



Forbudet mot diskriminering ved ansettelse

av Vegar Ringstad Pettersen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008*

Innholdsfortegnelse

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 4 |
| 1.1 | Tilnærming til temaet for oppgaven..... | 4 |
| 1.1.1 | Arbeidsgivers styringsrett | 4 |
| 1.1.2 | Hensyn bak reglene | 5 |
| 1.2 | Historisk perspektiv rundt utviklingen av diskrimineringsforbudet | 6 |
| 1.2.1 | Lovhistorikk | 6 |
| 1.2.2 | Samfunnsutviklingen | 7 |
| 1.2.3 | Folkerettslige forpliktelser | 8 |
| 1.2.4 | Hvorfor også regler for ansettelse..... | 9 |
| 1.3 | Redegjørelse for begrepsbruk i loven..... | 9 |
| 1.3.1 | Generelt..... | 9 |
| 1.3.2 | Direkte diskriminering | 10 |
| 1.3.3 | Indirekte diskriminering..... | 10 |
| 1.4 | Virkeområde og avgrensning..... | 11 |
| 1.4.1 | Hvilke forhold rammes av reglene? | 11 |
| 1.4.2 | Avgrensning av avhandlingen og videre presentasjon | 11 |
| 2 | PRESENTASJON AV RETTSKILDEBILDET | 13 |
| 2.1 | Generelt | 13 |
| 2.2 | Bestemmelsene i loven | 13 |
| 2.3 | Forarbeider | 13 |
| 2.4 | Rettspraksis | 14 |
| 2.5 | Reelle hensyn..... | 15 |
| 2.6 | Juridisk teori | 15 |
| 2.7 | Rådets direktiv 2000/78/EF | 16 |
| 3 | DET LOVFESTEDE OG ULOVFESTEDE DISKRIMINERINGSFORBUDET | 17 |
| 3.1 | Hovedregel om forbud mot diskriminering..... | 17 |
| 3.2 | Har vi et generelt krav om saklig grunn for forskjellsbehandling ved ansettelse? | 19 |
| 3.2.1 | Generelt..... | 19 |
| 3.2.2 | Hva kan leses ut av bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 13? | 20 |
| 3.2.3 | Hva kan vi trekke ut av uttalelsene i forarbeidene? | 21 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 3.2.4 | Andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven | 22 |
| 3.2.5 | Rettspraksis | 23 |
| 3.2.6 | Juridisk teori..... | 24 |
| 3.2.7 | Reelle hensyn | 26 |
| 3.2.8 | Konklusjon..... | 27 |
| 3.3 | Presisering av grensen for diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven..... | 28 |
| 3.3.1 | Generelt..... | 28 |
| 3.3.2 | Om saklighetskravets relativitet..... | 31 |
| 3.4 | Saklige grunner for forskjellsbehandling | 33 |
| 3.4.1 | Generelt..... | 33 |
| 3.4.2 | Funksjonshemming | 33 |
| 3.4.3 | Alder | 36 |
| 3.4.4 | Seksuell orientering..... | 42 |
| 3.4.5 | Røyking..... | 45 |

4 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER 47

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.1 | En vurdering av diskrimineringsforbudets effektivitet..... | 47 |
| 4.1.1 | Lite kunnskap om reglene | 50 |
| 4.1.2 | Lite å vinne på en rettssak..... | 51 |
| 4.1.3 | Sosiale/taktiske grunner | 51 |
| 4.1.4 | Unaturlig reaksjon..... | 52 |
| 4.1.5 | Manglende kunnskap om forbigåelse..... | 52 |
| 4.2 | Forslag til forbedringer i lovverket | 53 |
| 4.3 | Generelle bemerkninger til rettsområdet | 53 |

1 Innledning

1.1 *Tilnærming til temaet for oppgaven*

1.1.1 **Arbeidsgivers styringsrett**

I arbeidsretten har arbeidsgiver en rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet innenfor rammene av arbeidsforholdet.¹ Arbeidsgiver har også rett til å inngå avtaler om ansettelse, samt å bringe arbeidsavtaler til opphør.² Denne retten kalles for arbeidsgivers styringsrett, og kommer som en naturlig følge av det maktforholdet som foreligger mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Styringsretten er derimot ikke uten begrensninger, og en av disse går ut på at arbeidsgiver ikke står helt fritt til å velge hvem han vil ansette i en stilling. Arbeidsmiljøloven³ (aml.) § 13-1 første ledd sier at ”*Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt.*” I aml. § 13-2 første ledd står det at ”*Bestemmelsene i dette kapittel gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder: a)... , ansettelse, ...*”. Diskrimineringsforbudet ved ansettelse går i korte trekk ut på at arbeidssøkerne i utgangspunktet skal behandles likt. Derimot følger det av aml. § 13-3 første ledd en presisering av begrepet diskriminering, da bestemmelsen sier at ”*Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her*”. En saklig forskjellsbehandling er dermed lovlig og regnes ikke som diskriminering, noe som innebærer at en saklighetsvurdering er med på å presisere grensen for diskrimineringsforbudet.⁴

Den rettslige problemstillingen for avhandlinger er, *hvilke muligheter har arbeidsgiver til å forskjellsbehandle arbeidssøkere?* For å besvare dette, må det både redegjøres for innholdet av forbudet mot diskriminering i aml. § 13-1, og presiseringen av forbudets rekkevidde som følger av aml. § 13-3. Det er også nødvendig å kartlegge hva som kan være saklige grunner

¹ Se Rt. 2000 s. 1602 (side 1609).

² Se Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006 s. 48. Slike disposisjoner er en del av organiseringen av arbeidet.

³ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven).

⁴ Se Henning Jakhelln og Helga Aune, *Arbeidsrett.no*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 598.

for forskjellsbehandling, da dette er avgjørende for hvilken forskjellsbehandling som er tillatt og ikke tillatt.

1.1.2 Hensyn bak reglene

Et sentralt formål bak hele arbeidsmiljøloven er hensynet til likebehandling, jf. aml. § 1-1 første ledd bokstav b. Selve forbudet mot diskriminering er videre begrunnet i generelle likhets- og rettferdighetsbetraktninger.

Utover dette medfører reglene om styringsretten og rekkevidden av denne, en balansering av hensynet til arbeidsgiver opp mot hensynet til arbeidstakerne. I forbindelse med ansettelse, taler gode grunner for at arbeidsgiver selv skal få velge hvem han vil ansette i en stilling. Dette både fordi det er arbeidsgiveren som bestemmer om det skal foretas nye ansettelser, og på den måten er best skikket til å avgjøre hvilke kvalifikasjoner en arbeidssøker bør ha for å passe til stillingen. Men også fordi det er arbeidsgiveren som ”eier bedriften”, og som derfor sitter med risikoen for at driften går bra, noe som tilsier at han burde kunne ansette den søkeren han mener er best egnet. Særlig vil denne risikoen for driftens suksess være sentral dersom det er snakk om en bedrift som er organisert som et ansvarlig selskap, hvorpå arbeidsgiveren er personlig ansvarlig for bedriftens gjeld.⁵ Det må påpekes at verken samfunnet eller arbeidstakerne/arbeidssøkerne er tjent med at arbeidsgivers styringsrett begrenses i *for* stor grad. Dette kan nemlig føre til at driften blir vanskelig å opprettholde, hvorpå det oppstår en fare for at arbeidsplasser går tapt eller at bedriften i sin helhet må legges ned.

Hensynet til arbeidsgiver og hans behov for frihet til å ta avgjørelser, må likevel veies opp mot hensynet til arbeidstakerne og deres behov for beskyttelse mot vilkårlighet og maktmisbruk. Dette tilsier at det må foreligge noen begrensninger for styringsretten. En arbeidsgiver har ganske stor makt over arbeidstakerne, og avgjørelser som fattes kan få stor innvirkning på arbeidstakernes liv, det er derfor viktig at ikke faktorer som arbeidsgivers dagsform, humør eller lignende blir avgjørende for utøvelsen av styringsretten.

⁵ Se lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) § 1-2 nr. 1 bokstav b.

Det er vurderingen av disse hensynene opp mot hverandre, som har dannet grunnlag for dagens regler om diskrimineringsforbud.

1.2 Historisk perspektiv rundt utviklingen av diskrimineringsforbudet

1.2.1 Lovhistorikk

I loven om arbeidervern⁶, bestod den eneste begrensningen for hvem en arbeidsgiver kunne ansette, i et forbud mot barnearbeid for visse typer bedrifter.⁷ I arbeidsmiljøloven fra 1977⁸, var det skjedd en utvikling, slik at det var tatt inn et forbud mot å kreve visse opplysninger av arbeidssøkerne.⁹ Dette gjaldt om hvordan de stilte seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, eller om de var medlemmer av en lønnstakerorganisasjon. Denne bestemmelsen ble i juridisk teori kritisert for sin manglende effektivitet, da en ansettende arbeidsgiver lett kunne finne ut av de aktuelle forholdene ved innhenting av referanser fra arbeidssøkerens tidligere arbeidsgivere.¹⁰ Bestemmelsen ble i 1998 endret, slik at forbudet også skulle gjelde innhenting av opplysninger om homofil legning og samlivsform. Samtidig kom det et annet ledd som medførte et forbud mot usaklig forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse og homofil legning eller samlivsform. I 2001 ble bestemmelsen igjen endret, denne gangen til også å beskytte funksjonshemmede mot usaklig forskjellsbehandling. Samtidig ble det i bestemmelsen inntatt regler som skulle effektivisere forbudet. Disse innebar en regulering av bevisbyrde, en mulighet for arbeidssøker til å be om informasjon fra arbeidsgiver om hvem som ble ansatt, samt sanksjoner overfor arbeidsgiver i form av erstatningskrav.

I 2005 kom den nye arbeidsmiljøloven, og forbudet mot usaklig forskjellsbehandling ble her omformulert til å være et forbud mot diskriminering.¹¹ Samtidig ble § 13-3 tilført, som presiserer hvilken forskjellsbehandling som ikke klassifiseres som diskriminering. Reglene i

⁶ Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern - opphevet.

⁷ Se lovens §§ 33 og 34.

⁸ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. – opphevet.

⁹ Se lovens § 55 A.

¹⁰ Se Ståle Eskeland, "Ytringsfrihet og arbeidsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1982 s. 859.

¹¹ Se aml. § 13-1 første ledd.

den nye arbeidsmiljøloven skulle videreføre reglene fra den gamle.¹² I den nye loven ble reglene som skulle effektivisere diskrimineringsforbudet plassert i egne bestemmelser. Arbeidsmiljøloven §§ 13-7, 13-8 og 13-9 inneholder i dag regler om opplysningsplikt for arbeidsgiver, regler om bevisbyrde, og regler om erstatnings- og oppreisningsansvar for arbeidsgiver. Disse bestemmelsene vil jeg komme tilbake til i slutten av avhandlingen.

I tillegg til reglene som følger direkte av arbeidsmiljøloven, viser aml. § 13-1 fjerde og femte ledd til likestillingsloven¹³ (likestl.), som i § 3 har et forbud mot forskjellsbehandling av menn og kvinner, og diskrimineringsloven¹⁴ (diskrl.), som i § 4 har et forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Sistnevnte lov innebar ikke store endringer i rettstilstanden ved ansettelse, da det med unntak av diskrimineringsfaktorene avstamning og språk hovedsakelig dreide seg om en overflytting av faktorer som tidligere var å finne i arbeidsmiljøloven § 54 B nr. 1.¹⁵ En annen lov det er hensiktsmessig å nevne, er EØS-loven¹⁶ art. 4 om forbud mot enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

Vi ser at utviklingen går i retning av at arbeidstakerne beskyttes mer og mer av loven, samtidig som arbeidsgivers styringsrett blir tilsvarende innskrenket. Fra å eksistere et forbud mot å be om visse typer informasjon, har reglene utviklet seg til å bli et generelt krav om likebehandling. Det som er interessant i relasjon til utviklingen av reglene, er ikke så mye hva de materielle reglene har gått ut på til enhver tid, men hvorfor tendensen går i den retning den gjør og hvorfor endringene har blitt utført.

1.2.2 Samfunnsutviklingen

Et første moment som kan belyse hvorfor utviklingen har gått slik den har gått, er at Norge i etterkrigstiden stod overfor en stor jobb med å gjenbygge landet. Det har siden den gang skjedd en enorm utvikling i arbeidslivet, særlig innenfor industrien, for eksempel med tanke

¹² Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

¹³ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

¹⁴ Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

¹⁵ Se Ot.prp.nr.33 (2004-2005) side 82.

¹⁶ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

på olje- og gassutvinning. Det er da naturlig at lovreglene for arbeidslivet utvikles og endres i takt med samfunnet og arbeidsmarkedet. Reglene endres etter hvert som man blir oppmerksomme på aktuelle problemer og utfordringer. Når noen grupper i samfunnet får makt over andre, oppstår det en fare for maktmisbruk. Etter hvert som slike forhold blir belyst, melder behovet seg for å endre regelsettet for på den måten å beskytte den svakeste part.

I tillegg til utviklingen i arbeidsmarkedet, er også samfunnsverdier og holdninger blant innbyggere i konstant endring. Dette resulterer i at lovverket fortløpende må utvikles for å samsvare med oppfatningen blant folk flest. Et godt eksempel på en slik utvikling er samfunnets syn på homofile. Folks oppfatning har gått fra å fordømme og straffe folk for homofili,¹⁷ til å få en mer forstående holdning, og til slutt til å innse at de homofile trenger beskyttelse mot diskriminering. Et annet eksempel er synet på urfolk og deres behov for beskyttelse, hvor det i Norge har skjedd en stor utvikling rundt for eksempel samenes rettsstilling. Flere slike holdningsendringer, har opp gjennom årene skapt et behov for å oppdatere lovene som regulerer arbeidslivet.

Når dette er sagt, vil jeg nevne at ting tyder på at utviklingen har gått enda noe videre etter at den nye arbeidsmiljøloven kom i 2005. Tendenser peker i retning av at det eksisterer et generelt krav til saklighet innenfor arbeidsretten, noe som i dag ikke følger av lovverket. Dette er imidlertid noe jeg vil drøfte nærmere senere i avhandlingen.

1.2.3 Folkerettslige forpliktelser

Et annet moment som har en mer direkte og lett konstaterbar effekt på lovgivningen, er at lovverket må utvikles i takt med Norges folkerettslige forpliktelser. Blant annet har menneskerettigheter fått et sterkt internasjonalt fokus, og har vært gjenstand for en stor utvikling i årene etter andre verdenskrig.¹⁸ Norge har opp gjennom årene ratifisert en rekke internasjonale traktater og konvensjoner. Etter hvert som dette har skjedd, har det blitt nødvendig å transformere eller inkorporere disse reglene for å sikre at staten etterlever det den har forpliktet seg til. Et eksempel fra arbeidsmiljøloven er at det ble inkludert et vern av

¹⁷ Se lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) § 213 - opphevet, som gjaldt forbud mot *utuktig omgjengelse mellom personer av mannkjønn*.

¹⁸ Et eksempel som illustrerer dette er opprettelsen av Nürnberg-prinsippene om krigsforbrytelser, forbrytelser mot freden og mot menneskeheten.

midlertidig ansatte i § 13-1 tredje ledd i forbindelse med gjennomføringen av to rammedirektiv fra EF.¹⁹ Et annet eksempel er at det ble gjort endringer i likestillingsloven for at ordlyden i § 3 skulle samsvare bedre med EF-rettslige krav.²⁰ Det er kanskje forsvarlig å påstå at de fleste endringene som er gjort i det norske lovverket i forbindelse med vern mot diskriminering, har skjedd med bakgrunn i folkerettslige forpliktelser staten har påtatt seg. Likevel må det samtidig nevnes at slike konvensjoner ofte blir ratifisert nettopp fordi de samsvarer med verdier og holdninger som allerede finnes i Norge, og at det hele derfor begrunnes i slike samfunnsmessige holdningsendringer.

