ... employees are required to observe strictly the requirement of neutrality that applies in respect of parents, children and third parties. WABE pursues a policy of political, philosophical and religious neutrality in respect thereof’. [...]

- Employees shall not make any political, philosophical or religious statements to parents, children and third parties in the workplace.

- Employees shall not wear any signs of their political, philosophical or religious beliefs that are visible to parents, children and third parties in the workplace.

- Employees shall not give expression to any related customs to parents, children and third parties in the workplace». ¹⁷²

Selskapets policy innebærer nærmest et totalforbud mot enhver form for religionsutøvelse.

Barn er en særlig utsatt gruppe som påvirkes i stor grad av ytre omgivelser. Hensynet til barna er et tungtveiende moment, som taler for at en streng nøytralitetspolitikk må anses som nødvendig.

Et annet moment er at WABE ba en annen ansatt om å fjerne et kors. Det taler for at praksisen er «genuinely pursued in a consistent and systematic manner». ¹⁷³ Som EU-domstolen påpeker, må det imidlertid undersøkes om praksisen er gjennomført konsekvent overfor alle de ansatte. ¹⁷⁴

På den annen side kan det hevdes at nøytralitetsregelen og anbefalingen er nokså selvmotsigende. Det vil være vanskelig for barn å oppleve og bli kjent med andre religioner på en naturlig måte, dersom det legges for strenge restriksjoner på hva de ansatte kan gi uttrykk for, eller uttale seg om religiøse skikker og kutyper. I slike situasjoner kan grensedragningen mellom hva som er tillatt eller ikke, by på utfordringer. Det bidrar til å

¹⁷² De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 25.

¹⁷³ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 68.

¹⁷⁴ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 54.

skape tvil om praksisen kan gjennomføres «consistent and systematic», noe som svekker egnetheten av nøytralitetspolitikken.

Videre er det av stor betydning om det foreligger andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer. Sharpston kommer her med flere gode poenger:

«Dare to imagine giving the staff permission to *practise* their religion at the workplace – I emphasise: to *practise* their religion, *not proselytise* for their religion. Let us (for example) allow them to wash their hands ritually before eating; or to say a grace before, or a thanksgiving after, a meal. [...] Again to be (very) clear: the teachers (and other staff) would *not* be instructing the children to conduct themselves in a particular way in order, like their teacher, to obey the precepts of a particular faith. They would simply be complying with their own religious requirements and manifesting their own religious beliefs.

In such an environment, the children’s natural curiosity would go into overdrive. They would question the adults’ observances, practices and clothing. [...] The staff would be subject to a strict professional obligation (backed up by disciplinary sanctions) to answer the children’s questions honestly and objectively, *without* proselytising. The children would be exposed in a natural, relaxed, unthreatening way to a world of religious and philosophical diversity. By thus directly ‘encountering other religions’, the children would truly ‘experience different forms of reflection, faith and spirituality’. In the process, they might indeed develop ‘appreciation and respect for other religions and cultures’. It is perhaps permitted to wonder whether, in contrast, a prohibition on the wearing of mandated religious apparel does in reality send that desired message of respect and tolerance». ¹⁷⁵

Basert på uttalelsen kan det utledes at det er en stor forskjell mellom å praktisere sin religion og «proselytising». Sistnevnte innebærer at de ansatte konverterer eller instruerer barna til å opptre i tråd med deres egen religion. Å forklare hvorfor man bruker religiøse plagg på en objektiv måte, er ikke det samme som å overbevise andre om en religiøs oppfatning. Det er heller ingen automatikk i at bruk av religiøse plagg har en slik virkning. I stedet for å forby

¹⁷⁵ Sharpston (2021) avsnitt 233-234.

religiøse symboler på arbeidsplassen, vil et mer egnet og direkte tiltak være å innføre strenge reguleringer og sanksjoner mot «proselytising».

