



Retten til lik lønn for arbeid av lik verdi- målsetninger og resultater

av Lina Berg Valnes

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2009*

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	4
1.1 TILNÆRMING TIL TEMAET FOR OPPGAVEN	4
1.2 HISTORISK PERSPEKTIV RUNDT UTVIKLINGEN AV DISKRIMINERINGSFORBUDET	6
2 KILDER OG METODE	6
2.1 GENERELT	6
2.2 FOLKERETTEN	6
2.3 EØS-RETTE OG PRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN	7
2.4 BESTEMMELSENE I LOVEN	8
2.5 FORARBEIDER	9
2.6 PRAKSIS FRA LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA, OG LIKESTILLINGS - OG DISKRIMINERINGSOMBUDET	9
2.7 REELLE HENSYN OG RETTSPRINSIPPER	10
2.8 METODE OG DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	11
3 BEGRENSNINGEN TIL SAMME VIRKSOMHET	12
3.1 MÅLSETNINGER	12
3.2 RESULTATER	14
3.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	14
4 SAMMENLIGNINGSPERSONEN	15
4.1 MÅLSETNINGER	15
4.2 RESULTATER	16
4.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	17
5 ARBEID AV LIK VERDI	17
5.1 MÅLSETNINGER	17
5.1.1 <i>Generelt</i>	17
5.1.2 <i>Momentene i vurderingen</i>	19
5.3 RESULTATER	21
5.4 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	22
6 LIK LØNN	23
6.1 HOVEDREGELN OM FORBUD MOT LØNSSDISKRIMINERING	23
6.2 UNNTAK FRA FORBUDET MOT DISKRIMINERING	24
7 ANSIENNITET	27
7.1 MÅLSETNINGER	27
7.2 RESULTATER	30
7.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	31
8 PERSONLIGE EGENSKAPER OG KVALITETEN PÅ DET UTFØRTE ARBEIDET	32
8.1 MÅLSETNINGER	32
8.2 RESULTATER	35
8.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	35
9 SÆRLIG OM MARKEDSVERDI	36
9.1 MÅLSETNINGER	36
9.1.1 <i>Generelt</i>	36
9.1.2 <i>Fungerer markedet på samme måte for kvinner og menn?</i>	37
9.1.3 <i>Stereotype vern som følge av lovendringen i 2002</i>	39
9.2 RESULTATER	43
9.2.1 <i>Generelt</i>	43
9.2.2 <i>Hva kan leses ut av avgjørelsene fra Nemnda?</i>	43
9.2.3 <i>Aftenposten-saken</i>	45
9.2.4 <i>Harstad-saken</i>	46
9.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	48

10 BEVISBYRDEN	52
10.1 MÅLSETNINGER	52
10.2 RESULTATER	54
10.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	56
11 HÅNDHEVNING OG SANKSJONER	57
11.1 MÅLSETNINGER	57
11.2 RESULTATER	59
11.3 FORHOLDET MELLOM MÅLSETNINGER OG RESULTATER	59
12 AVSUTTENDE KONKLUSJON	59
13 KILDEOVERSIKT	62

1. Innledning

1.1 Tilnærming til temaet for oppgaven.

Kvinner har i gjennomsnitt 15% lavere timelønn enn menn. De siste 20 årene har kvinner økt sitt utdanningsnivå og yrkeserfaring betydelig. Likevel har ikke lønnsforskjellene minsket i denne perioden. Tema for oppgaven er kvinners vern mot lønnsdiskriminering i arbeidslivet. Den ene rettslige problemstillingen for oppgaven min er hvorvidt diskrimineringsforbudet i § 5 anvendes i overensstemmelse med lovgivers intensjon.

Likelønn har både en symbolsk og praktisk viktig betydning i arbeidet for likestilling mellom kvinner og menn. I kvinnekampen er økonomisk selvstendighet og retten til utdanning og arbeid sentrale tema. Lik lønn for arbeid av lik verdi er et av de mest aktuelle tema i dagens kvinnekamp.

Dagens lønnsforskjeller er svært sjelden en følge av bevisst diskriminering, men mer et resultat av tradisjonelle samfunnsstrukturer og holdninger. utfordringene i arbeidet for likelønn blir dermed både å korrigere de forskjeller som oppstår som en konsekvens av disse, og å jobbe med endring av strukturer og holdninger i samfunnet.