1.2.4 Hvorfor også regler for ansettelser

Arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd bokstav a, sier at reglene i lovens kapittel 13 også gjelder for ansettelse. Begrunnelsen for at regelverket også rammer ansettelsesforhold, er at dette bidrar til å gjøre reglene for resten av arbeidslivet mer effektive. Et forbud mot diskriminering vil kunne bli illusorisk, dersom de arbeidstakerne som skal beskyttes av regelverket aldri blir ansatt.

1.3 Redegjørelse for begrepsbruk i loven

1.3.1 Generelt

Begrepet forskjellsbehandling betyr at arbeidstakerne ikke behandles likt, og er på den måten et nøytralt begrep som ikke gir noen føringer verken på om behandlingen er lovlig eller ulovlig. Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd følger det at *”forskjellsbehandling som har et saklig formål, ... anses ikke som diskriminering.”* Selv om det ikke følger av § 13-1 hva som menes med diskriminering, er det naturlig å tolke diskriminering som *en usaklig forskjellsbehandling* når en ser bestemmelsen i sammenheng med § 13-3. Det kan nevnes at det har skjedd en endring i begrepsbruken fra den gamle arbeidsmiljøloven av 1977 til den

¹⁹ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

²⁰ Se Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 8.

nye arbeidsmiljøloven av 2005. Det som tidligere ble kalt forskjellsbehandling, blir nå kategorisert som diskriminering, uten at dette har fått betydning for innholdet i reglene.

Også trakassering rammes av forbudet mot diskriminering, jf. aml. § 13-1 annet ledd. Trakassering er i forarbeidene definert som en uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.²¹

Av aml. § 13-1 første ledd følger det at forbudet mot diskriminering gjelder både direkte og indirekte diskriminering, men det kommer ikke frem av ordlyden hva som menes med dette. Det er derfor nødvendig å redegjøre nærmere for disse begrepene.

1.3.2 Direkte diskriminering

Direkte diskriminering, betyr at vedkommende behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.²² Dette basert på faktorene ”... *politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder...*”, jf. aml. § 13-1 første ledd. Både handlinger og unnlatelser rammes av begrepet.²³

Det er ikke noe krav om hensikt eller at motivet kommer klart fram av den som forskjellsbehandler. Et typisk eksempel på en direkte diskriminering, er dersom alle jobbsøknader som leveres av personer over 40 år legges til side med den begrunnelsen alene. Det er den direkte diskrimineringen som utgjør kjernen av diskrimineringsforbudet.

1.3.3 Indirekte diskriminering

Indirekte diskriminering snakker man om i de tilfellene hvor en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling, eller unnlattelse faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 13-1.²⁴ Et eksempel på et slikt tilfelle, er dersom det på arbeidsplassen eksisterer et forbud mot hodeplagg. Selv om forbudet gjelder alle og dermed ikke innebærer at noen blir forskjellsbehandlet, kan det likevel utelukke

²¹ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

²² Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

²³ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 35.

²⁴ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

musliske kvinner fra arbeidsplassen, på grunn av at de i tråd med sin religion må bære hodeplagg. På denne måten blir de indirekte diskriminert.

Begrunnelsen for at også indirekte diskriminering rammes av forbudet mot diskriminering, er for at forbudet på den måten blir mer effektivt. Det ville ellers bli altfor lett for en arbeidsgiver å omgå reglene, bare ved å finne på en kreativ regel som indirekte rammet kun de arbeiderne som arbeidsgiveren ønsket å diskriminere.

1.4 Virkeområde og avgrensning

1.4.1 Hvilke forhold rammes av reglene?

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder ”... *alle sider ved arbeidsforholdet herunder utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, opplæring og annen kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår og opphør*”, jf. aml. § 13-2 første ledd. I min avhandling vil jeg fokusere på hvordan reglene slår ut i forbindelse med ansettelse. Min fremstilling vil også omfatte forholdet ved utlysning av stillinger. Dette fordi det er en så tett forbindelse mellom utlysning og ansettelse, og at reglene om utlysning er sentrale for at vernet ved ansettelse skal være effektivt.

1.4.2 Avgrensning av avhandlingen og videre presentasjon

Jeg vil avgrense mot forvaltningsrettens regler om forbud mot usaklig forskjellsbehandling,²⁵ og reglene i tjenestemannsloven²⁶ som regulerer forholdene for arbeidstakere i statens tjeneste, jf. lovens § 1 første ledd. Grunnen til denne avgrensningen er at temaet for avhandlingen er ganske stort, og det vil bli for omfattende å trekke inn de forvaltningsrettslige reglene. Det kan for øvrig nevnes at saklighetskravet står noe sterkere i forvaltningsretten, da det der eksisterer et saklighetskrav for saksbehandlingen, hvorpå brudd på dette kan føre til at et vedtak er ugyldig. I den relasjon regnes diskriminering som usaklig forskjellsbehandling.

²⁵ Reglene er utviklet i rettspraksis. Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave, Oslo 2006 s. 383.

²⁶ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

Forbudet mot diskriminering i likestillingsloven og diskrimineringsloven har et tilnærmet likt innhold som reglene i arbeidsmiljøloven, bortsett fra at de rammer andre diskrimineringsgrunnlag. Utgangspunktet er et forbud mot direkte og indirekte diskriminering,²⁷ samtidig som unntak kan tenkes ved saklig formål samt en vurdering av nødvendighet og forholdsmessighet.²⁸ På grunn av plassbegrensninger i avhandlingen, får jeg ikke anledning til å gå i detalj rundt tolkningen av reglene i disse lovene, men det må nevnes at mesteparten av det jeg behandler også vil være relevant i forhold til disse. For eksempel vil de samme hensynene gjøre seg gjeldende, og mange av de rettskildemessige særtrekkene vil være de samme som ved tolkning av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Jeg vil noen plasser i avhandlingen illustrere ting ved å bruke eksempler med diskrimineringsgrunnlag som rammes av disse lovene.

Videre i avhandlingen, vil jeg først gi en presentasjon av rettskildebildet på området, og belyse eventuelle særtrekk. Så vil jeg redegjøre nærmere for hovedregelen i aml. § 13-1 om forbudet mot diskriminering, og om hvilke vilkår som må være oppfylte. Deretter vil jeg drøfte om det eksisterer et utvidet forbud mot diskriminering, ved et generelt krav til saklighet ved ansettelse. Jeg vil så redegjøre generelt for aml. § 13-3 og dens presisering av grensen for diskrimineringsforbudet. Etterpå vil jeg reise en underproblemstilling om hva som kan være saklige grunner for forskjellsbehandling, og drøfte dette i forhold til noen praktiske diskrimineringsgrunnlag. På grunn av et omfattende tema for avhandlingen, ser jeg meg nødt til å begrense denne drøftelsen til faktorene alder, seksuell orientering, funksjonshemming og røyking. Avslutningsvis i avhandlingen vil jeg foreta en drøftelse av om regelverket er tilstrekkelig effektivt, hvor jeg kort vil belyse eventuelle forslag til forbedringer. Her vil jeg også komme med noen rettspolitiske betraktninger til rettsområdet.

Der jeg senere i avhandlingen benytter begrepet arbeidstaker eller arbeider, så mener jeg også den som søker jobb. I loven brukes det ofte en ordlyd som indikerer at vedkommende allerede er ansatt, selv om aml. § 13-2 første ledd bokstav a eksplisitt sier at kapittelet også gjelder for utlysning av stilling og ansettelse. Jeg vil derfor benytte en slik begrepsbruk noen steder av rent språkmessige hensyn, samt at jeg da slipper å fortløpende spesifisere at arbeidssøkere også rammes av en aktuell bestemmelse.

²⁷ Se likestl. § 3 første ledd, og diskrl. § 4 første ledd.

²⁸ Se likestl. § 3 fjerde ledd, og diskrl. § 4 fjerde ledd.

2 Presentasjon av rettskildebildet

2.1 Generelt

Jeg vil i denne delen av avhandlingen presentere hvilke rettskildefaktorer som er mest sentrale for hovedproblemstillingen i avhandlingen, og hvordan noen av disse står i en rettskildemessig særstilling. Denne fremstillingen er bare ment å gi leseren en oversikt, ikke å gå i dybden på de tunge rettskildemessige problemstillingene.

2.2 Bestemmelsene i loven

Hovedregelen om diskrimineringsforbudet, finner vi i aml. § 13-1. Videre bidrar aml. § 13-3 til å presisere grensen av forbudet, ved å regulere hvilken forskjellsbehandling som ikke er diskriminering. Ordlyden i disse to sentrale bestemmelsene, vil danne utgangspunktet for tolkningen av diskrimineringsforbudets innhold. Den generelle ordlyden i aml. § 13-3 om *saklig formål*, kan imidlertid by på tolkningsproblemer. Dette fordi man ikke av ordlyden klart kan definere hva som er et saklig eller et usaklig formål. Det blir dermed behov for å trekke inn andre rettskildefaktorer for å kartlegge innholdet av reglene.

2.3 Forarbeider

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven vil være av stor betydning for tolkningen av bestemmelsene i kapittel 13. Den generelle ordlyden i aml. § 13-3, skaper et ekstra behov for presiseringer av lovgiver om hvilken vurdering som skal foretas og hvilke hensyn som skal vektlegges. Det vil også være naturlig å vektlegge lovgivers henvisninger til andre relevante rettskilder, eller til eksempler på tilfeller som vil rammes av bestemmelsen. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 vil også være relevante ved tolkningen av arbeidsmiljøloven av 2005, da sistnevnte lov i stor grad er en videreføring av eldre bestemmelser.²⁹

²⁹ Se for eksempel Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 325.

2.4 Rettspraksis

Det finnes bare en avgjørelse fra domstolene om diskriminering av arbeidssøkere.³⁰ Med så lite praksis som kan klargjør innholdet i diskrimineringsforbudet ved ansettelse, kan det være hensiktsmessig å hente momenter og vurderinger fra andre avgjørelser av lignende karakter. Det eksisterer en del rettspraksis om saker som omhandler oppsigelser etter aml. § 15-7. Denne bestemmelsen sier at ”*Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.*” Det kan her reises spørsmål om det er adgang til å trekke paralleller mellom avgjørelser som omhandler saklig begrunnelse for oppsigelse, og vurderingen av saklig formål for diskriminering ved ansettelse?

Et moment som kan trekkes inn for å besvare dette, er hensynet til et praktisk og enhetlig regelverk. Dersom det ikke er samsvar mellom hva som er saklig grunn for oppsigelse og saklig formål for forskjellsbehandling ved ansettelse, vil man kunne ende opp med et illusorisk diskrimineringsforbud. For eksempel dersom reglene ikke tillater en forskjellsbehandling ved ansettelse, men samtidig åpner for at den som ansettes kan sies opp umiddelbart fordi vurderingen etter aml. § 15-7 får et annet resultat. Likedeles vil det bli motsatt, dersom en arbeidsgiver ikke kan foreta en oppsigelse fordi den ikke saklig kan begrunnes, men hvor det samme forholdet ville innebære at det forelå et saklig formål for forskjellsbehandling av arbeidssøkere. Dersom dette var tilfelle, ville det lønne seg for en arbeidssøker å lyve om det aktuelle forholdet, for så å påberope seg oppsigelsesvern når sannheten kom fram etter ansettelsen. Vi ser at et enhetlig regelsett vil bidra til å gjøre reglene om diskrimineringsforbud mer effektive.

Et annet moment er at reglene om saklighetskravet i aml. § 15-7 og behovet for et saklig formål i aml. § 13-3 første ledd, er relativt likt begrunnet. Begge bestemmelsene innebærer begrensninger i arbeidsgivers styringsrett, ved at det kreves en saklig begrunnelse bak. Selv om det er forskjell på en arbeidssøker og en ansatt, er begrensningene i styringsretten begrunnet med at de skal hindre vilkårlighet og maktmisbruk.

Vi ser at gode grunner taler for at det kan trekkes paralleller mellom avgjørelser som omhandler saklig begrunnelse for oppsigelse etter aml. § 15-7 første ledd, og vurderingen av saklig formål for diskriminering ved ansettelse etter aml. § 13-3 første ledd. Dette innebærer

³⁰ Dom avsagt i Alta tingrett 7. april 2008.

at rettspraksis rundt oppsigelsessaker kan få betydning for tolkningen av diskrimineringsforbudets rekkevidde ved ansettelse.

2.5 Reelle hensyn

Bestemmelsen i aml. § 13-3 første ledd, er en generalklausul som sier lite om hvilke formål som faktisk vil være saklige og usaklige. Med en sparsom rettspraksis for ansettelsessaker, vil reelle hensyn kunne bli svært sentrale i den konkrete vurderingen av hva som er et saklig formål. Et viktig hensyn er hensynet til forutberegnelighet, noe som følger av forarbeidene.³¹ Et annet hensyn som særlig er sentralt i forbindelse med regler som skal motvirke maktmisbruk, er hensynet til reglernes effektivitet.³² Et tredje sentralt hensyn ved tolkningen av diskrimineringsforbudet, er rimelighetshensyn i forbindelse med en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. At dette er et relevant hensyn, kan forutsetningsvis trekkes ut av ordlyden i § 13-3 første ledd som sier at forskjellsbehandlingen ”... *ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles ...*”. Når en proporsjonalitetsvurdering av arbeidsgivers behov skal vurderes opp mot hvordan dette rammer arbeidstakerne, vil det nødvendigvis måtte trekkes inn en vurdering av hva som er rimelig å kreve i forhold til hver enkelt part. Et siste hensyn som kan være relevant for å løse problemstillingen, er det tidligere nevnte hensynet til et enhetlig og konsekvent regelverk. Dette fordi aml. § 13-2 sier at kapittel 13 i loven rammer ”*alle sider ved arbeidsforholdet*”, hvorpå reglene ikke bør slå forskjellig ut avhengig av hvilket stadium man befinner seg på.

2.6 Juridisk teori

Som nevnt innledningsvis, vil jeg i min fremstilling stille spørsmålet om det eksisterer et generelt saklighetskrav i forbindelse med ansettelser. I denne forbindelse er det relevant å se hvilke rettsoppfatninger som finnes blant juridiske forfattere, særlig i relasjon til prinsipielle uttalelser fra Høyesterett. Den juridiske teorien jeg finner mest relevant å trekke inn i den forbindelse, er Henning Jakhellns *Oversikt over arbeidsretten* og Jan Fougner og Lars Holos *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*.

³¹ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 27.

³² Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 40, hvor det sies at tolkningen ikke må føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.

2.7 Rådets direktiv 2000/78/EF

En annen rettskilde som er relevant for tolkningen av reglene om diskrimineringsforbud, er Rådets direktiv 2000/78/EF³³ (Rammedirektivet) som i art. 2 jf. art. 1 inneholder et forbud mot diskriminering i arbeidslivet på grunn av religion eller tro, handikap, alder eller seksuell orientering. Dette er et rammedirektiv som ikke er en del av EØS-avtalen som Norge er forpliktet av. Likevel har lovgiver valgt at norske regler skal være i samsvar med direktivet,³⁴ og gjennomførte dette ved endringer i arbeidsmiljøloven i 2004, slik at arbeidsmiljøloven kapittel X A og X B (§§ 54 A – 54 L) skulle oppfylle Rammedirektivets krav.³⁵ Når formålet med lovendringen var å gjennomføre Rammedirektivet i norsk rett, vil selve direktivets innhold være en relevant kilde ved tolkningen av de aktuelle reglene i arbeidsmiljøloven. Siden EF-domstolen har myndighet til å fastslå og presisere innholdet i Rammedirektivet, vil også praksis fra denne domstolen få betydning for den norske tolkningen av de aktuelle reglene. Dette vil både gjelde EF-domstolens praksis i forbindelse med dette direktivet, i forbindelse med direktivet om forbud mot etnisk diskriminering³⁶, og i forbindelse med direktivet om likebehandling av menn og kvinner^{37, 38}.