En slik løsning har flere fordeler. Tiltak mot «proselytising» er egnet til å ivareta barnas og foreldrenes interesser, samtidig som det unngås at ansatte utsettes for diskriminering. Videre er tiltaket både oppnåelig og det kan kontrolleres, noe som taler for at det heller ikke er «uforholdsmessig ressurskrevende».¹⁷⁶ På denne bakgrunnen kan det hevdes at forbudet mot religiøse symboler ikke er nødvendig for å oppnå det aktuelle formålet. Basert på forarbeidene vil dette være et «sterkt argument» for at nøytralitetspolitikken i WABE ikke er nødvendig.¹⁷⁷

4.3.2 Sak C-341/19 MH Müller Handel

I *Müller*-saken hadde selskapet innført et forbud mot «conspicuous, large-sized signs of any political, philosophical or religious beliefs». Formålet med nøytralitetspolitikken var å unngå konflikter blant arbeidstakerne, fordi det tidligere hadde oppstått diskusjoner om politikk, filosofi og religion.¹⁷⁸

EU-domstolen ble anmodet om å ta stilling til om artikkel 2 nr. 2 (b) (i) skal tolkes slik at forbudet innebærer indirekte forskjellsbehandling. Som forklart anså domstolen det som mer nærliggende at forbudet kunne føre til direkte forskjellsbehandling.¹⁷⁹ Domstolen presiserte imidlertid at dersom det konkluderes med indirekte forskjellsbehandling, må det vurderes om tiltaket er hensiktsmessig.¹⁸⁰

På spørsmålet om forbudet er egnet til å oppnå formålet, uttaler domstolen at nøytralitetspolitikken må omfatte alle synlige symboler for at den skal være effektiv. Dersom forbudet begrenses til store, iøynefallende symboler, vil symboler som ikke omfattes av forbudet, undergrave tiltakets egnethet til å oppnå nøytralitet. Det gjør at det kan oppstå tvil om praksisen kan gjennomføres konsekvent.¹⁸¹

Domstolen legger altså til grunn at kravet til egnethet ikke er oppfylt. Forskjellsbehandlingen kan derfor ikke anses lovlig etter artikkel 2 nr. 2 (b) (i). På denne bakgrunnen konkluderes det

¹⁷⁶ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁷⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁷⁸ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 75.

¹⁷⁹ Se punkt 3.3.2.

¹⁸⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 74 og 76.

¹⁸¹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 77.

med at forbudet ikke innebærer indirekte forskjellsbehandling, med mindre det omfatter alle synlige symboler. Etter domstolens oppfatning er en begrenset nøytralitetspolitikk «liable to constitute direct discrimination on the grounds of religion or belief, *which cannot in any event be justified on the basis of that provision*» (min kursivering).¹⁸²

Den siste delen av uttalelsen må ses i lys av at skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling har betydning for kravet til hensiktsmessighet. Det følger av ordlyden i artikkel 2 nr. 2 (b) (i) at kravet kun gjelder for indirekte forskjellsbehandling. I norsk rett har skillet derimot ingen betydning, ettersom nødvendighetsvilkåret gjelder både for direkte og indirekte forskjellsbehandling.¹⁸³

Sammenlignet med *WABE*-saken behandler domstolen hensiktsmessighetskravet i større grad. Behandlingen holdes likevel kort, slik at kravet kan problematiseres ytterligere. Et naturlig spørsmål å stille er om selskapet kan unngå konflikter på andre måter enn å forby religiøse symboler.

I *Müller*-saken fremgår det at konfliktene i selskapet knyttet seg til ulike religioner og kulturer, men det presiseres ikke hva konfliktene egentlig gjaldt.¹⁸⁴ Dette er også uklart etter den tyske avgjørelsen, men domstolen uttaler at konfliktene ikke handlet om hijab eller andre religiøse symboler.¹⁸⁵ Det kan forstås som at kjernen i problemet ikke er bruk av religiøse symboler. Et forbud mot religiøse symboler fremstår derfor ikke som nødvendig for å løse konfliktene. Sharpston hevder at dersom formålet med nøytralitetsregelen er å forhindre interne konflikter, kan det for eksempel innføres regler som pålegger arbeidstakerne å respektere hverandres syn, og ikke engasjere i opphetede diskusjoner på arbeidsplassen.¹⁸⁶

En slik tilnærming har gode grunner for seg. Fordelen er at tiltaket er egnet til å oppnå formålet uten å diskriminere. Tiltaket er heller ikke «uforholdsmessig ressurskrevende», fordi

¹⁸² De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 78.