Mye av lønnsforskjellene i Norge må kunne sies å være et utslag av et kjønnsdelt arbeidsmarked med bakgrunn i stereotypiske kjønnsroller. Bestemmelsene i likestillingsloven er korrigerende rettsregler som skal veie opp for disse skjevhetene.¹

I arbeidsretten har arbeidsgiver rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet innenfor rammen for arbeidsavtalen. Det følger også av styringsretten at arbeidsgiver har rett til å inngå arbeidsavtaler, samt å bringe dem til opphør. Styringsretten begrenses imidlertid blant annet av forbudet mot diskriminering både ved ansettelse, under arbeidsforholdet, og ved opphør av arbeidsforholdet. Bakgrunnen for denne begrensningen er at hensynet til likestilling mellom kjønn må veie tyngre enn arbeidsgivers behov for å bestemme. I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på kvinners vern mot diskriminering med hensyn til lønn og lønnsvilkår. Prinsippet om lik lønn for kvinner og menn i likestillingsloven § 5 sier at *”kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.”*

¹ NOU 2008:6,pkt 1.3, s 19

Likestillingsloven er 30 år i 2009. Til tross for forbudet mot lønnsdiskriminering, og andre korrigerende rettsregler har det skjedd lite på likelønnsområdet etter loven trådte i kraft. En kan dermed spørre seg hvorfor det ikke har skjedd noe med lønnsforskjellene de siste 25 årene. At lønnsforskjellene ser ut til å holde seg tyder på at loven i sin nåværende form ikke kan sies å ha gitt kvinner et effektivt vern mot lønnsdiskriminering.

I forhold til min problemstilling er det særlig aktuelt i hvilken grad det kan vises til markedsverdi som begrunnelse for lønnsforskjeller og i hvilke tilfeller markedsverdi vil være en kjønnsnøytral begrunnelse. Dette er et kontroversielt spørsmål fordi det henger nært sammen med den frie lønnsdannelsen, og må kunne sies å være kjernen i dagens debatt om likelønn i Norge. Jeg velger derfor å legge hovedvekten på markedsmomentet, men vil av hensyn til sammenhengen også behandle noen andre begrunnelser som kan være lovlige.

Det er ikke den direkte diskrimineringen som er hovedårsaken til lønnsforskjellene mellom kvinner og menn. Årsakene til lønnsforskjellene er i stor grad strukturelle. Arbeid i hjemmet er en av strukturene som påvirker kvinners lønn. Holdninger og verdier til at kvinners arbeidskraft er mindre verdt enn mens er en annen årsak. Lønnsforskjellene kan dermed vanskelig utjevnes alene gjennom et individuelt vern mot diskriminering. Det individuelle vernet bidrar bare til formell likhet, og dersom en skal oppnå en resultatlikhet er det nødvendig med strukturelle tiltak.

Kvinnekonvensjonen art. 5 pålegger medlemsstatene å treffe alle egnede tiltak for å få avskaffet fordommer som bygger på at kvinner er mindre verdt enn menn, eller på stereotypiske roller for kvinner og menn. Norges internasjonale forpliktelser er dermed et tungtveiende argument for at det bør jobbes mer med strukturelle virkemidler som kan bidra til å utjevne lønnsforskjellene.

Jeg velger imidlertid å konsentrere meg om det individuelle vern mot lønnsdiskriminering, og avgrense mot det strukturelle vern mot diskriminering.

Likestillingslovens regler om positiv særbehandling i forhold til lønn, og lønnsforskjeller som oppstår direkte som følge av graviditet eller omsorgsoppgaver vil falle utenfor kjernen i min problemstilling. Likevel vil jeg komme inn på betydningen av permisjoner i forbindelse med graviditet ved beregning av ansiennitet. Jeg velger ikke å behandle lønnsforskjeller som følge

av deltidsarbeid, men vil se på tilfeller hvor deltidsarbeid kan ha betydning for beregning av ansiennitet.

1.2 Historisk perspektiv rundt utviklingen av diskrimineringsforbudet

På 1800-tallet var det en selvfølge at kvinners lønn skulle være lavere enn menns. Denne forskjellen ble begrunnet med at menn var hovedforsørgerne. Det ble da ansett som rimelig at menn skulle ha forsørgeransvar, og dermed høyere lønn enn kvinner.

På slutten av 1800-tallet kom de første kravene om likelønn. I 1949 begynte arbeidet for likelønn ved at det ble satt ned en offentlig komité til å utrede spørsmålet om lik lønn for kvinner og menn. Komiteen gikk inn for at Norge skulle tiltre ILOs likelønnskonvensjon nr. 100 fra 1953. Komiteen gikk også inn for å opprette et Likelønnsråd, og i 1961 vedtok Hovedorganisasjonene LO og NAF, en rammeavtale for gjennomføring av likelønnsprinsipp. På 1970-tallet startet arbeidet for likestillingsloven som ble vedtatt i 1978 med et eget forbud mot lønnsdiskriminering. I 2002 ble loven endret som en konsekvens av rettsutviklingen i EU. Lønnsforskjellen mellom kvinner og menn var i 1959 på 34%. I 1973 var forskjellen på 23%, og i 1978 var forskjellen minsket helt til 18%. I dag er lønngapet på 15%, der det har stagnert siden 1980-tallet.²

2 Kilder og metode

2.1 Generelt

I denne delen av avhandlingen vil jeg presentere hvilke rettskildefaktorer som er sentrale for problemstillingen min og hvilken vekt disse vil ha i den juridiske avveiningen.