Det at direktivet ikke er en del av EØS-avtalen medfører at direktivet får en noe spesiell rettskildemessig stilling. For det første vil ikke EFTA-domstolen ha kompetanse til å håndheve bestemmelsen overfor Norge, slik de normalt har i forbindelse med direktivene, jf. EØS-loven art. 108. Norge vil heller ikke være underlagt myndigheten til EFTAs overvåkingsorgan. For det andre vil ikke reglene i Rammedirektivet, i motsetning til regler som bygger på andre direktiver fra EFTA, få noen forrang foran norsk lov etter EØS-loven § 2.

At EFTA ikke har noen kontrollerende myndighet overfor Norge i forbindelse med Rammedirektivet, er ikke særlig betenkelig. En slik adgang er ikke naturlig, da Norge ikke formelt har forpliktet til å følge direktivet overfor EFTA. Den samme argumentasjonen taler

³³ Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse av erhverv.

³⁴ Se St.prp.nr.11 (2003-2004) side 2.

³⁵ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 193.

³⁶ Rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse.

³⁷ Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår.

³⁸ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 327.

for at reglene i Rammedirektivet heller ikke burde få forrang foran interne norske lovbestemmelser.

Mer betenkelig er det at en folkerettslig rettskilde som Rammedirektivet får betydning for tolkningen av norsk lov, når direktivet ikke offisielt er ratifisert. Lovgiver har med sin fremgangsmåte godtatt et sett regler hvis rekkevidde ennå kan være uviss. Normalt vil man trekke inn blant annet forarbeider og rettspraksis i tolkningen av norske lovregler. I dette tilfellet må man forholde seg til et EF-direktiv, noe som medfører en endring av rettskildebildet. En forskjell er at språklige variasjoner i direktiver kan forekomme, i forbindelse med at de utformes på flere av medlemslandenes språk. En annen forskjell er at slike direktiver ikke har like grundige forarbeider som norske lovregler har, mye fordi direktivene er resultater av inngående forhandlinger mellom EU-statene, og at forarbeidene gjerne skriver seg fra tidlige stadier i prosessen.³⁹ Slike forhold bidrar til å gjøre rettstilstanden mer usikker enn dersom en kun hadde de tradisjonelle norske rettskildene og forholde oss til. Et annet moment som kompliserer rettskildebildet ytterligere, er at uttalelser fra EF-domstolen kan bli avgjørende for hvordan direktivet og således bestemmelsen skal forstås. Dette ser vi eksempel på i en dom fra Stavanger tingrett,⁴⁰ hvor praksis fra EF-domstolen i den såkalte Bilka-saken⁴¹ ble trukket inn. EF-domstolen er en domstol som bare indirekte har innvirkning på norsk rett, ved at EFTA-domstolen må innrette seg etter EF-domstolens praksis, og det kan derfor sees på som problematisk at domstolen får så stor innvirkning på tolkningen av norske regler. Det er på bakgrunn av dette forsvarlig å hevde at Rammedirektivet står i en rettskildemessig særstilling i norsk rett.

3 Det lovfestede og ulovfestede diskrimineringsforbudet

3.1 Hovedregel om forbud mot diskriminering

Hovedregelen for arbeidsgivers styringsrett i forbindelse med ansettelse, følger av aml. § 13-1 jf. § 13-2. Bestemmelsen sier i første ledd at ”... *diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder*

³⁹ Se Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 213.

⁴⁰ Dom avsagt i Stavanger tingrett 12. mai 2006.

⁴¹ Sak C-170/84.

er forbudt.” I fjerde ledd står det at ”*Ved diskriminering på grunn av kjønn gjelder likestillingsloven*”. Etter likestillingsloven § 3, er det ikke tillatt med direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Videre sier aml. § 13-1 femte ledd at ”*Ved diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn gjelder diskrimineringsloven*”. Etter diskrimineringsloven § 4 er direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunn av disse faktorene forbudt.

Diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven, innebærer at det skal foretas en likebehandling av arbeidstakerne. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det ikke foreligger noe krav om diskrimineringshensikt. Et slikt krav til hensikt bak diskrimineringen ville lett kunne ført til at bestemmelsen ble mindre effektiv. Dette fordi det er vanskelig å bevise overfor domstolene hvilke motiver arbeidsgiveren har bak forskjellsbehandlingen. Av hensyn til den som blir forskjellsbehandlet er det heller ikke naturlig med noe krav til hensikt, da en eventuell forskjellsbehandling vil oppleves like urimelig selv om den ikke var vondt ment.

Når det gjelder forbudet mot å diskriminere på grunn av *medlemskap i arbeidstakerorganisasjon*, er ikke dette noe som følger av direktivet, men som er tatt med på for å oppfylle kravene i ILO konvensjon nr. 111^{42, 43}. Forbudet skal gjelde diskriminering både for personer som er organiserte og for personer som ikke er organiserte. Dette samsvarer bra med den ulovfestede retten til organisasjonsfrihet som vi har etter norsk rett, og som omfatter både retten til å være organisert og uorganisert.⁴⁴ Etter aml. § 13-2 fjerde ledd vil ikke bestemmelsene i kapittel 13 få anvendelse ”... *ved forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler*”.

For at det skal foreligge diskriminering etter aml. § 13-1, må tre vilkår være oppfylt. Det første er at noen må behandles *dårligere* enn andre blir, er blitt eller *ville blitt* behandlet i en *tilsvarende situasjon*.⁴⁵ Denne presiseringen innebærer tre ting. Det må for det første være snakk om en dårlig behandling, slik at ikke fordeler rammes av bestemmelsen. Det er likevel ikke noe krav at vedkommende må stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes

⁴² ILO konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.

⁴³ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 32.

⁴⁴ Se Jakhelln, *Oversikt over Arbeidsretten*, side 543.

⁴⁵ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 35.

med.⁴⁶ For det andre innebærer presiseringen at det kan foretas sammenligninger med en hypotetisk tredjeperson, noe som gjør bestemmelsen mer effektiv enn dersom det faktisk måtte føres bevis for at andre ble behandlet annerledes. For det tredje innebærer presiseringen at det ikke vil være diskriminering dersom noen forskjellsbehandles på grunn av at de har dårligere kvalifikasjoner enn andre, siden de da ikke befinner seg i en *tilsvarende situasjon*.

Det andre vilkåret er at det må foreligge direkte årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen vedkommende utsettes for, og minst ett av diskrimineringsgrunnlagene i aml. § 13-1.⁴⁷ Dette følger av ordlyden som sier ”*diskriminering på grunn av*”. Dersom diskrimineringen foretas på grunnlag av andre faktorer, vil ikke forholdet rammes av bestemmelsen. Ordlyden i aml. § 13-1 første ledd samsvarer med Rammedirektivet art. 12 som også benytter ordlyden ”*på grund av*”.

Det tredje vilkåret er at det ikke må dreie seg om en lovlig forskjellsbehandling. I aml. § 13-3 første ledd står det at ”*Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.*” Vilkåret om at det ikke må dreie seg om en lovlig forskjellsbehandling, er dermed resultatet av en kontekstuell tolkning av aml. § 13-1 første ledd og § 13-3 første ledd.

3.2 Har vi et generelt krav om saklig grunn for forskjellsbehandling ved ansettelser?

3.2.1 Generelt

Jeg vil reise spørsmålet om det ved ansettelser eksisterer et generelt saklighetskrav? Med dette mener jeg lovfestede eller ulovfestede regler, som innebærer et forbud mot forskjellsbehandling dersom det ikke foreligger saklig grunner til det. Spørsmålet er av stor interesse å drøfte, da et bekreftende svar vil medføre at diskrimineringsforbudet har større rekkevidde enn det som følger av lovens ordlyd. Dette fordi et slikt saklighetskrav vil medføre

⁴⁶ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2004) side 35.

⁴⁷ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 35.

at forskjellsbehandling kun kan skje når det foreligger saklig grunn for det, uavhengig av grunnlaget for forskjellsbehandlingen. I min redegjørelse nedenfor, vil jeg variere begrepsbruken slik at begrepene jeg benytter lettere kan relateres til momentet jeg drøfter. Hvilket begrep jeg til en hver tid bruker er ikke avgjørende, da et forbud mot forskjellsbehandling, et generelt krav til saklighet/saklig formål, og et krav om likebehandling, i realiteten er flere sider av samme sak. Et saklighetskrav tilknyttet forskjellsbehandlingen eller et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, vil nødvendigvis innebære at hovedregelen er likebehandling.

Det er foreløpig ikke avklart om det eksisterer noe slikt generelt forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelser innenfor norsk arbeidsrett. I lovgivningen er det ikke uttalt eksplisitt at det eksisterer noe slikt krav, men det finnes flere eksempler på at det stilles krav til saklighet på spesifikke områder av arbeidervernlovgivningen. Et eksempel på dette, er aml. § 13-3 første ledd som presiserer diskrimineringsforbudet i § 13-1.

3.2.2 Hva kan leses ut av bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 13?

Etter aml. § 13-3 første ledd, anses ikke ”*forskjellsbehandling som har et saklig formål ...*” som diskriminering etter loven. Selv om bestemmelsen knytter et krav om saklig formål til begrepet forskjellsbehandling som sådan, kan ikke bestemmelsen tolkes slik at all forskjellsbehandling uten et saklig formål må anses som diskriminering. Bestemmelsen må sees i relasjon til § 13-1 og diskrimineringsgrunnlagene som følger derav. Dermed kan det ikke ut av aml. § 13-3 første ledd tolkes noe generelt krav om likebehandling, utover i relasjon til faktorene ”*politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder*”.

Det faktum at lovgiver i kapittel 13 har valgt å ramse opp diskrimineringsgrunnlagene i en uttømmende liste, taler mot at det eksisterer et generelt krav til saklighet utenfor disse tilfellene. Dette fordi lovgiver foretar nøye vurderinger av hvordan de vil at ordlyden skal være, og hvor man derfor må kunne gå ut ifra at det ligger en veloverveid beslutning bak avgjørelsen om hvilke faktorer som omfattes av diskrimineringsforbudet. Et annet moment er at dersom det hadde eksistert et diskrimineringsvern med et generelt innhold, ville det ikke vært det samme behovet for eksplisitt å trekke frem noen faktorer i loven på den måten, med

et slikt begrenset virkeområde. Arbeidsmiljøloven § 13-1 må derfor tolkes antitetisk, slik at det ikke er forbudt med diskriminering på annet grunnlag enn de faktorer som følger av bestemmelsen.

3.2.3 Hva kan vi trekke ut av uttalelsene i forarbeidene?

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven finnes det uttalelser som kan bidra til å klargjøre rettstilstanden på området. I Ot.prp.nr.104 (2002-2003) på side 27 står det:

”Det kan fremlegges gode argumenter for at loven ikke skal ha en uttømmende oppregning av hvilke diskrimineringsgrunner som er vernet av loven. Det er imidlertid også verdt å påpeke at en mindre spesifikk oppregning i større grad vil kunne medføre rettsusikkerhet i forhold til hvem som er omfattet av diskrimineringsvernet. Bestemmelsene gir både rettigheter og plikter, og det er derfor av betydning at rettstilstanden gjøres så klar som mulig gjennom lovteksten.”

Selv om det ikke her nevnes hvilke gode grunner det er snakk om, følger det av sammenhengen at det refereres til det å inkludere flere diskrimineringsgrunnlag i bestemmelsen. Dette på grunn av at det i høringsforslaget hadde blitt reist spørsmålet om en mer åpen ordlyd. Vi ser at lovgiver understreker at oppramsingen av diskrimineringsgrunnlag i § 13-1 er utømmende, begrunnet blant annet i hensynet til forutberegnelighet. Dette trekker sterkt i retning av at andre grunnlag ikke har tilsvarende beskyttelse. Samtidig kommer det frem at begrunnelsen for ikke å inkludere andre diskrimineringsgrunnlag, var at det aktuelle formålet med forarbeidene var å videreføre innholdet i den gamle arbeidsmiljølovens § 55 A, samt å sikre at norsk lov samsvarte med Rammedirektivet.⁴⁸

Med bakgrunn i dette, kan det hevdes at lovgiver gir uttrykk for at loven slik den er i dag kanskje ikke samsvarer helt med rettstilstanden, samtidig som det antydes at endringer kan komme på et senere tidspunkt. Vi ser at selv om lovgiver uttaler at oppramsingen av faktorer i aml. § 13-1 er utømmende, kan det likevel tenkes at forbudet faktisk har en noe større rekkevidde. Hensynet til forutberegnelighet må ses i relasjon til hvilket vern som følger av loven, og det kan dermed ikke kan avvise at det eksisterer et forbud mot diskriminering på et

⁴⁸ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 27.

ulovfestet grunnlag. Det må her påpekes at det var fornuftig og hensiktsmessig av lovgiver å ikke innta ytterligere diskrimineringsgrunnlag i loven på det daværende tidspunktet. En slik utvidelse av ordlyden ville ikke vært forsvarlig uten å inkludere et større antall institusjoner og organisasjoner i høringsrunden, da nye diskrimineringsgrunnlag skaper et behov for å rådføre seg med andre aktører.

Konklusjon er at diskrimineringsforbudet i loven er uttømmende, samtidig som lovgiver ikke avviser at det eksisterer noe generelt krav til saklighet, men tvert imot antyder at lovgivningen på området ikke er komplett.

3.2.4 Andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven

Hittil har vi sett på bestemmelsene som omhandler forbudet mot diskriminering, men også andre steder i loven henvises det til en saklighetsvurdering. Spørsmålet er om dette kan gi indikasjoner på at det eksisterer et generelt krav til saklighet ved ansettelse.

3.2.4.1 Regler for oppsigelse

Arbeidsmiljøloven § 15-7 stiller opp et krav om saklig begrunnelse for oppsigelse. Oppsigelser må begrunnes saklig i ”*virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*”. Saklighetsvurderingen etter § 15-7 er av mer generell art enn den som følger av § 13-3. Dette er fordi § 15-7 ikke henviser til bestemte faktorer som sakligheten må relateres til. Den viser riktignok til tre alternative forhold som saklighetskravet må knyttes til, noe som innebærer en viss begrensning. Men faktum er at de tre områdene om *virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*, omhandler alle parter i en arbeidsavtale, og derfor har en slik rekkevidde at det vanskelig kan tenkes forhold som faller utenfor. Saklighetsvurderingen er derimot kun tilknyttet forholdet ved oppsigelse, noe som tyder på at det samme ikke gjelder på andre områder. Dette styrkes ved at det i § 15-14 om avskjed, ikke kan leses noe tilsvarende saklighetsvurdering ut av ordlyden. Her kan det likevel hevdes at de kriteriene som følger for avskjed etter § 15-14 alltid vil være saklige i relasjon til arbeidstakers forhold, og at det ved så alvorlige saklige grunner automatisk vil eksistere et svakere oppsigelsesvern for arbeidstakeren. Uavhengig av hvordan man velger å se på bestemmelsen i § 15-14, kan det

vanskelig konkluderes med at det eksisterer et generelt krav til saklighet ved ansettelse på bakgrunn av § 15-7.