¹⁸³ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 30 merknader til § 9 side 315.

¹⁸⁴ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 36.

¹⁸⁵ I avgjørelsen til Bundesarbeitsgericht uttales det at «Sie hingen nicht mit dem Tragen eines Kopftuchs oder eines anderen religiösen Zeichens zusammen», jf. 10 AZR 299/18 (A) avsnitt 8. Oversatt til engelsk blir det «[t]hey were not related to wearing a headscarf or any other religious sign».

¹⁸⁶ Sharpston (2021) avsnitt 236.

arbeidsgiver enkelt kan endre selskapets policy.¹⁸⁷ Det vil også være i arbeidsgivers interesse at arbeidstakerne utviser respekt og toleranse for hverandre, i stedet for å løse problemet med å utestenge enkelte arbeidstakere på grunn av religion.

4.4 Er nøytralitetspolitikken forholdsmessig?

Det tredje vilkåret er at forskjellsbehandlingen «ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles».¹⁸⁸ Bestemmelsen gir anvisning på en bred interesseavveining; konsekvensene av forskjellsbehandlingen, må være rimelige i forhold til formålet som søkes oppnådd.¹⁸⁹

I lovforarbeidene fremgår det at «[j]o mer inngripende forskjellsbehandlingen er [...], desto viktigere må forskjellsbehandlingen være for å fremme det saklige formålet».¹⁹⁰ Løsningen må samlet sett fremstå rimelig, og i avveiningen vil hensynet til likestilling og ikke-diskriminering generelt veie tungt.¹⁹¹

I rammedirektivet er vilkåret formulert ulikt avhengig av om forskjellsbehandlingen er direkte eller indirekte. For direkte forskjellsbehandling stilles det krav om at tiltaket er «proportionate», mens for indirekte forskjellsbehandling må midlene for å oppnå formålet være «necessary».¹⁹² Innholdsmessig har ikke forskjellen noen betydning, men det stilles generelt strengere krav for at direkte forskjellsbehandling er forholdsmessig.¹⁹³

En nøytralitetspolitikk vil innebære et inngrep i religionsfriheten, og i verste fall medføre utestenging fra arbeidslivet. Et slikt tiltak vil være inngripende overfor arbeidstaker. Retten til religionsfrihet og ikke-diskriminering har en sterk forankring, slik at det kreves tungtveiende grunner for at et nøytralitetstiltak skal anses forholdsmessig.

Det sentrale i interesseavveiningen er at arbeidstakers rett til religionsutøvelse, må veies opp mot arbeidsgivers behov for en verdinøytral virksomhet. I utgangspunktet er det tale om en

¹⁸⁷ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁸⁸ Ldl. § 9 første ledd bokstav c).

¹⁸⁹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁹⁰ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

¹⁹¹ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 6.6.3 side 38 og kapittel 16 side 112.

¹⁹² Direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 bokstav b (i) og artikkel 4 nr. 1.

¹⁹³ Se punkt 3.3.4.

rettighetskollisjon mellom to grunnrettigheter, herunder religionsfrihet og næringsfrihet.¹⁹⁴ EU-domstolen har uttalt at i slike tilfeller må rettighetene avveies sånn at det oppnås en «fair balance between them».¹⁹⁵

Selv om rettighetene må avveies på en balansert måte, har det betydning at næringsfrihet ikke står like sterkt sammenlignet med religionsfrihet. Som forklart følger det av ordlyden i Charteret artikkel 10 og 16, som indikerer at religionsfrihet i utgangspunktet veier tyngre.¹⁹⁶ Det underbygges av at religionsfrihet, i motsetning til næringsfrihet, er sterkt forankret i en rekke menneskerettskonvensjoner.¹⁹⁷ Et annet moment er at formålet med direktivet er å bekjempe diskriminering i arbeidslivet, og ikke maksimere arbeidsgivers næringsvirksomhet.¹⁹⁸ Samlet sett innebærer dette at rettighetene ikke er likestilte med tanke på deres vekt og beskyttelse.

I det følgende gis det en gjennomgang av utvalgte saker fra EU-domstolen og nemnda. Hensikten er å belyse hvordan domstolene vurderer forholdsmessighetskravet. Når det gjelder EU-domstolens praksis tas det utgangspunkt i *Secure Solutions*. Bakgrunnen er at *WABE/Müller*-sakene i stor grad viderefører rettstilstanden fra *Secure Solutions*. Domstolen har likevel kommet med enkelte presiseringer, som det tas stilling til i drøftelsen.

4.4.1 EU-domstolens praksis

På spørsmålet om en nøytralitetspolitikk er «necessary», uttaler EU-domstolen i *Secure Solutions* at:

«[I]t must be determined whether the prohibition is *limited to what is strictly necessary*. In the present case, what must be ascertained is whether the prohibition [...] covers *only G4S workers who interact with costumers*. If that is the case, the prohibition must be considered strictly for the purpose of achieving the aim pursued» (min kursivering).¹⁹⁹

¹⁹⁴ EU-Charter artikkel 10 og 16.

¹⁹⁵ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 84.

¹⁹⁶ Se punkt 4.2.

¹⁹⁷ Se f.eks. SP artikkel 18 og EMK artikkel 9.

¹⁹⁸ Direktiv 2000/78/EF artikkel 1.

¹⁹⁹ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 42.

Nødvendighetskravet skal altså forstås slik at forbudet må begrenses til det strengt nødvendige. Det samsvarer med utgangspunktet om at vilkåret skal tolkes restriktivt.²⁰⁰ EU-domstolens vurdering skiller seg nokså klart fra den norske vurderingen. Domstolen tar ikke stilling til inngrepets alvorlighetsgrad overfor den enkelte. Etter ldl. § 9 første ledd bokstav c) må ikke forskjellsbehandlingen være «uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». Det vil være en oppgave for de nasjonale domstolene å vurdere, og «limited to what is strictly necessary» kan anses som et tolkningsmoment i den nasjonale vurderingen.

Etter domstolens oppfatning må vilkåret anses oppfylt, dersom forbudet begrenses til ansatte med kundekontakt.²⁰¹ Som ledd i vurderingen, må det vurderes om det er mulig å tilby arbeidstaker en annen stilling uten kundekontakt, i stedet for oppsigelse. Domstolen presiserer at en slik omplassering må ikke medføre ekstrautgifter for selskapet, og at hensikten er «to limit the restrictions on the freedoms concerned to what is strictly necessary».²⁰²

Momentet om omplassering kan tolkes i lys av lovforarbeidene til ldl., hvor det fremgår at inngrepets alvorlighetsgrad påvirker tiltakets forholdsmessighet.²⁰³ Dersom arbeidstaker nektes å utøve sin religion, i tillegg til å måtte forlate arbeidsplassen, vil det være et større inngrep, enn hvis arbeidstaker kan fortsette å bruke religiøse symboler i en avdeling uten kundekontakt. Forskjellsbehandlingen vil sann sett være mindre inngripende både i religionsfriheten og retten til arbeidsdeltakelse.

Selv om arbeidstaker kan tilbys en annen stilling, betyr det ikke at forskjellsbehandlingen er forholdsmessig. Det følger av EMDs avgjørelse i *Eweida mfl. mot Storbritannia*.²⁰⁴ I saken viste domstolen til flere avgjørelser fra Kommissjonen, der det ble lagt til grunn at «the possibility of resigning from the job and changing employment meant that there was no interference with the employee's religious freedom». EMD tok avstand fra denne tilnærmingen, og uttalte at «the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate».²⁰⁵ *Secure*

²⁰⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 61.

²⁰¹ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 42.

²⁰² Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 43.