3.2.4.2 Regler om kontrolltiltak

Også for arbeidsgivers adgang til å utføre kontrolltiltak, gjelder det et saklighetskrav. Arbeidsmiljøloven § 9-1 sier at det kun kan iverksettes kontrolltiltak overfor arbeidstakere når tiltaket har ”*saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren*”. Selv om adgangen til å utføre kontrolltiltak er en del av styringsretten, knyttes saklighetskravet i § 9-1 kun opp mot selve kontrolltiltakene, og ikke styringsretten generelt. Jo flere steder i loven hvor lovgiver har valgt å spesifisere et krav til saklighet, jo mindre grunn er det til å tro at et slikt krav eksisterer på et generelt grunnlag. Lovgivers spesifiseringer tyder også her på at det er foretatt et bevisst valg over hvilke situasjoner som skal reguleres av et saklighetskrav.

3.2.4.3 Hva kan vi trekke ut av disse bestemmelsene?

Det kan ikke tolkes ut av arbeidsmiljøloven at det eksisterer noe generelt krav til saklighet ved ansettelse. Det faktum at dagens arbeidsmiljølov bare er noen få år gammel, taler mot at det er skjedd store utviklinger siden loven ble utformet. Det er mindre grunn til å tro at rettstilstanden har utviklet seg radikalt over så kort tid, enn det ville vært dersom det hadde vært lenge siden loven var gjenstand for lovgivers oppmerksomhet. Likevel er ikke en analyse av disse bestemmelsene egnet til å utelukke at det på ulovfestet grunnlag finnes et generelt krav til saklighet ved ansettelse.

3.2.5 Rettspraksis

3.2.5.1 Generelt

Er det noen tendenser i rettspraksis som tilsier at det eksisterer et generelt krav til saklighet/likebehandling ved ansettelse?

Høyesterett har per i dag ikke eksplisitt sagt at noe slikt generelt krav eksisterer. Det finnes likevel eksempler på at høyesterett har benyttet seg av et slikt prinsipp uten å nødvendigvis slå fast at det er et generelt krav som gjelder overalt. En avgjørelse som illustrerer dette er Rt. 2001 s. 418, hvor høyesterett på side 427 sier at:

”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

Av dette må det kunne slutes at det i alle fall i forhold til styringsretten eksisterer et saklighetskrav. Styringsretten har vi tidligere definert som blant annet retten til å foreta ansettelse. Hva høyesterett helt konkret mener med allmenne saklighetsnormer, redegjøres det ikke nærmere for. Det kan dreie seg om et generelt arbeidsrettslig prinsipp, eller det kan tenkes at høyesterett bruker en analogisk eller utvidende tolkning av arbeidsmiljølovens regler om saklig begrunnelse for utøvelse av styringsretten. Sistnevnte er derimot en mindre trolig konklusjon, da det for det første ville vært naturlig at Høyesterett redegjorde nærmere for en slik rettskildebekræftelse, for eksempel ved å drøfte hensyn bak reglene, og for det andre fordi det ikke stemmer overens med uttalelsene i forarbeidene.

I etterkant av denne dommen, har det ikke kommet noen avgjørelser hvor det har blitt konkludert med at en beslutning fra arbeidsgivers side er ugyldig etter en slik vurdering.

3.2.6 Juridisk teori

Har det kommet noen uttalelser i juridisk teori som kan bidra til å bekrefte eller avkrefte at et ulovfestet saklighetskrav eksisterer ved ansettelse?

Henning Jakhelln skriver på side 50 i sin bok *Oversikt over Arbeidsretten*, at beslutninger i forbindelse med styringsretten må holdes innenfor rammene av det generelle saklighetskrav. Han sier videre at dette saklighetskravet i dag må kunne karakteriseres som et generelt arbeidsrettslig prinsipp. Han understreker dette ved å henvise til den ovenfor nevnte Rt. 2001 s. 418 og det som sies der om den allmenne saklighetsnormen. Han hevder videre at de lovfestede likebehandlingskrav ikke kan ansees som uttømmende på tross av sin kasuistiske

utforming, da den må tolkes ut fra formålet bak bestemmelsen.⁴⁹ På denne måten mener han at en utvidende tolkning må anvendes for beslektede tilfeller til de som følger av loven.

Det kan virke som at Jakhelln her lanserer to alternative måter å rettsliggjøre saklighetskravet på, uten at disse alternativene nødvendigvis passer så bra når de sees i sammenheng. Uten å gå inn på en omfattende drøftelse av hva et prinsipp er, vil jeg tro at den sammenhengen begrepet brukes i av Jakhelln, tyder på at det er et prinsipp som en grunnsetning det siktes til. I så fall vil det bety at et generelt prinsipp om saklighet innenfor styringsretten kan benyttes som eget rettslig grunnlag, på lik linje med for eksempel kø-prinsippet⁵⁰ i formuesretten, som innebærer en hovedregel om at ingen kan overføre større rett enn de har.⁵¹ Dersom dette var tilfelle ville det ikke være nødvendig å benytte en utvidet tolkning av det lovfestede diskrimineringsforbudet. Dette fordi det generelle prinsippet faktisk vil ramme videre enn en utvidet tolkning, siden det ikke vil være behov for å drøfte hva et beslektet tilfelle er. Samtidig mener jeg det er dristig av Jakhelln å legitimere en utvidende tolkning av lovens ordlyd, når ordlyden er så klar og lovgiver har vært så bastant i sine uttalelser om at lovens opprøp er uttømmende av hensynet til forutberegnelighet.

I Jan Fougner og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentirutgave*, går forfatterne ikke like langt som Jakhelln i å hevde at det eksisterer et generelt arbeidsrettslig prinsipp. I følge deres fremstilling, gjelder det enkelte ulovfestede begrensninger for styringsretten, og at ugyldighet må bli konklusjonen dersom slike ulovfestede saklighetsnormer overtredes.⁵² Det følger videre at disse ulovfestede begrensningene både vil ha anvendelse mot diskriminering på grunnlag som fanges opp av arbeidsmiljøloven kapittel 13, og for avgjørelser som ikke innebærer en overskridelse av lovens regler. Grunnlaget for denne ulovfestede retten er presedensen som ble skapt i Rt. 2001 s. 418, og det fremheves at regelen er et sikkerhetsnett som fanger opp forskjellsbehandling som ikke rammes av lovens forbud. De er med andre ord noe mer forsiktig, samtidig som de ikke undergraver sin egen henvisning til ulovfestet rett ved å henvise til en utvidende tolkning av lovfestede regler.

Konklusjonen er at det i juridisk teori hevdes at det eksisterer et ulovfestet krav til saklighet ved utførelsen av styringsretten, og på den måten også ved ansettelse.

⁴⁹ Se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, side 51.

⁵⁰ Se for eksempel Rt. 1998 s. 251 (side 257).

⁵¹ Se for eksempel Hans Fredrik Marthinussen, "Ulovfestet ekstinksjon", *Jussens Venner* 2006 s. 1 (side 3).

⁵² Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentirutgave*, Oslo 2006 s. 547.

3.2.7 Reelle hensyn

Hvilke reelle hensyn gjør seg gjeldende på området, og taler disse for eller mot at det eksisterer et generelt krav til saklighet ved ansettelse? Da noen av disse hensynene er belyst i mer eller mindre grad innledningsvis, vil jeg forsøke å fatte meg i korthet om dette.

Et hensyn som taler mot at et slikt krav eksisterer, er hensynet til forutberegnelighet. Fra arbeidstakers side er dette viktig, fordi det er først når man kjenner sine rettigheter at man kan påberope seg disse. I tillegg er det en fordel å vite hva man kan forvente seg når man skal inn i en jobbsøkerprosess. I forhold til arbeidsgiver er det kanskje enda viktigere med forutberegnelighet, da det er han som til enhver tid har ansvaret for at reglene følges. Å ha en ulovfestet regel med et vidt innhold, vil kunne skape usikkerhet, som igjen kan føre til vegring for å ta avgjørelser. Det vil bli vanskelig for arbeidsgiverne å vite hva de kan legge vekt på, og hva som ikke er saklig i vurderingen av hvem som skal få jobben. Til syvende og sist må en eller annen faktor bli avgjørende for hvem som får en stilling, og presset på arbeidsgiver kan bli unødig stort når han ikke vet hvilke regler han kan forholde seg til. Særlig er dette problematisk ved ansettelser, hvor egenskaper som ikke er målbare ofte vektlegges, slik som hvor sosial en person er, vedkommendes lederegenskaper, samarbeidsevner og lignende.

Hensyn som taler for at et ulovfestet saklighetskrav eksisterer, er hovedsakelig rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger. Forskjellsbehandling oppfattes som urettferdig, mens likebehandling oppfattes som rettferdig, og Rammedirektivet har derfor som formål å fremme likebehandling.⁵³ Dette er normale oppfatninger i samfunnet, og for at folk skal ha tillit til rettssystemet er det viktig at regelverket beskytter disse verdiene. Rimelighetshensyn i forhold til arbeidstaker vil også tale for at et slikt krav eksisterer. Beslutninger som har stor betydning for en arbeider, bør ikke tas på bakgrunn av vilkårlighet, nykker, hevnjerrighet, tilfeldige innfall osv, men basert på saklige kriterier.⁵⁴ Dette henger sammen med at arbeidstakeren ofte er den svake parten, og derfor har behov for beskyttelse. Dette er hensyn som er med på å begrunne det *lovfestede* forbudet mot diskriminering, men de vil også gjøre seg gjeldende overfor andre diskrimineringsgrunnlag. For eksempel vil en som forskjellsbehandles fordi han

⁵³ Se Rammedirektivet art. 1.

⁵⁴ Se Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, side 50.

er trønder, føle seg like krenket som en som forskjellsbehandles fordi han opprinnelig er svensk.⁵⁵ Bakgrunnen for forskjellsbehandlingen i begge tilfellene, har sammenheng med hvor vedkommende ble født og hvordan han snakker. Med så like tilfeller, taler hensyn for at reglene må slå likt ut overfor begge.

3.2.8 Konklusjon

Det kan verken ut av ordlyden eller etter analogi tolkes noe generelt krav til saklighet ved ansettelse ut av lovverket. Samtidig utelukker ikke dette at det kan eksistere et slikt krav på ulovfestet grunnlag. Lovgivers uttalelser bidrar til å skape tvil om rettstilstanden. Dette sett i sammenheng med uttalelser fra Høyesterett, hensyn som gjør seg gjeldende på området, og rettsoppfatninger som kommer fram i juridisk litteratur, tyder likevel på at det etter ulovfestet rett eksisterer et saklighetskrav i forbindelse med utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten inkluderer adgangen til å foreta ansettelser, og det må dermed kunne konkluderes med at det gjelder et generelt krav til saklighet og likebehandling ved ansettelser. Om det gjelder et slikt generelt prinsipp innenfor hele arbeidsretten, vil jeg ikke drøfte nærmere, da det i relasjon til ansettelser holder å konstatere at *styringsretten* er begrenset på en slik måte.

Den betydning det får at det eksisterer et slikt krav ved ansettelser, er at det også vil være ulovlig med usaklig forskjellsbehandling på grunn av andre faktorer enn de som følger av loven.

Et problem som kan nevnes i forbindelse med en slik ulovfestet regel ved ansettelse, er at den ikke vil være særlig effektiv. Som det fremgikk av juridisk teori ovenfor,⁵⁶ vil for eksempel en oppsigelse kunne tenkes å bli ugyldig om det ulovfestede saklighetskravet er brutt. Det eksisterer ingen tilsvarende mulighet til å gjøre en avgjørelse om ansettelse ugyldig.⁵⁷ Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som skal sikre et effektivt diskrimineringsforbud,⁵⁸ vil heller ikke kunne benyttes på slike tilfeller, da det uttrykkelig følger av ordlyden at de kun gjelder bestemmelsene i lovens i kapittel 13.

⁵⁵ Forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse er forbudt, jf. diskrl. § 4.

⁵⁶ Se punkt 2.3.6.

⁵⁷ Se nærmere redegjørelse under punkt 3.1.2.

⁵⁸ Aml. §§ 13-7, 13-8 og 13-9.

3.3 Presisering av grensen for diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven

3.3.1 Generelt

Arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd sier at ”*Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.*”

Vi ser her at loven opererer med tre kumulative vilkår, som alle må være oppfylt før forskjellsbehandling skal være tillatt. Videre skal bestemmelsen tolkes svært restriktivt, for å hindre at ikke diskrimineringsforbudet blir uthult.⁵⁹

3.3.1.1 Saklig formål

Det første vilkåret går ut på at det må foreligge et saklig formål bak forskjellsbehandlingen. Presiseringen saklig, tilsier at ikke ethvert formål kan være nok til å begrunne forskjellsbehandlingen. I juridisk teori har Jakhelln hevdet at begrunnelsen ”*må være sann og relevant eller akseptabel i sammenhengen*” og at det ikke er arbeidsgivers subjektive oppfatning som må ligge til grunn.⁶⁰ Den første presiseringen er viktig, da usanne og ikke tilstrekkelig dokumenterte begrunnelser vanskelig kan sees på som sakelig. Dette kan illustreres med en avgjørelse fra EF-domstolen, hvor det ble sett på som ulovlig at en kvinne ble diskriminert ved ansettelse, kun med begrunnelsen at kvinners arbeidsytelse er dårligere fordi de er kvinner.⁶¹ I dette eksemplet ser vi også viktigheten av at det foretas en objektiv vurdering av kravet. En subjektiv vurdering ville her kunne ført til et annet resultat, for eksempel dersom alle de tidligere kvinnelige ansatte i den bedriften hadde gjort en dårlig jobb. Hva Jakhelln legger i at den må være relevant eller akseptabel i sammenhengen, redegjør han ikke nærmere for. Det er likevel naturlig at dette henspeiler til at formålet må ha sammenheng

⁵⁹ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 40.

⁶⁰ Jakhelln, *Arbeidsrett.no*, side 598.

⁶¹ Sak C-109/88, nr. 20 (Danfoss).

med et aktuelt behov arbeidsgiver har for å foreta en forskjellsbehandling. I så fall vil ikke presiseringen ha noen særlig funksjon, da dette er noe som uansett følger av nødvendighetskravet nedenfor.

3.3.1.2 Nødvendighetskravet

Det andre vilkåret for at forskjellsbehandlingen ikke skal regnes som diskriminering, er at den må være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke. Dette er et alternativ som henger tett sammen med kravet om saklig formål, da nødvendighetskravet innebærer at saklighetskravet er tilknyttet utøvelsen av selve arbeidet.⁶² Kravet til nødvendighet innebærer dermed to begrensninger for hva som er saklig, den ene at saklighetskravet må knyttes opp mot et behov den aktuelle bedriften har, den andre at hensynet må gjøre seg gjeldende i tilstrekkelig stor grad. Slik ser vi at ikke ethvert saklig formål vil oppfylle kravet, da det samtidig må være nødvendig for utøvelsen. For å illustrere dette, kan man bruke et eksempel hvor det kreves vandelsattest ved ansettelse, noe som i seg selv kan være saklig begrunnet. For eksempel vil det ikke være nødvendig å kreve vandelsattest i forbindelse med jobb som telefonselger, mens dette behovet kan stille seg annerledes for eksempel ved en stilling som politibetjent. For å illustrere den andre delen av nødvendighetskravet, kan man bruke eksemplet med høyden på en modell. I utgangspunktet kan det være saklig å kreve en viss høyde på modeller som skal ansettes i et modellfirma eller brukes i et oppdrag. Likevel vil dette ikke være nødvendig dersom den aktuelle jobben kun går ut på å bli tatt ansiktsbilder av, hvor da det ikke er et tilstrekkelig behov til å vektlegge modellens høyde.

Det kan stilles spørsmål om hvor langt nødvendighetskravet skal rekke, eller hvor stort behovet må være før noe skal karakteriseres som nødvendig. Uttrykket nødvendig er et sterkt ord, som i utgangspunktet kan indikere at forholdet må være avgjørende for bedriftens muligheter til å opprettholde driften. Hensyn taler derimot for at det ikke trenger å være et spørsmål om bedriftens eksistens eller ikke, da økonomiske, personalmessige eller andre fordeler må kunne være nok til å oppfylle nødvendighetskravet.