²⁰³ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

²⁰⁴ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10.

²⁰⁵ *Eweida mfl. mot Storbritannia* [J] 2013 no. 48420/10 avsnitt 83.

Solutions må ses i lys av EMDs uttalelse, hvilket innebærer at muligheten for omplassering kun er et moment i forholdsmessighetsvurderingen.

Sharpston har kritisert EU-domstolens avgjørelse i *Secure Solutions*. Kritikken knytter seg til at domstolen legger til grunn at nødvendighetskravet er oppfylt, så lenge forbudet gjelder ansatte som er i kontakt med kunder. Sharpston mener at en slik løsning er uheldig av flere grunner:

«In that respect, I am extremely sceptical as to whether an approach that would consist of moving any hijab-, dastar- or kippah-wearing employee of enterprise X who is not simply dismissed into a back office, safely locked away from any contact with customers (and probably also, given most corporate promotion structures, thereby placed at a significant and continuing disadvantage in terms of career path) is what the EU legislature had in mind when formulating Directive 2000/78».²⁰⁶

Det sentrale i uttalelsen er at resultatet i saken kan få negative, karrieremessige konsekvenser for arbeidstakere som har en religiøs plikt til å bære religiøse symboler. En videreføring av dagens rettstilstand kan føre til utilsiktede virkninger, herunder færre og dårligere arbeidsmuligheter, noe som ikke var intensjonen da direktivet ble utformet. Direktivets formål er å bekjempe diskriminering i arbeidslivet, og religion skal ikke være et grunnlag som gjør at arbeidstaker stilles dårligere enn andre.²⁰⁷ Et annet poeng er at løsningen kan skape incentiv til å flytte arbeidstaker til en avdeling uten kundekontakt, og på den måten omgå diskrimineringsvernet. Samlet sett taler dette mot at forbudet må anses nødvendig så lenge det er begrenset til ansatte med kundekontakt.

I *WABE*-saken var det også tale om et forbud som kun gjaldt arbeidstakere med kundekontakt.²⁰⁸ Det følger av dommen at klageren ikke kunne tilbys en stilling uten kontakt med barna og foreldrene, ettersom hun ikke var kvalifisert for de andre stillingene.²⁰⁹ Som forklart vil dette være et moment i helhetsvurderingen, som taler for at det skal mer til før tiltaket kan anses forholdsmessig.

²⁰⁶ Sharpston (2021) avsnitt 243.

²⁰⁷ Direktiv 2000/78/EF artikkel 1.

²⁰⁸ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 2 og 25.

²⁰⁹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 31.

Når det gjelder selve forholdsmessighetsvurderingen, gjentar EU-domstolen vurderingstemaet som ble utpenslet i *Secure Solutions*.²¹⁰ Dommen innebærer på dette punktet ingen nyvinning, men det tilføyes at:

«That latter requirement entails, in particular, that it must be ascertained whether, in the case of a restriction of the freedom of thought, conscience and religion, guaranteed in Article 10(1) of the Charter, such as that entailed by prohibiting a worker from observing, at his or her workplace, a precept requiring him or her to bear a visible sign of his or her religious beliefs, that restriction *appears strictly necessary in view of the adverse consequences that the employer is seeking to avoid* by adopting that prohibition» (min kursivering).²¹¹

Uttalelsen innebærer at det må undersøkes om begrensningene i religionsfriheten er strengt nødvendige, sett i lys av de ugunstige konsekvensene, som arbeidsgiver søker å unngå gjennom en nøytralitetspolitikk. Sammenlignet med *Secure Solutions*, fremgår det tydeligere av dommen at konsekvensene av forskjellsbehandlingen, må være rimelige i forhold til det som søkes oppnådd.²¹² Dommen har ført til at vurderingstemaet nå ligner mer på den norske vurderingen i henhold til ldl. § 9 første ledd bokstav c).²¹³

4.4.2 LDN-2014-46 (NRK)

NRK-saken har flere likhetstrekk med avgjørelsene fra EU-domstolen som er gjennomgått foran. Saken gjaldt en nyhetsoppleser som ble nektet å bruke kors, fordi NRK hadde et generelt forbud mot religiøse, politiske eller ideologiske symboler under nyhetssendinger. Spørsmålet i saken var om forbudet innebar indirekte diskriminering på grunn av religion.