⁶² Se Jakhelln, *Arbeidsrett.no*, side 599.

Det er viktig å presisere at nødvendighetskravet ikke må blandes sammen med kravet til årsakssammenheng som tidligere er omtalt.⁶³ Årsakssammenhengen relaterer seg til forholdet mellom behandlingen og diskrimineringsfaktoren, mens nødvendighetskravet må sees i sammenheng med behovet bedriften har for å forskjellsbehandle.

3.3.1.3 Forholdsmessighet

Det tredje vilkåret for at forskjellsbehandlingen ikke skal regnes som diskriminering, er at den ikke må være uforholdsmessig inngripende overfor den som rammes. Her er det et krav til proporsjonalitet som stilles opp, hvor hensynet bak er at det skal være noenlunde samsvar mellom mål og middel. Det som må vurderes opp mot hverandre, er fordelene arbeidsgiver oppnår ved forskjellsbehandlingen, og ulempene dette medfører for arbeidstakeren. Dette alternativet er med på å heve grensen for når forskjellsbehandling er tillatt, da det kan føre til at en forskjellsbehandling er ulovlig selv om den er nødvendig for utøvelsen av arbeidet og formålet er saklig. Mens nødvendighetskravet og saklighetskravet knytter seg til bedriften og dens behov, er dette et vilkår som retter seg mot arbeidstakeren og hans forhold. På den måten ser vi at selv om en bedrift har aldri så gode grunner for å forskjellsbehandle, vil det fortsatt måtte foretas en vurdering av følgene overfor arbeidstakeren. Hva som ligger i begrepet uforholdsmessig, er ikke så lett å definere. I teorien er det hevdet at forholdsmessighetsvurderingen må antas å ha liten selvstendig betydning ved siden av vilkåret om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for utførelsen av arbeid eller yrke.⁶⁴ Argumentet er at det sjelden vil være urimelig inngripende å stille et krav som er saklig og nødvendig i forhold til yrket og bedriftens eksistens. Dersom dette er tilfellet, kan en stille spørsmålet om hvorfor alternativet i det hele tatt er tatt med i bestemmelsen. Svaret på dette er trolig for å sikre at arbeidsgiver først ser om det er andre muligheter til å oppfylle målet sitt, uten å gå veien om forskjellsbehandling.⁶⁵ Samtidig vil vilkåret fungere som en sikkerhetsventil, som gjør at dersom noe skulle ramme en arbeider i urimelig stor grad, vil det måtte klassifiseres som diskriminering.

⁶³ Se punkt 2.2.

⁶⁴ Se Jakhelln, *Arbeidsrett.no*, side 600.

⁶⁵ Se Fougner, side 589.

De vilkårene jeg nettopp har drøftet, er utviklet i praksis fra EF-domstolen, og kalles proporsjonalitetstesten.⁶⁶

3.3.2 Om saklighetskravets relativitet

3.3.2.1 Generelt

Begrepet "saklighet" er en rettslig standard, og dermed et relativt begrep. Det er vanskelig å si noe generelt om hva som faller inn under ordlyden, da det må en konkret vurdering til for hvert enkelt tilfelle. Det som gjør begrepet relativt, er at det som i *en* situasjon virker som en saklig begrunnelse for en avgjørelse, i en annen situasjon kan være helt usaklig. Dette fordi det i stor grad vil variere fra virksomhet til virksomhet, hvilke krav som kan stilles til de ansatte. Jeg vil prøve å illustrere hvordan slike variasjoner kan oppstå ved å benytte meg av egne eksempler.

3.3.2.2 Avhenger av type virksomhet

For det første vil bedømmelsen av hva som er saklig, variere ut fra hvilket innhold eller stillingsbeskrivelse en jobb har. Forskjellige hensyn og behov vil stå i fokus, avhengig av hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres. For å illustrere dette vil jeg trekke frem eksempler som viser hvordan sikkerhetshensyn kan slå forskjellig ut i forhold til to typer stillinger. Det første eksemplet er en stilling som lærer for en byggfagklasse på en videregående skole. En slik stilling vil kunne innebære at vedkommende må oppholde seg en del på en byggeplass, hvor det kan være påbudt med hjelm grunnet sikkerhetshensyn. Dersom en arbeidssøker for eksempel er sikh og har en religiøs overbevisning som tilsier at han må bruke turban på hodet, kan dette føre til at han er forhindret fra å bruke hjelm på byggeplassen. Selv om det er forbudet å indirekte diskriminere noen på grunn av religion,⁶⁷ vil sikkerhetshensyn her kunne være et saklig formål for forskjellsbehandling. Det samme hensynet til sikkerhet er ikke nødvendigvis saklig, dersom den aktuelle stillingen går ut på å være lærer i matematikk, hvorpå det ved klasseromsundervisning ikke eksisterer noe behov for hjelm. Her ser vi at en

⁶⁶ Se Jakhelln, *Arbeidsrett.no*, side 601.

⁶⁷ Jf. diskrl. § 4 første ledd.

forskjellsbehandling som er saklig i et tilfelle, fort kan bli usaklig dersom vi endrer litt på stillingsbeskrivelsen.

3.3.2.3 Avhenger av formålet bak virksomheten

Ikke bare for situasjoner hvor stillingsbeskrivelsen er annerledes, vil saklighetskravet variere. Det samme kan være tilfellet for like stillingsbeskrivelser, dersom formålet med virksomheten er forskjellig i de aktuelle bedriftene.⁶⁸ For eksempel kan det være saklig å forskjellsbehandle noen på grunn av religiøs overbevisning dersom stillingen går ut på å være lærer ved et kristelig gymnas, mens det ikke vil være saklig ved en stilling som lærer ved et vanlig gymnas. Her ser vi at to tilsynelatende identiske stillinger, vil innebære en ulik vurdering av hva som er saklig forskjellsbehandling, basert på formålet bak virksomheten. RG 1998 s. 86 (Borgarting)⁶⁹ illustrerer at formålet ”å fremme bestemte religiøse syn” kan gi utslag på saklighetsvurderingen, selv om tvisten der gjaldt oppsigelse og ble løst på et annet grunnlag.⁷⁰

3.3.2.4 Begrepet endres over tid

At begrepet saklighet er relativt, kommer ikke bare til syne i forbindelse med forskjellige typer yrker og formålet bak disse. Utviklingen i samfunnet og i befolkningens holdninger kan også føre til at saklighetsbegrepet endres over tid. Et forhold som kan være saklig i dag, var ikke nødvendigvis det for 20 år siden. For eksempel kan det i dag være saklig å be om vandelsattest ved ansettelse av en flyger, begrunnet i de sikkerhetskrav som stilles til luftfarten. Et slikt krav ville ikke nødvendigvis vært saklig ved ansettelser i 1940, hvor fokuset på sikkerhet ikke hadde de samme dimensjoner som i dag. På samme måte kan det tenkes at noe som før i tiden var en saklig grunn for forskjellsbehandling, ikke lengre er det i dag. Før ville det kanskje ved ansettelsen av en prest, være saklig å kreve at stillingen ble besatt av en mannsperson. I dag vil det samme ikke kunne karakteriseres som saklig, hvorpå det tvert imot eksisterer et forbud mot slik forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3.

⁶⁸ Se Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett bind 2*, Oslo 1997 s. 254.

⁶⁹ Refereres ofte til som KG-dommen (Kristelig Gymnas).

⁷⁰ Se også ankesaken i Rt. 1997 s. 1983, hvor det på side 1985 ble uttalt at skolens særpreg ville inngå i saklighetsvurderingen.

3.4 Saklige grunner for forskjellsbehandling

3.4.1 Generelt

Som nevnt innledningsvis vil jeg begrense denne delen av avhandlingen til kun å gjelde faktorene funksjonshemming, alder, seksuell orientering og røyking. Det er forskjellige grunner bak mine valg av diskrimineringsgrunnlag. Først ønsker jeg å behandle en av faktorene som *kun* skal vurderes etter den generelle saklighetsvurderingen i aml. § 13-3 første ledd. Her har jeg valgt faktoren funksjonshemming, da det i forbindelse med denne også oppstår en interessant problemstilling i forhold til aml. § 13-5. Alder vil jeg også behandle, da denne faktoren rammes av § 13-3 annet ledd, hvorpå vurderingen avviker noe fra den generelle saklighetsvurderingen etter aml. § 13-3 første ledd. Seksuell orientering har jeg også valgt fordi denne faktoren har en noe egen vurdering jf. aml. § 13-3 tredje ledd. Til slutt ønsker jeg å behandle en av faktorene som følger av det ulovfestede saklighetskravet, og har i den anledning valgt røyking. Fokuset i drøftelsene vil jeg legge på hva som kan være saklige formål, ikke på vilkårene om nødvendighet og forholdsmessighet. Dette fordi vurderingen av de sistnevnte i alt for stor grad knyttes opp mot konkrete forhold ved hver enkelt bedrift. De formålene jeg behandler, er kun ment å illustrere noen situasjoner hvor aml. § 13-3 kommer til anvendelse, og utgjør på ingen måte en fullstendig liste over saklige formål.

3.4.2 Funksjonshemming

3.4.2.1 Generelt

Funksjonshemming er en av faktorene som rammes av diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1. Bestemmelsen sier derimot ingenting om hvilke typer funksjonshemming dette gjelder. Dersom en bare skal forholde seg til ordlyden i paragrafen, vil begrepet ramme ganske vidt og omfatte alle *former* for funksjonshemming, uavhengig av i hvilken grad disse gjør seg gjeldende. Etter forarbeidene, er funksjonshemming både fysiske og psykiske svekkelser som

får negativ betydning for utøvelsen av en aktivitet.⁷¹ Det må imidlertid påpekes at det er følgene av funksjonshemmingen som er beskyttet mot diskriminering, en funksjonshemmet person som er dårligere kvalifisert uavhengig av sin helsemessige tilstand, vil ikke ha noen beskyttelse av § 13-1. Forskjellsbehandling er likevel tillatt når den *”har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke”*, jf. § 13-3 første ledd.

3.4.2.2 Hva kan være saklig grunn for forskjellsbehandling?

En forskjellsbehandling må i alle fall være saklig begrunnet, dersom den foretas fordi jobbsøkeren ikke er i stand til å utføre hele eller deler av stillingsbeskrivelsen. Det må også kunne være adgang til forskjellsbehandling dersom arbeidssøkeren faktisk kan utføre jobben, men hvor vedkommende vil bruke mye lengre tid eller utføre jobben nevneverdig dårligere enn en annen person ville gjort. Dette fordi en bedrifts økonomiske forhold ofte henger tett sammen med hvor effektivt det arbeides. På den måten må det for eksempel være saklig å forskjellsbehandle en person med talevansker når en skal ansette en telefonselger.

Dersom funksjonshemmingen ikke har noen innvirkning på evnen til å utføre arbeidet, kan det i utgangspunktet ikke foreligge saklig grunn til forskjellsbehandling. For eksempel kan det ikke saklig begrunnes en forskjellsbehandling ved ansettelsen av en vaskehjelp, kun med den begrunnelsen at arbeidssøkeren er stum, da funksjonshemmingen ikke har noen sammenheng med vedkommendes evner til å vaske. Samtidig må det kunne være saklige grunner til å forskjellsbehandle noen, dersom de kan ha problemer med å utføre *eventuelle tilleggsoppgaver* til stillingen. For eksempel vil det kunne tenkes at en stum person ikke har noen problemer med å jobbe som vaktmester ved en skole, siden det ikke nødvendigvis hører til stillingsbeskrivelsen å ha dialog med andre. Men dersom vaktmesteren også er ansvarlig for å lede en eventuell evakuering av skolen, kan det fort bli et problem at vedkommende ikke er i stand til å gjøre seg forstått muntlig. Hensyn tilsier derfor at en stillingsbeskrivelse som *kan* innebære oppgaver som funksjonshemmingen gjør vanskelig eller umulig, vil kunne medføre at det er saklig grunn til forskjellsbehandling.

⁷¹ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 31.

Det kan tenkes at en jobbsøker har en funksjonshemming som vil medføre ekstra kostnader eller ulemper for arbeidstakeren. Er dette tilstrekkelig til saklig å begrunne en forskjellsbehandling? For eksempel dersom en rullestolbruker søker på en stilling han er kvalifisert til å utføre, men hvor arbeidsplassen er i en bygning hvor det ikke er mulig å komme frem i rullestol. Slike tilfeller må sees i sammenheng med aml. § 13-5, som sier at arbeidsgiver så langt det er mulig skal iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker med funksjonshemming skal kunne få arbeide. I bestemmelsen er det tatt med et forbehold for de tilfeller hvor dette vil innebære en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver. I denne forholdsmessighetsvurderingen, skal det etter Ot.prp.nr.34 (2000-2001) side 11 tas hensyn til:

”... i hvilken grad det aktuelle tiltaket kan forventes å redusere funksjonshemmingens begrensning på muligheten til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene, i hvilken utstrekning det faktisk er mulig å gjennomføre tiltaket, arbeidsgivers kostnader med tiltaket, denne kostnadens begrensning av andre aktiviteter i virksomheten, arbeidsgivers økonomiske situasjon samt muligheten til økonomisk eller annen bistand..”

Her ser vi at det som i utgangspunktet var en vurdering av hva som var saklig grunn til forskjellsbehandling, i stedet ender opp med å bli en vurdering av hva som er rimelig å kreve av arbeidsgiver i forbindelse med tilrettelegging av arbeidsplassen. Saklig grunn foreligger dermed når økonomiske hensyn gjør seg gjeldende i så stor grad at man ikke kan pålegge arbeidsgiver å iverksette de nødvendige tiltakene.

I relasjon til aml. § 13-5, kan det nevnes at terskelen nok er høyere for å si opp en arbeidstaker som *blir* funksjonshemmet, enn den er for å forskjellsbehandle en arbeidssøker som har en tilsvarende funksjonshemming. Dette for det første begrunnet i det sterke oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7, men også fordi det i forhold til en ansatt ikke vil kunne reises tvil om vedkommende er den riktige for stillingen, da avgjørelsen på dette allerede ble tatt ved ansettelsen.

Konklusjonen er at dersom en funksjonshemming fører til at en arbeidssøker vil utføre jobben vesentlig dårligere enn en person uten funksjonshemninger, innebærer det at en saklig grunn for forskjellsbehandling foreligger. Dersom vedkommende derimot er i stand til å utføre

jobben likt eller tilnærmet likt de andre arbeidssøkerne, finnes det ikke grunnlag for forskjellsbehandling med mindre ansettelsen vil medføre andre ulemper for arbeidsgiveren.

3.4.3 Alder

Alder er en faktor det ikke er lov til å diskriminere på grunn av, noe som følger av aml. § 13-1. Etter ordlyden gjelder dette både diskriminering grunnet for høy og for lav alder.

I aml. § 13-3 første ledd står det at *”forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.”*

Spørsmålet er dermed hva som kan være et saklig formål bak forskjellsbehandling på grunn av alder?

I forbindelse med forskjellsbehandling på grunn av for lav alder, kan det nevnes at arbeidsmiljøloven kapittel 11 inneholder særregler for mindreårige arbeidstakere. Etter § 11-1 første ledd følger det at *”barn som er under 15 år eller skolepliktig skal ikke utføre arbeid som går inn under denne lov ...”*. Denne bestemmelsen må forstås slik at den åpner for forskjellsbehandling av mindreårige arbeidssøkere, til tross for diskrimineringsforbudet i § 13-1. Også i andre lover finnes det regler for en minimumsalder på arbeidstakere. Et eksempel på et slikt lovbestemt unntak fra diskrimineringsforbudet, er alkoholloven⁷² § 1-5 tredje ledd, som sier at *”Den som selger eller skjenker alkoholholdig drikk med 22 volumprosent alkohol eller mer, må ha fylt 20 år, og den som selger eller skjenker annen alkoholholdig drikk, må ha fylt 18 år.”* Det vil derfor være saklig begrunnet å forskjellsbehandle en mindreårig som søker på en stilling som innebærer servering av alkohol. Et annet eksempel er domstolloven⁷³ § 54, som sier at høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år, hvorpå det vil foreligge saklig grunn for forskjellsbehandling av søkere under 30 år.⁷⁴

3.4.3.1 Hva kan være saklig grunn for forskjellsbehandling etter § 13-3 første ledd?

⁷² Lov 2. juni 1989 nr.27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (alkoholloven).

⁷³ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

⁷⁴ Slike regler er ikke i strid med Rammedirektivet, da det i art. 6 åpner for nasjonale særregler som fastsetter en minimumsalder for visse typer yrker.

Et saklig formål som kan tenkes etter § 13-3 første ledd, er bedriftens behov for å sikre en effektiv arbeidsstokk for fremtiden, og å hindre at kunnskaper og tradisjoner forsvinner ut av arbeidsplassen. For eksempel kan det være fordelaktig at de som har jobbet en tid i bedriften, lærer opp de nyansatte slik at disse kan føre bedriftens arv videre. Dette kan være både i relasjon til bedriftshemmeligheter, tips og triks og som er praktiske og kunne, samt metoder som gjør at arbeidet utføres sikrere, raskere eller mer effektivt. Et slikt behov kan forsvare at en yngre arbeidssøker prioriteres i utvelgelsen av hvem som skal få en stilling. Dersom arbeidsstokken allerede har en stor andel eldre arbeidere som trolig vil slutte innen få år, vil det ved å ansette nye arbeidere fra samme aldersgruppe være en fare for at bedriften mister alle sine kontinuitetsbærere samtidig. I slike situasjoner kan det foreligge saklig grunn for forskjellsbehandling.

Det skal nok likevel noe til før en forskjellsbehandling med et slikt formål oppfyller nødvendighetskravet. Vurderingen må ta utgangspunkt i hvilke kunnskaper og tradisjoner det dreier seg om, og hvor stort behovet er for å bevare disse.

3.4.3.2 Hva kan være saklig grunn for forskjellsbehandling etter § 13-3 annet ledd?

Etter aml. § 13-3 annet ledd, følger det at ”*forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot ... diskriminering på grunn av alder...*”.

Det som etter første ledd var en vurdering om saklig formål, forholdsmessighet og nødvendighet, er nå blitt en vurdering av om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål, samtidig som forholdsmessighetskravet bevares. Dette innebærer at terskelen er hevet for hva man kan foreta seg uten at det rammes av forbudet mot diskriminering.

Bestemmelsen åpner således for forskjellsbehandling begrunnet for eksempel i samfunnsmessige behov, selv om forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig for den aktuelle bedriften.

Aml. § 13-3 annet ledd samsvarer med Rammedirektivet art. 6 nr. 1 og 2, som åpner for forskjellsbehandling dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av den nasjonale rett, blant annet legitime sysselsettings- arbeidsmarkeds- og yrkesopplæringspolitiske mål.

Jeg vil nå illustrere hvordan vurderingen etter første og annet ledd kan få et forskjellig resultat. Det kan være et saklig formål å beholde eldre mennesker sysselsatt, da dette både dekker et samfunnsmessig behov for arbeidskraft, samt at staten sparer utgifter når befolkningen holder seg selv med inntekt. En forskjellsbehandling med en slik begrunnelse vil kunne godtas etter § 13-3 annet ledd. Derimot ville resultatet neppe blitt det samme etter aml. § 13-3 første ledd, da en slik forskjellsbehandling ikke er nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrke.

For ordens skyld kan det nevnes at aml. § 13-3 fjerde ledd åpner for at departementet i forskrift kan gi ”... *nærmere bestemmelser om rekkevidden av unntaket fra forbudet mot aldersdiskriminering i andre ledd*”. Denne forskriftshjemmelen er så langt ikke blitt benyttet.

3.4.3.3 Innebærer aml. § 15-7 fjerde ledd et brudd på forbudet mot diskriminering på grunn av alder?

Etter aml. § 15-7 fjerde ledd, er det forutsetningsvis saklig å si opp arbeidere med den begrunnelsen alene at de passerer 70 år.⁷⁵ Det kan i den relasjon reiser problemstillingen om dette strider mot diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1? I forhold til ansettelse er denne problemstillingen av interesse, da hensyn til et enhetlig regelverk tilsier at det da også er lov å forskjellsbehandle *arbeidssøkere* over 70 år. Spørsmålet besvares ved å drøfte om aldersregelen for oppsigelse i § 15-7 fjerde ledd, havner under den spesielle unntaksadgangen for aldersdiskriminering i aml. § 13-3 annet ledd. Sistnevnte bestemmelse er i følge forarbeidene ment avgrenset i tråd med Rammedirektivet art. 6.⁷⁶

Lovgiver har i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) avsnitt 15, drøftet dette. Det må merkes at behandlingen gjaldt § 60 nr. 3, § 54 B og § 54 D i arbeidsmiljøloven av 1977. For å forenkle presentasjonen av lovgivers drøftelse, vil jeg i gjennomgangen referere til de tilsvarende bestemmelsene i dagens arbeidsmiljølov.⁷⁷

⁷⁵ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 195.

⁷⁶ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 41.

⁷⁷ Aml. § 15-7 fjerde ledd, § 13-1 første ledd og § 13-3 annet ledd.

Lovgiver starter med å henvise til Rammedirektivet og utgangspunktet om forbud mot alle former for diskriminering.⁷⁸ En særlig begrunnelse bak denne regelen er å øke eldres arbeidsdeltakelse i arbeidslivet. Så henvises det til Rammedirektivets fortale punkt 25, og direktivet art. 6 som åpner for forskjellsbehandling dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i saklige formål innenfor rammene av den nasjonale rett, og hvis midlene som er valgt for å oppnå det aktuelle formålet er hensiktsmessig og nødvendig. Deretter trekkes det inn praksis fra EF-domstolen rundt EUs direktiv om likebehandling av menn og kvinner (som vil være relevant ved tolkningen av Rammedirektivet), hvorav det følger at det skal legges stor vekt på direktivets formål, og at det må tungtveiende grunner til for å tillate forskjellsbehandling. På side 194 i forarbeidene følger det at:

”... det bør utvises forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet eller at arbeidsprestasjonen er dårligere alene som følge av vedkommendes alder. Begrunnelsen må bygge på konkrete forhold knyttet til de enkelte arbeidstakere eller typen arbeid det dreier seg om.”

Videre står det på side 195 at:

”Arbeidstakerens alder kan etter omstendighetene gi saklig grunnlag for oppsigelse dersom vedkommende har svekket arbeidsevne og ikke lenger fyller stillingen tilfredsstillende.”

Lovgiver foretar deretter en avveining av om aml. § 15-7 fjerde ledd strider mot diskrimineringsvernet i § 13-1.⁷⁹ Hensynet til likebehandling taler for at det foreligger motstrid, mens det at 70 års grensen kan få uheldige konsekvenser, samt behovet for forutsigbarhet i forbindelse med avslutningen av arbeidsforhold, trekker i motsatt retning. Det henvises til hvilken signaleffekt en opphevelse av 70 års grensen kan få, men det reises samtidig tvil om det vil få noen effekt i det hele tatt. Det anføres at alle er sikret inntekt etter fylte 70 år, og at arbeidsmarkedet har innrettet seg etter at det er saklig å si opp en arbeidstaker ved fylte 70 år. Det konkluderes så med at bestemmelsen i aml. § 15-7 fjerde ledd kan opprettholdes i henhold til unntaksadgangen i aml. § 13-3 annet ledd.

⁷⁸ På side 193 til 194.

⁷⁹ Se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) avsnitt 15.2.5.

Jeg er ikke enig med forarbeidenes konklusjon på spørsmålet. Utgangspunktet er at all form for diskriminering på grunn av alder er forbudt. EF-domstolen har konstatert at formålet bak Rammedirektivet er sentralt, samt at det skal tungtveiende grunner til for å tillate forskjellsbehandling. Det må foretas en konkret vurdering i forhold til den enkelte arbeider og type arbeid, og det er den fysiske formen som må begrunne en forskjellsbehandling, og ikke alderen som sådan. Spørsmålet som må stilles, er om de hensyn lovgiver trekker frem som begrunnelse for å opprettholde innholdet i aml. § 15-7 fjerde ledd, oppfyller kravet til tungtveiende grunner.

At regelen i § 15-7 fjerde ledd forhindrer at oppsigelser oppleves som uverdige og hindrer konflikter, kan ikke være en tungtveiende grunn. Når formålet bak reglene er å øke de eldres deltakelse i arbeidslivet, kan ikke et unntak begrunnes med at det vil være egnet til å hindre at konflikter oppstår. Det kan ikke gjøres unntak fra en hovedregel om diskrimineringsforbud, med den begrunnelsen at det hindrer at arbeiderne påberoper seg rettighetene i hovedregelen.

Forutsigbarhet i forbindelse med oppsigelse ble trukket frem som et medmenneskelig hensyn, da det hindrer oppsigelse grunnet utilfredsstillende arbeidskapasitet. Dette kan heller ikke være tungtveiende grunn, siden man da ser bort ifra de medmenneskelige hensyn som tilsier at man ikke skal nekte eldre å arbeide dersom de har lyst til det. En oppsigelse vil føles ubehagelig uavhengig av om bakgrunnen er alder eller arbeidsudyktighet, og det kan tvert imot oppleves som mer belastende å måtte forlate arbeidslivet mens man fortsatt er i stand til å utføre jobben sin. Dersom målet er å spare arbeiderne belastningen ved å bli sagt opp grunnet arbeidsudyktighet, blir det feil å innføre regler som automatisk fører til oppsigelse, samtidig som arbeiderne blir fratatt muligheten til å påberope seg oppsigelsesvern.

At alle over 70 år er sikret inntekt, holder ikke som tungtveiende grunn til å tillate forskjellsbehandling. I alle fall ikke så lenge summen på pensjonsutbetalingen i mange tilfeller er lavere enn summen på lønnen man tjente forut for pensjon. Målet om å øke de eldres arbeidsdeltakelse er ikke kun begrunnet i økonomisk hensyn, men kanskje like mye i at de eldre på den måten innehar en nyttefunksjon i samfunnet.

At folk har innrettet seg etter dagens regler, kan heller ikke være tungtveiende grunn til å tillate forskjellsbehandling. En kan ikke med en slik begrunnelse legge bånd på utviklingen av regelverket.

Jeg kan ikke se at hensynene lovgiver fremhever, verken hver for seg eller samlet kan føre til at det foreligger tungtveiende grunner for å tillate forskjellsbehandling. I tillegg er aml. § 15-7 fjerde ledd helt generell i sin ordlyd, og den gjør det mulig å forskjellsbehandle kun på grunnlag av en på forhånd satt aldersgrense. Dette er stikk i strid med EF-domstolens uttalelser om at en konkret vurdering må foretas for hvert tilfelle, at det skal tas hensyn til hvilken type stilling det er snakk om, og at en skal være forsiktig med å godta rene aldersbestemmelser.

Et siste moment som taler for at det ikke foreligger tungtveiende grunner for å tillate forskjellsbehandling, er at gjennomsnittlig forventet levealder i befolkningen har økt betraktelig fra lovens ordlyd ble utformet og frem til i dag. For menn har forventet levealder økt fra 71,6 år i 1960 til 77,8 år i 2005,⁸⁰ og for kvinner har økningen gått fra 76,0 år i 1960 til 82,8 år i 2005.⁸¹ Samtidig har det skjedd store utviklinger innenfor medisiner og medisinsk behandling gjennom dette tidsrommet, slik at mulighetene for å fungere i en jobb til tross for høy alder er bedre nå enn den var da loven ble utformet. Dette tilsier at begrunnelsen bak valget om å sette en grense ved 70 år, ikke vil være forsvarlig i dag. Alderen må derfor i alle fall oppjusteres, om det fortsatt skal eksistere et rent alderskrav i aml. § 15-7 fjerde ledd.

Det må nevnes at for eksempel sikkerhetshensyn kan tilsi at det for *visse typer yrker* kan benyttes en ren aldersregel. Når arbeidet er forbundet med stor risiko, må arbeidsgiver kunne være *føre var* og slippe å risikere at noe skal gå galt. I følge Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 194, vil en slik regel ikke stride mot Rammedirektivet. Det er derimot en forskjell på en slik regel og på den generelle regelen i § 15-7 fjerde ledd, da sistnevnte også vil ramme en stilling som verken setter krav til fysiske egenskaper eller er forbundet med noen risiko. Det er ikke naturlig at en stilling for eksempel som professor ved et universitet, skal likestilles med en stilling som brannmann, når de fysiske kravene som stilles til arbeidstakerne er så forskjellige.

Med utgangspunkt i EF-domstolens føringer for hvordan reglene skal tolkes, samtidig som det vanskelig kan ses tungtveiende grunner for å bevare en generell unntaksregel, må konklusjonen bli at aml. § 15-7 fjerde ledd er i strid med diskrimineringsforbudet i § 13-1.

⁸⁰ Tall hentet fra Statistisk sentralbyrå (SSB). Tilgjengelig elektronisk på nettside: <http://www.ssb.no/aarbok/tab/tab-079.html>

⁸¹ Tall hentet fra SSB. Tilgjengelig elektronisk på nettside: <http://www.ssb.no/aarbok/tab/tab-080.html>

Dette innebærer at en usaklig forskjellsbehandling av en jobbsøker på 70 år vil regnes som diskriminering, og er dermed ulovlig.

3.4.4 Seksuell orientering

Etter aml. § 13-1 er det forbudt med diskriminering på grunn av seksuell orientering. Begrepet er det samme som brukes i Rammedirektivet art. 2 nr. 2 bokstav b, og omfatter både homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle.⁸² Begrepet rammer ikke seksuell adferd,⁸³ slik at straffbare forhold faller utenfor, og bestemmelsen kan ikke forstås slik at pedofile er beskyttet. Uttrykket seksuell orientering har ikke noe konkret betydning i det norske språk, men ordlyden er brukt fordi den rammer videre en begrepet seksuell legning.⁸⁴

I aml. § 13-3 første ledd står det at *”forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her.”* Videre er det i aml. § 13-3 tredje ledd spesifisert at *”Forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i stilling knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysningen av stillingen er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.”* I Rammedirektivet art. 4 nr. 2, følger det at det er adgang til å gjøre slike unntak i forbindelse med den religiøse tro. Siden ordlyden i bestemmelsen har en generell form, rammes alle trossamfunn av unntaket. Det er derfor uvesentlig om det er islam, jødedom, hinduisme, kristendom eller andre religioner det gjelder. Begrunnelsen for unntaket i tredje ledd, er å ta særlig hensyn til religiøse forhold for å vise respekt for den status kirker og religiøse organisasjoner har i nasjonal lovgivning.⁸⁵

Det særlige behovet for forskjellsbehandlingen må begrunnes i stillingens karakter eller formålet med virksomheten. Det må derfor kunne kreves at troen setter begrensninger for stillingen, slik det for eksempel har vært med kristendommen og kirkens strenge syn på homofile prester og biskoper. Regelen strekker ikke så langt at enhver form for jobb tilknyttet

⁸² Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 31.

⁸³ Se NOU 2003: 2, avsnitt 11.3.4.

⁸⁴ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 30.