Forbudet bygget på at programledere skulle fremstå nøytrale og upartiske under TV-sendinger. Nemnda la til grunn at hensynet til en nøytral nyhetsformidling var et saklig formål. Forbudet ble også ansett som egnet og nødvendig for å oppnå formålet. Nemnda foretok deretter en interesseavveining mellom NRKs behov for nøytralitet og programlederens interesse av å bære religiøse symboler.

²¹⁰ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 68.

²¹¹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 69.

²¹² Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.1 side 119.

²¹³ I sak C-341/19 *MH Müller Handel* henvises det bare til premissene i *WABE*-saken, jf. avsnitt 76.

I forholdsmessighetsvurderingen la nemnda vekt på arbeidstakers mulighet til å bytte arbeid. Nemnda viste til avgjørelsen i *Eweida*-saken og uttalte at «NRK har cirka 3 500 ansatte» og «[b]are et lite antall av NRKs totale antall stillinger er nyhetsprogramledere og debattprogramledere».

Uttalelsen kan forstås som at de fleste stillingene i NRK tillater bruk av religiøse symboler. Sammenholdt med EU-domstolens praksis, kan arbeidstaker bytte stilling uten at det går på bekostning av religionsfriheten og retten til arbeidsdeltakelse. Riktignok kan det medføre endringer i arbeidsoppgavene, men et slikt tiltak vil samlet sett være mindre inngripende i arbeidstakers rettigheter enn en oppsigelse.²¹⁴

Videre ble det lagt vekt på at «[b]egrensingene med hensyn til bruk av blant annet religiøse symboler gjelder [...] kun for journalister under presentasjon av nyheter og ledelse av debattprogrammer».

Også dette momentet samsvarer med EU-domstolens forståelse av forholdsmessighetskravet. Etter EU-domstolens oppfatning må vilkåret anses oppfylt så lenge forbudet kun gjelder ansatte med kundekontakt.²¹⁵ På samme måte som *Secure Solutions* og *WABE*, er forbudet begrenset til ansatte som presenterer saker for seerne. Andre ansatte kan bruke religiøse symboler mens de er på jobb, og nemnda tilføyer at nyhetssendinger utgjør «bare [...] en liten del av nyhetsprogramledernes arbeidsdag». Det tilsier at forbudet er begrenset til det strengt nødvendige, og at forbudet ikke er spesielt inngripende overfor arbeidstaker. Sammenholdt med Sharpstons uttalelse, kan det neppe hevdes at forbudet fører til færre og dårligere arbeidsmuligheter, særlig når de negative konsekvensene er såpass begrenset.²¹⁶ Nemnda konkluderer på denne bakgrunnen med at nøytralitetstiltaket er forholdsmessig. Samlet sett synes vurderingen av forholdsmessighetsvilkåret å være i tråd med retningslinjene fra EU-domstolen.²¹⁷

²¹⁴ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 43.

²¹⁵ Sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 42.

²¹⁶ Sharpston (2021) avsnitt 243.

²¹⁷ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] avsnitt 68-69 og sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC] avsnitt 42-43.

5 Avslutning

I avhandlingen har det blitt undersøkt i hvilken grad arbeidstaker kan bære religiøse symboler i private bedrifter med en nøytralitetspolitikk. Som fremstillingen har vist, beror dette på en bred forholdsmessighetsvurdering der ulike momenter er av betydning. Det er derfor vanskelig å gi et entydig svar på problemstillingen, men ett viktig funn i avhandlingen er at det har stor betydning om forskjellsbehandlingen anses som direkte eller indirekte.