⁸⁵ Se NOU 2003: 2, avsnitt 11.6.2. Forarbeidene henviser til Rammedirektivets fortale avsnitt 24.

et religiøst trossamfunn rammes, noe som ville åpnet for forskjellsbehandling i forbindelse med en rekke stillinger som ikke har noen tilknytning til selve utøvelsen av religionen. Da ville praktiske yrker som gartner ved en kirkegård, renholder i kirken, regnskapspersonell, graver, kirketjener, vaktmester og andre kunne bli rammet, noe det ikke finnes en god begrunnelse for.

Det kan reises spørsmål om hvorfor ordlyden *homofil samlivsform* er benyttet, og ikke *seksuell orientering* slik som i § 13-1. Dette må kunne forutsettes å ha sammenheng med den norske kirkes sterke holdninger mot akkurat homofil samlivsform. Ved å bruke begrepet seksuell orientering, vill unntaket ramme mye videre enn ønskelig.

3.4.4.1 Hva kan være saklige grunn for forskjellsbehandling etter aml. § 13-3 første ledd?

I tillegg til det spesifikke unntaket fra diskrimineringsforbudet som finnes i aml. § 13-3 tredje ledd, kan det generelle unntaket i § 13-3 første ledd føre til at en forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering ikke regnes som diskriminering. Det kan likevel vanskelig tenkes saklige grunner for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, utover særbestemmelsen for religiøse trossamfunn. Dette fordi det er preferanser om samlivspartner som i utgangspunktet skiller en homofil fra en heterofil arbeider, et forhold som stort sett er irrelevant for en persons evner til å utføre sine arbeidsoppgaver. Grunnen til at det tidligere har forekommet diskriminering basert på seksuell orientering, har som regel hatt sammenheng med religion eller generelle fordommer i samfunnet. Når loven inneholder et eget unntakstilfelle for religiøse trossamfunn, samtidig som holdningene i samfunnet har endret seg til et mer åpent og inkluderende syn på homofile, er det vanskelig å se hva som saklig kan begrunne en slik forskjellsbehandling ved ansettelse.

Et tilfelle hvor det likevel kan tenkes saklig grunn til å forskjellsbehandle arbeidssøkere med et slikt grunnlag, er dersom den aktuelle stillingen er i en organisasjon hvis formål er å motarbeide homofiles rettigheter. Her kan tillit innad i organisasjonen tilsi at en forskjellsbehandling av en homofil søker er saklig. Likevel er slike stillinger sjelden rammet av arbeidsmiljølovens regler, da de som oftest eksisterer som frivillig verv. Samtidig er det temmelig usannsynlig at en person med homofil legning vil være interessert i en slik stilling.

Skulle vedkommende likevel være det, tyder det på at han eller hun samtykker med organisasjonens syn, hvorpå nødvendighetskravet for forskjellsbehandling vanskelig kan være oppfylt. Konklusjonen er at det kan tenkes situasjoner hvor saklig grunn for forskjellsbehandling foreligger, men at det skal spesielle omstendigheter til før dette blir aktuelt.

Et annet tilfelle hvor saklig grunn for forskjellsbehandling kan tenkes, er for en stilling eller et verv innenfor en organisasjon som jobber *for* homofile og lesbiskes interesser. Det kan være en saklig begrunnelse at homofile er i bedre stand til å utføre arbeidsoppgavene enn heterofile, da de har bedre kjennskap til samfunnsmessige utfordringer tilknyttet det å være homofil. Det motsatte kan også tenkes, at en heterofil er best egnet for stillingen siden vedkommende kan ha større legitimitet utad. Det skal likevel noe til før saklighetskravet er oppfylt i slike tilfeller, da forutsetningene ikke nødvendigvis er sanne. En kan ikke på forhånd forutse hvilke reaksjoner andre vil ha på valg av jobbsøker. Det kan også her være problematisk å oppfylle nødvendighetskravet.

En yrkesgruppe som kan være av særlig interesse i drøftelsen av hva som er saklig grunn for forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, er underholdningsbransjen. De siste årene har det foregått en stor utvikling innen moderne tv-underholdning. Det dukker opp mange nye programkonsepter, og innholdet i disse varierer i stor grad. I den relasjonen kan det fort oppstå komplikasjoner i relasjon til ansettelser av arbeidere og programledere. Et eksempel som kan trekkes fram er tv-serien ”Homsepatruljen”, hvor konseptet går ut på at mannfolk med homofil legning skal hjelpe heterofile menn å forbedre sitt liv og utseende. I forbindelse med slike programkonsepter, kan det reises spørsmål om det innenfor underholdningsbransjen er lettere å gjøre unntak fra forbudet mot diskriminering grunnet seksuell orientering?

I eksemplet med ansettelse av en programleder for ”Homsepatruljen”, må det etter aml. § 13-3 første ledd, kunne argumenteres for at forskjellsbehandling er saklig, siden formålet med et tv-program er å underholde og at det derfor må ansettes personer som passer inn i underholdningskonseptet. Det kan her trekkes paralleller til den tidligere omtalte RG 1998 s. 86 (Borgarting) og henvisningene der til formålet med virksomheten. Det kan også argumenteres for at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeidet, da det faktisk er en fortsetning for serien at programlederne er homofile. Underholdningsbransjen er

hele tiden er avhengig av nytenking og kreativitet for å oppnå seertall. Dersom diskrimineringsforbudet rammer for hardt her, vil dette kunne begrense arbeidsgivers muligheter til å være kreativ i urimelig stor grad.

Effektivitetshensyn vil tale imot at et slikt formål regnes som saklig, da en slik anvendelse av reglene kan føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet. En arbeidsgiver kan forsøke å omgå forbudet ved å henvise til et underholdningskonsept han har skapt, for på den måten å legitimere forskjellsbehandling. For å hindre at regelverket blir uthult, er det derfor nødvendig å foreta en konkret vurdering av om behovet for forskjellsbehandling kan begrunnes i konseptets kjerne, eller om det dreier seg om et forsøk på å omgå reglene om diskrimineringsforbud.

Konklusjonen er at det kan foreligge saklig grunn for forskjellsbehandling grunnet seksuell orientering, dersom dette begrunnes i formålet bak virksomheten. For underholdningsbransjen innebærer dette at det kan tas hensyn relativt vage momenter, for eksempel at noe skal ha underholdningsverdi. Samtidig må en slik unntaksadgang benyttes med forsiktighet.

3.4.5 Røyking

Tidligere har jeg redegjort for om det finnes et generelt ulovfestet krav til saklighet ved ansettelse. Etter min bekreftende konklusjon på dette, vil det ikke være adgang til å forskjellsbehandle noen på grunn av røyking, med mindre det foreligge et saklig formål bak.

Diskriminering ved ansettelse på grunn av røyking, er et tema som ved flere anledninger har vært fokusert på av media. Dette har gått i begge retninger, slik at både ikke-røykere og røykere har følt seg urettmessig forskjellsbehandlet. At tilfeller har dukket opp som store medieoppslag, tyder på at det i samfunnet verserer en oppfatning av at slik diskriminering ikke er tillatt, selv om dette ikke følger av lovverket.

3.4.5.1 Er det anledning til å stille en arbeidssøker spørsmål om vedkommende røyker?

Innledningsvis kan det stilles spørsmål, om det forut for ansettelse i det hele tatt er anledning for arbeidsgiver til å stille en arbeidssøker spørsmål om vedkommende røyker eller ikke.

Bakgrunnen for problemstillingen er aml. § 9-3 første ledd som sier at arbeidsgiver ikke må be om ”at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”. Med helseopplysninger siktes det til alle opplysninger som kan beskrive en persons nåværende eller mulige fremtidige helsetilstand.⁸⁶ Siden røyking kan være helseskadelig, og på den måten kan påvirke den fremtidige helsetilstanden til arbeidssøkeren, kan det argumenteres for at dette er et forhold som rammes av § 9-3.

I denne relasjon må det for det første påpekes at det ikke nødvendigvis er noen forbindelse mellom røyking og en persons helse. Det finnes både mennesker som røyker hele livet og ikke opplever noen helseskader, og det finnes ikke-røykere med alvorlige helseplager.

For det andre må det påpekes at forarbeidene sier faktorer som kan *beskrive* en fremtidig helsetilstand, ikke faktorer som *kan føre* til en endret fremtidig helsetilstand. Dersom den siste tolkningen skulle legges til grunn, ville bestemmelsen få en altfor stor rekkevidde, da alle er utsatt for faren for å bli syk i fremtiden, og uttallige forhold ved ens privatliv kan få innvirkninger på dette. Det er derfor mer naturlig at det i forarbeidene siktes til de forhold hvor det allerede eksisterer en sykdom eller lidelse, og hvor det er muligheter for at denne vil utvikle seg videre. Først da er det mulig å beskrive hva man kan forvente seg i fremtiden. Et godt eksempel på et slikt tilfelle er Alzheimers sykdom, som over tid kan utvikle seg til demens. Et annet eksempel er ondartede svulster eller kreft, som kan spre seg og forårsake alvorlige konsekvenser.

Med en slik formulering i forarbeidene, sammen med den store usikkerheten tilknyttet eventuelle fremtidige helseplager ved røyking, må det konkluderes med at røyking ikke er en faktor som rammes av forbudet i aml. § 9-3. Dette innebærer at det kan stilles spørsmål om en arbeidssøker røyker eller ikke.

3.4.5.2 Hva kan være saklig grunn for forskjellsbehandling på grunn av røyking?

Saklig grunn for forskjellsbehandling av ikke-røykere kan vanskelig tenkes, da dette er et forhold som neppe vil ha innvirkning på en persons evne til å utføre arbeidsoppgavene sine.

⁸⁶ Se NOU 2001: 4, side 104.

Saklighetsvurderingen er dermed av størst interesse i forbindelse med forskjellsbehandling av røykere.

En begrunnelse for slik forskjellsbehandling, kan være at det er kostbart for bedriften at det går bort mye av arbeidstiden til røykepauser. En slik begrunnelse kan ikke sies å oppfylle saklighetskravet, da det ikke nødvendigvis stemmer at røykere tar flere eller lengre pauser enn ikke-røykere. Det vil for arbeidsgiver være adgang til å si opp arbeidere dersom de ikke følger arbeidstidene, men det kan ikke opereres med en form for antasert mislighold av arbeidstidene overfor røykende arbeidssøkere. Dette vil ikke slå annerledes ut dersom det på arbeidsplassen er et forbud mot røyking og det ikke finnes noe røykerom i nærheten. Man kan ikke på forhånd gå ut ifra at en arbeidstaker som røyker, vil forlate arbeidsplassen uten tillatelse i arbeidstiden. En slik begrunnelse er dermed ikke saklig.

En begrunnelse om at røykeabstinenser går ut over arbeidsprestasjonene, må på samme måte avfeies som usaklig. Slike slutninger kan ikke trekkes på forhånd, og begrunnelsen er dermed ikke sann og relevant som jeg tidligere har trukket inn som et vurderingsmoment.

Dersom formålet bak virksomheten tilsier at en arbeidstaker ikke kan røyke, kan dette tenkes å oppfylle kravet om saklig formål for forskjellsbehandling. For eksempel kan arbeidsplassen være en klinikk eller en behandlingstjenestestasjon hvor pasientene eller beboerne lider av astma eller allergi. Dersom det får negative konsekvenser overfor disse at det jobber røykere på arbeidsplassen, kan kravet til saklig formål være oppfylt. Her må det likevel fortsatt tas en vurdering av om det er uforholdsmessig inngripende overfor den røykende søkeren at han ikke blir ansatt. Dersom vedkommende for eksempel er villig til ikke å røyke i arbeidstiden, eller bruke klær som ikke har vært utsatt for røyk, og pasientene dermed ikke lider noe ubehag, vil det å tillate en forskjellsbehandling av arbeidssøkeren være å gå for langt.

4 Avsluttende bemerkninger

4.1 *En vurdering av diskrimineringsforbudets effektivitet*

Det er i arbeidsmiljøloven tatt inn flere bestemmelser som skal sørge for å gjøre diskrimineringsforbudet effektivt. Dette er regler om arbeidsgivers opplysningsplikt i § 13-7, regulering av bevisbyrde i § 13-8, og sanksjoner ved brudd på reglene i § 13-9.

Arbeidsmiljøloven § 13-7 sier at ”*Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med bestemmelsene i dette kapittel, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har*”. Formålet bak bestemmelsen er å gi arbeidssøker en mulighet til kartlegge om lovstridig forskjellsbehandling har forekommet.⁸⁷

Arbeidsmiljøloven § 13-8 sier at ”*dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gitt grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i dette kapittel, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted diskriminering eller gjengjeldelse*”. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det kan være vanskelig for en arbeidssøker å oppfylle bevisbyrden alene, da det er arbeidsgiveren som sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og om hva som har vært avgjørende.⁸⁸ Prinsippet om delt bevisbyrde, blir oppstilt av Rammedirektivet art. 10.

Arbeidsmiljøloven § 13-9 regulerer hvilke virkninger det får dersom det forekommer diskriminering etter kapittel 13 i loven. Etter første ledd, kan den diskriminerte kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Av annet ledd følger det at erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige regler. Formålet med bestemmelsen er at den skal fungere gjenopprettende for den diskrimineringen arbeidssøkeren har vært utsatt for, samtidig som reaksjonen skal virke preventiv.⁸⁹ Reglene samsvarer med Rammedirektivet art. 17, som forplikter medlemsstatene å fastsette sanksjoner. Etter artikkelen skal disse være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende virkning. Bakgrunnen for at ansvaret er uten skyld, er at EF-domstolen har uttalt at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et objektivi ansvar.⁹⁰

Et siste forhold som kan trekkes fram i forbindelse med reglenes effektivitet, er at Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda skal

⁸⁷ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 48.

⁸⁸ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 49.

⁸⁹ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 52.

⁹⁰ Se for eksempel Sak C-177/88, nr. 23 og 24 (Dekker).

føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av arbeidsmiljøloven kapittel 13, jf. diskrimineringsombudsloven⁹¹ § 1 annet ledd nr. 3. En slik ordning effektiviserer reglene om diskrimineringsforbud, både fordi regelverket får et eget organ som tilser at reglene følges, samtidig som det blir lettere for den som føler seg forbigått å gjøre noe med det. Terskelen for å klage inn en sak for et slikt organ, er lavere enn den er for å trekke en sak for retten.

Jeg vil foreta en drøftelse av om reglene er tilstrekkelige til å sikre etterlevelse av diskrimineringsforbudet. Behandlingen blir noe rettspolitisk, da det i utgangspunktet kreves omfattende undersøkelser for å besvare om befolkningen føler seg godt beskyttet av regelverket. En håndgripelig faktor som likevel kan bidra til å besvare spørsmålet, er omfanget av rettspraksis i forbindelse med ansettelse.

At det verserer få tvister om ansettelse for domstolene, kan bety to ting. Enten etterleves regelverket i så stor grad at det ikke er noe behov for å benytte seg av konfliktløsningsorganene, eller så er det andre forhold som fører til at befolkningen ikke trekker sine konflikter inn for rettsvesenet. Det er sistnevnte hypotese som er av interesse å drøfte, siden den førstnevnte samtidig innebærer en konklusjon på spørsmålet ovenfor. Et eksempel som kan illustrere at regelverket kanskje ikke fungerer som ønskelig, er en artikkel i Dagbladet av 31. januar 2008. Den handlet om Sima, en kvinne av utenlandsk opprinnelse som i løpet av fire år har søkt på 3850 stillinger uten å få jobb, selv om hun har vært tilstrekkelig kvalifisert. Dette til tross for at arbeidsmarkedet har vært bra, og at det kun har vært en arbeidsledighet på 1.6 %.⁹²

I april 2008 kom den første dommen som omhandler diskriminering ved ansettelse.⁹³ Siden det er den eneste tilgjengelige rettsavgjørelsen på området, vil jeg kort redegjøre for hvilke synspunkter som kom frem der. Avgjørelsen gjaldt diskriminering på grunn av graviditet, noe som etter likestl. § 3 første ledd jf. annet ledd nr. 2 ikke er tillatt. Selv om diskriminering på grunn av kjønn reguleres av likestillingsloven, er reglenes så like at vurderingen langt på vei blir den samme som etter arbeidsmiljøloven kapittel 13.⁹⁴

⁹¹ Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

⁹² Artikkelen er tilgjengelig elektronisk på nettadresse: <http://www.dagbladet.no/nyheter/2008/01/30/525452.html>

⁹³ Avsagt 7. april 2008 i Alta tingrett.