Klassifiseringen av direkte og indirekte forskjellsbehandling påvirker vurderingen av om forskjellsbehandlingen er lovlig. Etter gjeldende rett er det en videre adgang til indirekte forskjellsbehandling enn direkte forskjellsbehandling.²¹⁸ Utfordringen med en generell nøytralitetspolitikk er at den utløser spørsmål om indirekte forskjellsbehandling, som oftere vil være lovlig etter en forholdsmessighetsvurdering. Dette kan føre til at det blir vanskelig å få gjennomført et arbeidsliv med religionsfrihet. Som fremstillingen viser kan det argumenteres for at direkte og indirekte forskjellsbehandling bør vurderes like strengt, for å sikre et mer reelt og effektivt individvern.

WABE/Müller-sakene viser at avgjørelsen i *Secure Solutions* kan ha skapt uklarheter blant de nasjonale domstolene.²¹⁹ Det underbygges av at de samme spørsmålene måtte behandles på nytt i en storkammerdom, med full høring og en generaladvokatuttalelse. Sharpston har kritisert dommen på flere punkter, og mener at domstolen kunne ha spart seg for mye tid og ressurser (særlig under COVID-19) dersom saken hadde blitt behandlet mer grundig. *WABE/Müller*-sakene kunne dermed blitt avgjort i en avdeling med tre dommere, som enkelt ville ha gjentatt og anvendt domspremissene i *Secure Solutions*.²²⁰

Etter *WABE/Müller*-sakene har formålskravet blitt skjerpet, ettersom arbeidsgiver må påvise et reelt behov for en nøytralitetspolitikk.²²¹ En strengere vurdering av formålskravet kan til en viss grad kompensere for svakhetene i vernet som følger av at det klassifiseres som indirekte forskjellsbehandling.

²¹⁸ Prop. 81 L (2016-2017) kapittel 14.2.2 side 119.

²¹⁹ De forente saker C-804/18 *WABE* og C-341/19 *MH Müller Handel* [GC] og sak C-157/15 *G4S Secure Solutions* [GC].

²²⁰ Sharpston (2021) avsnitt 78-79.

²²¹ Se punkt 4.2.

Domstolen presiserte også innholdet i nødvendighetskravet, men hensiktsmessighetskravet er det samme som i *Secure Solutions*.²²² Etter min oppfatning har ikke dommen ført til et sterkere individvern enn det som allerede følger av norsk rett. Det synes som at domstolen tok et forsiktig steg i retning av å styrke arbeidstakers adgang til å bruke religiøse symboler på arbeidsplassen. I tiden fremover blir det spennende å se om rettsutviklingen fortsetter i samme tempo, eller om domstolen velger en mer progressiv tilnærming i tråd med et økende multikulturelt og mangfoldig samfunn.

²²² Se henholdsvis punkt 4.4 og 4.3.

6 Referanseliste

Norske rettskilder:

Lover

- 1814 *Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov*
- 1999 *Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)*
- 2005 *Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- 2013 *Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)*
- 2017 *Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)*

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerpning av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)*
- St.prp. nr. 11 (2003-2004) *Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellesskapshandlingsprogrammet om motkjemping av diskriminering (2001-2006)*
- Prop. 88 L (2012-2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*
- Prop. 81 L (2016-2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)*
- NOU 2021: 9 *Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv – Utredning om*

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt)

Rt. 2010 s. 202 (Kystlink)

Rt. 2011 s. 964 (Gjensidige)

Rt. 2012 s. 219 (Helikopterpiloter I)

Rt. 2014 s. 402 (Kontreadmiral)

HR-2016-2286-A (Rygge)

HR-2016-2591-A

HR-2022-350-A

Nemndspraksis

LDN-2010-8

LDN-2014-2

LDN-2014-35

LDN-2014-46

LDN-2017-2

DIN-2018-30

DIN-2018-48

DIN-2018-325

Likestillings- og diskrimineringsombudet

LDO 08/1630

LDO 08/1735

Internasjonale rettskilder:

Konvensjoner og erklæringer

EMK	<i>Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953) – Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)</i>
ILO-konvensjon nr. 111	<i>Convention (No. 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, Geneva 25 July 1958 (entered into force 15 July 1960) – Konvensjon om diskriminering i sysselsetting og yrke (ILO nr. 111)</i>
ICERD	<i>International convention on the elimination of all forms of racial discrimination – ICERD, New York 21 December 1965 (entered into force 4 January 1969) – Konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (rasediskrimineringskonvensjonen)</i>
SP	<i>International Covenant on Civil and Political rights, New York 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) – Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)</i>
ØSK	<i>International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976) – Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)</i>
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York 18 December 1979 – Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner</i>
Den reviderte europeiske sosialpakt	<i>European social charter (revised), Strasbourg 3 May 1996 (entered into force 1 July 1999) – Den reviderte europeiske sosialpakt – ETS nr. 163</i>

CRPD *Convention on the rights of persons with disabilities, New York 13 December 2006 (entered into force 3 August 2008) – Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne*

EU/EØS-lovgivning

EØS-avtalen *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992*

Rådsdirektiv 2000/78/EF *Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EUs rammedirektiv)*

EUs charter om grunnleggende rettigheter *Charter of Fundamental Rights of the European Union (2016/C 202/02) – Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (EU Charter)*

TEUV *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Rome 7 June 2016 – Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV)*

Internasjonal praksis

Den europeiske menneskerettsdomstol og utenlandske domstoler

Dom av 10. november 2005 [GC], *Leyla Şahin mot Tyrkia*, no. 44774/98, ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498

Dom av 15. januar 2013 [J], *Eweida mfl. mot Storbritannia*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010

Dom av 1. juli 2014 [GC], *S.A.S mot Frankrike*, no. 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511

Dom av 26. november 2015 [J], *Ebrahimian mot Frankrike*, no. 64846/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1126JUD006484611

Dom av 19. desember 2018 [GC], *Molla Sali mot Hellas*, no. 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214

10 AZR 299/18 (A), 30. januar 2019, ECLI:DE:BAG:2019:300119.B.10AZR299.18A.0

EU-domstolen

Dom av 22. januar 2013 [GC], *Sky Österreich GmbH mot Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28

Dom av 16. juli 2015 [GC], *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mot Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480

Dom av 14. mars 2017 [GC], *Samira Achbita og Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203

Dom av 14. mars 2017 [GC], *Asma Bougnaoui og Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204

Dom av 15. juli 2021 [GC], *IX mot WABE eV og MH Müller Handels GmbH mot MJ*, C-804/18 og C-341/19 (forenede saker), ECLI:EU:C:2021:594

Dom av. 13 oktober 2022 [C5], *L.F. mot S.C.R.L.*, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774

Juridisk teori:

- | | |
|-------------------------------|---|
| Fredriksen og Mathisen (2022) | Fredriksen, Halvard og Gjermund Mathisen, <i>EØS-rett</i> , 4. utg., Fagbokforlaget 2022 |
| Hellum og Strand (2022) | Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand, <i>Likestillings- og diskrimineringsrett</i> , 1.utg., Gyldendal Norsk Forlag 2022 |
| Nergaard og Nielsen (2016) | Nergaard, Ulla og Ruth Nielsen, <i>EU ret</i> , 7. utg., Karnov Group Denmark 2016 |
| Sharpston (2021) | Sharpston, Eleanor, <i>Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)</i> , 23 March 2021, http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html , nedlastet 12. februar 2023 |
| Skjønberg mfl. (2022) | Skjønberg, Alexander Sønnerland, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, <i>Arbeidsrett: Individuelle og kollektive emner</i> , 3. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2022 |
| Skoghøy (2018) | Skoghøy, Jens Edvin A., <i>Rett og rettsanvendelse</i> , 1. utg., Universitetsforlaget 2018 |

Strand (2012)

Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2012

Internettider:

Arbeid for alle. De politiske partienes felles program. Kongens tale ved landstigningen 7. juni 1945. Tilgjengelig på <https://www.norgeshistorie.no/kilder/velferdsstat-og-vestvending/K1815-fellesprogrammet.html> , publisert 7. mars 2019 – sist endret 10 mars 2020 (nedlastet 2. mars 2023)