⁹⁴ Se Ot.prp.nr.35 (2004-2005) side 7, hvor det følger at det er viktig å sikre harmonisering mellom likestillingsloven og arbeidsmiljøloven.

Dommen illustrerer for det første hvordan det er irrelevant om det er inngått en arbeidsavtale eller ikke, da reglene også gjelder ved ansettelse. For det andre illustrerer den hvordan diskrimineringsforbudet blir mer effektivt på grunn av reglene om delt bevisbyrde.⁹⁵

Dommeren konkluderer med at arbeidsgiveren ikke hadde oppfylt bevisbyrden, og erstatning ble dermed tilkjent arbeidssøkeren. I bevisvurderingen av om det var sannsynlig at andre forhold enn graviditeten hadde betydning for ansettelsen, ble flere momenter drøftet. Blant annet kan tid være et moment, da det at arbeidsgiveren hadde vært passiv med å uttale seg om søkerens manglende kvalifikasjoner talte for at graviditeten var avgjørende. Hvilke andre aktuelle kandidater som var tilgjengelig, var også et moment. Dommeren slo fast at det ikke er noen forskjell i vurderingen, selv om det er snakk om en ledende stilling i bedriften.

Arbeidsgivers påstand om at det var illojalt å ikke si ifra om graviditeten tidligere, ble han ikke hørt med, da det ikke foreligger noen opplysningsplikt om slikt. Til slutt ble ikke problemer med å finne en vikar regnet som saklig grunn for forskjellsbehandling, da dette øker faren for en uthuling av diskrimineringsforbudet.

Selv om det nå foreligger en dom angående ansettelse, er området fortsatt preget av lite rettspraksis. Hvilke forhold kan begrunne hvorfor saker om diskriminering ved ansettelser ikke kommer opp for domstolene?

4.1.1 Lite kunnskap om reglene

Et forhold som kan begrunne dette, er dersom det i samfunnet eksisterer lite kunnskap om regelverket, og at arbeidssøkerne dermed ikke er klar over at de er beskyttet av et diskrimineringsforbud. Det er ikke naturlig å påberope seg rettigheter man ikke vet om. Det er likevel tvilsomt at dette stemmer, da det ikke noe som tilsier at det norske folk har dårligere kunnskaper om diskrimineringsforbudet enn de har over andre lovregler. De aktuelle bestemmelsene finnes i lovsamlingen, de er behandlet i et eget kapittel om vern mot diskriminering, og selv om loven av 2005 er relativt ny, har regelen eksistert også i den gamle arbeidsmiljøloven. Riktignok har innholdet i regelen blitt endret noe opp gjennom årene, men man må likevel kunne forutsette at kunnskapen om diskrimineringsvernet i alle fall ikke er helt ukjent for befolkningen.

⁹⁵ I likestillingsloven finnes reglene om bevisbyrde i § 16.

4.1.2 Lite å vinne på en rettssak

En annen begrunnelse kan være at arbeidssøkere ikke vil gå til sak fordi de mener at de har lite å vinne på det. Det en arbeidssøker ønsker, er å få seg jobb. Ved å gå til sak om hvorvidt det foreligger diskriminering ved ansettelsen, er det ikke muligheter for å få dom på at man skal ha stillingen. For det første er dette problematisk i forbindelse med krav til søksmålgjenstand, hvor hvem som skal ansettes ikke reguleres av rettsregler.⁹⁶ For det andre oppstår det problemer i forbindelse med rettskraft, da en slik rettsavgjørelse vil ha innvirkning på rettsstillingen til den personen som faktisk fikk stillingen, selv om vedkommende ikke var part i saken.⁹⁷ Ytterligere kan det nevnes at de norske domstolene opererer med en relativ beskjeden utmåling av oppreisning sett i forhold til erstatningen, dette til tross for at utmålingen skal ta høyde for at oppreisningen skal virke preventiv overfor arbeidsgivere.⁹⁸ I de fleste sakene utgjør oppreisningen mindre enn selve erstatningen, og den avskrekkende funksjonen svekkes dermed noe.⁹⁹ Dette innebærer at det kan være lite samsvar mellom arbeidssøkers ønsker og resultatet av et eventuelt medhold i retten.

4.1.3 Sosiale/taktiske grunner

Et tredje forhold som kan bidra til å skape konfliktvegning blant arbeidssøkere, er at de kanskje er i en posisjon hvor de er prisgitt andres godvilje for å få seg jobb. Dersom en har som mål å bli ansatt, er det ikke akkurat en bra start å innlede en rettssak mot sin kanskje fremtidige arbeidsgiver. Man vil ikke skape fiender av personer som står i slike maktposisjoner. Ikke bare overfor den aktuelle bedriften hvor søkeren ble diskriminert er dette aktuelt, men også i forhold til arbeidsmarkedet generelt. Det kan fort oppstå rykter innenfor yrkesgrupper om at søkeren er en "bråkmaker" og lignende, noe som kan gjøre det vanskeligere å få jobb også ved andre bedrifter eller ved en senere anledning. Det faktum at det verserer få saker om diskriminering ved ansettelse, kan bidra til å forsterke en slik

⁹⁶ Se lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3 første ledd.

⁹⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 337, hvor han kommer med kommentarer til Rt. 1991 s. 1468 (ansettelsessaken).

⁹⁸ Se Ot.prp.nr.104 (2002-2003) side 52.

⁹⁹ Se for eksempel Rt. 2007 s. 355 (kr 100 000 i oppreisning og kr 110 000 i erstatning), LH-2007-30884 (kr 50 000 i oppreisning og kr 100 000 i erstatning), og LH-2006-128613 (kr 10 000 i oppreisning og kr 50 000 i erstatning).

prosessvegning, fordi det da er større fare for at saken får store oppslag i media. Frykten for å skape seg uvenner eller et dårlig rykte, vil dermed kunne føre til at arbeidssøkere som føler seg forbigått, likevel velger å ikke lage noe oppstyr.

4.1.4 Unaturlig reaksjon

Nok et forhold som kan begrunne prosessvegning blant arbeidssøkere, er at avslag på en søknad ikke nødvendigvis føles som noe alvorlig brudd på rettferdighetsfølelsen. Selve begrepet å søke, tilsier jo at det ikke eksisterer noen forventning om å bli ansatt. Dette står i sterk kontrast til å bli sagt opp fra en stilling man allerede har fått. Sistnevnte forhold vil lett oppleves som urimelig, og arbeideren vil ofte være uenig i en slik avgjørelse fra arbeidsgivers side. Når man ikke får en stilling man har søkt på, vil man ikke stå i noe dårligere posisjon enn man gjorde forut for innleveringen av søknaden. Dette tilsier at krenkelsen ikke nødvendigvis oppleves som like ille som det å få sparken, og terskelen for å starte en konflikt vil dermed heves tilsvarende. En slik hypotese støttes av at det i samfunnet er en normal oppfatning at man er prisgitt arbeidsgivers vurderinger ved ansettelse. Dette kan en se bare ved å vise til mengder av jobbsøkerkurs og intervjutips som verserer. En oppfatning av at man må kle seg på en viss måte, skrive søknad på en viss måte, eller sitte på en viss måte under intervjuet for å få jobben, gir en illusjon av at all makten ligger i arbeidsgivers hender. Den som får avslag på sin søknad, vil derfor heller reagere med skuffelse enn med sinne. Domstolen er et konfliktløsningsorgan, og terskelen for å benytte seg av dette er lavere for den som er sint og føler seg urettferdig behandlet, enn den er for en som er skuffet over at forhåpningen om å bli ansatt ikke ble innfridd.

4.1.5 Manglende kunnskap om forbigåelse

Et siste forhold som kan begrunne den beskjedne mengden saker for domstolene, er at den forbigåtte arbeidssøkeren kanskje bare unntaksvis er klar over at han eller hun var best kvalifisert til stillingen. Arbeidsgivers opplysningsplikt etter aml. § 13-7 er en regel som vil bli påberopt av den som føler seg forbigått, noe man ikke automatisk gjør ved å få avslag på en søknad. En må derfor kunne gå ut ifra at mange jobbsøkere aldri påberoper seg rett til innsyn. Da vil vedkommende ikke ha kunnskap om forbigåelsen, hvorpå det er lite naturlig at

det tas rettslige skritt overfor arbeidsgiveren. Passivitet i forbindelse med bruk av § 13-7, kan også henge sammen med det jeg overfor anførte i relasjon til at det er lite samsvar mellom arbeidstakers mål og resultatet av en eventuell retts sak. Det at en retts sak ikke alltid er noe aktuelt alternativ, kan være en ytterligere grunn til at arbeidssøkere ikke benytter seg av sin rett til innsyn.

4.2 Forslag til forbedringer i lovverket

Jeg har nå belyst noen forhold som kan begrunne hvorfor det ikke reises tvister i forbindelse med diskriminering ved ansettelse. Disse forholdene kan være en indikasjon på at regelsettet kanskje ikke er tilstrekkelig til å verne arbeidssøkere mot diskriminering. Jeg vil nå kort trekke frem noen endringsforslag som kan bidra til å effektivisere regelverket ytterligere.

Et alternativ er dersom det ble anledning til å fatte dom på ansettelse, selv om dette skulle innebære en oppsigelse av den som faktisk fikk stillingen. Slik det er i dag kan regelverket virke noe inkonsekvent, da hovedfokuset er lagt på at reglene skal virke preventive, samtidig som "bordet fanger" dersom reglene faktisk brytes. Likevel er det problematisk å endre på dette, først og fremst på grunn av de norske prosessreglene som omtalt ovenfor, men også fordi den som ble ansatt vil ha opparbeidet seg ansiennitet og erfaring i tidsrommet mellom ansettelsen og en eventuell rettsavgjørelse.

En endring som lettere vil la seg gjennomføre, er dersom det ble lovpålagt en opplysningsplikt tilsvarende den i aml. § 13-7 overfor alle søkerne. Kanskje også i forbindelse med en eventuell klagefrist. Dette ville ført til at den som ble forbigått lettere ville bli klar over det, og på den måten fått en oppfordring til å påberope seg diskrimineringsvernet. En annen fordel med en slik regel er at den kan virke forebyggende overfor arbeidsgiver, da terskelen for å diskriminere søkere vil senkes jo større faren er for å bli oppdaget.

4.3 Generelle bemerkninger til rettsområdet

Helt avslutningsvis vil jeg påpeke at det er noe problematisk med lovregulerte regler for ansettelsestilfeller. For strenge regler kan lett medføre problemer for arbeidsgiverne, da det

allerede med dagens regler kan være vanskelig å vite hva en kan vektlegge ved en ansettelse. Det vil ikke foreligge diskriminering, dersom den best kvalifiserte søkeren blir ansatt. Problemet er at denne vurderingen er svært vag og komplisert. Det er få klare kriterier utover utdannelse og arbeidserfaring, som er egnet til å skille ut hvem som er best kvalifisert for stillingen. Dette kan illustreres ved å se på hvilke kvalifikasjoner det spørres etter i utlysninger av stillinger. Egenskaper som samarbeidsevner, lederegenskaper, humør, stå-på vilje, serviceinnstilt og lignende er alle begreper som ikke er lett å måle. For eksempel ved en stilling i et serviceyrke, hvorpå søkerne har forskjellig mengde erfaring, og hvor noen virker mer hyggelig og imøtekommende enn andre. Etter en streng objektiv vurdering vil den med mest erfaring være best kvalifisert til jobben, mens en subjektiv vurdering kanskje tilsier at den utadvendte med mindre erfaring er et bedre valg. Et annet moment er at en person med mindre erfaring ikke nødvendigvis er dårligere skikket enn en person med mye erfaring, da vedkommende i utgangspunktet kan ha bedre forutsetninger for å lykkes i stillingen, men bare er ferskere på arbeidsmarkedet. Når avgjørelser om hvem som skal ansettes tas etter en vurdering av så vage momenter, og med et så stort innslag av magefølelse fra arbeidsgivers side, er det lite heldig med et lovverk som detaljstyrer arbeidsgiverens skjønnsutøvelse i for stor grad. Kanskje burde denne skjønnsvurderingen ikke være underlagt for streng kontroll av domstolene.

Kildeoversikt

Lover

| | |
|----------------------------|---|
| Straffeloven | Lov 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov. |
| Domstolloven | Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene. |
| Arbeidervernloven | Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern. |
| Arbeidsmiljøloven 1977 | Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. |
| Likestillingsloven | Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene. |
| Tjenestemannsloven | Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. |
| Selskapsloven | Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper. |
| Alkoholloven | Lov 2. juni 1989 nr.27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. |
| EØS-loven | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. |
| Diskrimineringsloven | Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. |
| Diskrimineringsombudsloven | Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. |
| Arbeidsmiljøloven 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø. Arbeidstid og stillingsvern mv. |
| Twisteloven | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister. |

Litteratur

Fougner, Jan, og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* (Oslo 2006).

Jakhelln, Henning, og Helga Aune, *Arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 2. utgave (Oslo 2006).

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006).

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett bind 2*, (Oslo 1997).

Sejerstad, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 2. utgave (Oslo 2004).

Eskeland, Ståle, "Ytringsfrihet og arbeidsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1982 s 853.

Eckhoff, Torstein, og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave (Oslo 2006).

Marthinussen, Hans Fredrik, "Ulovfestet ekstinksjon", *Jussens Venner*, 2006 s 1.

Skoghøy, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave (Oslo 2001).

Rettspraksis

Rt. 1991 s. 1468

Rt. 1997 s. 1983

Rt. 1998 s. 251

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2007 s. 355

RG 1988 s. 86 (Borgarting).

LH-2007-30884 Hålogaland lagmannsrett, 18. september 2007.

LH-2006-128613 Hålogaland lagmannsrett, 22. januar 2007.

Dom avsagt i Alta tingrett 7. april 2008, saksnummer 07-074733TVI-ALTA.

Dom avsagt i Stavanger tingrett 12. mai 2006, saksnummer 05-075777TVI-SBYR.

Forarbeider

Ot.prp.nr.34 (2000-2001) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr.77 (2000-2001) om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Ot.prp.nr.104 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

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).

Ot.prp.nr.33 (2004-2005) om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp.nr.35 (2004-2005) om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet.

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet.

Avgjørelser fra EF-domstolen

Sak C-170/84, European Court reports 1986, page 01607 (Bilka).

Sak C-109/88, European Court reports 1989, page 03199 (Danfoss).

Sak C-177/88, European Court reports 1990, page I-03941 (Dekker).

Annet

Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår.

Rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse.

Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebetingelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse av erhverv.

ILO-konvensjonen nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke av 25. juni 1958.

Statistisk sentralbyrås nettsider:

<http://www.ssb.no/aarbok/tab/tab-079.html> og

<http://www.ssb.no/aarbok/tab/tab-080.html>

Artikkel i Dagbladet skrevet av Diana Badi, "Hvorfor vil ingen ansette Sima (47)?", tilgjengelig elektronisk på nettadresse:

<http://www.dagbladet.no/nyheter/2008/01/30/525452.html>