2.2 Folkeretten

Norges internasjonale forpliktelser er en sentral rettskildene ved tolkning av nasjonal rett. Likebehandlingsprinsippet følger av flere internasjonale konvensjoner og direktiver som Norge har sluttet seg til. De internasjonale forpliktelser stiller krav både til det materielle innholdet i nasjonal rett, og til gjennomføringsmåten. I tillegg stilles det krav til håndhevingen av reglene, som innebærer bevisbyrde, sanksjoner ved brudd på reglene, og den individuelle klageadgangen.

² Hege Brækhus, *Likelønn*, i Anne Hellum og Kirsten Ketcher, *Diskriminerings- og likestillingsrett*, s.215-216

I 1951 ble ILO- konvensjonen nr 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere for arbeid av lik verdi vedtatt. Norge Ratifiserte denne i 1959.

FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter inneholder også en bestemmelse om retten til lik lønn for likt arbeid i art. 7 litra a. Konvensjonen er gjort til Norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 2, og har forrang ved motstrid mellom norsk og internasjonal rett, jf § 3.

FNs kvinnekonvensjon ble vedtatt i 1979, og ratifisert av Norge i 1981. Konvensjonen ble gjort til norsk lov i 2005, jf likestillingsloven § 1b. Bestemmelsen om likelønn finner vi i art. 11 litra d. I følge denne skal *”konvensjonspartene treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i arbeidslivet, for å sikre de samme rettigheter, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner og særlig retten til lik lønn, ytelser inkludert, og til lik behandling for arbeid av lik verdi, så vel som lik behandling når kvaliteten på arbeidet skal vurderes.”*

2.3 EØS-retten og praksis fra EF-domstolen

Norge er bundet av EØS-avtalen, jf EØS-loven § 1. Gjennom EØS-avtalen kommer deler av EU-retten til anvendelse.

Etter EØS-avtalens art. 6, jf EØS-loven § 1 skal bestemmelser i Norsk rett tolkes i samsvar med praksis fra EF-domstolen. EØS- avtalen art.70, og de angitte vedlegg til denne innebærer at EØS-retten, herunder likelønnsdirektivet, er en sentrale rettskilder i tolkningen av Norsk rett.

De tidligere likebehandlingsdirektiv skal nå samles i et felles likebehandlingsdirektiv, direktiv 2006/54/EF som skal gjelde fra 15.august 2009.

Det nye direktivet skal omfatte det som tidligere var regulert i likebehandlingsdirektivet 2002/73/EF, likelønnsdirektivet 75/117/EØF, trygdedirektivet 86/378/EØF og bevisbyrdedirektivet 97/80/EF.

Formålet med å samle alle disse i et direktiv er å få en mer oversiktelig og enhetlig regulering på likestillingsområdet.

Jeg velger imidlertid å bruke bevisbyrdedirektivet 97/80/EF, og likelønnsdirektivet 75/117/EØF og likebehandlingsdirektivet 2002/73/EF som er sentrale for min problemstilling, siden det felles likebehandlingsdirektivet fra 2006 ikke har trådt i kraft i skrivende stund.

Norge er forpliktet etter EØS-avtalen. Likebehandlingsprinsippet fremgår av avtalens art. 69, nr.1, 1.ledd tilsvarende Romatraktaten art. 119. Denne bestemmelsen er nå erstattet av Amsterdamtraktaten art.114. Disse bestemmelser kan sees på som hjemmelen til direktivene på likestillingsområdet. I følge EØS-avtalens art.69 nr 2 inneholder avtalens vedlegg XVIII bestemmelser for gjennomføring av likelønnsprinsippet. Vedlegget viser blant annet til likelønnsdirektivet. Artikkel 1 omhandler retten til likelønn, og slår fast at:

”Prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere som traktatens artikkel 119 omhandler, heretter kalt ”likelønnsprinsippet”, innebærer at for samme arbeid eller for arbeid av lik verdi, skal all forskjellsbehandling på grunn av kjønn fjernes når det gjelder alle lønnsvilkår og lønnsfaktorer.”

2.4 Bestemmelsene i loven

Likestillingslovens formål er å fremme likestilling mellom kjønnene, med særlig fokus på å bedre kvinners stilling, jf § 1,1.ledd. Formålsbestemmelsen er viktig når det gjelder tolkning av lovens forbud mot lønnsdiskriminering i § 5.

Bestemmelsene i loven, og lovens forarbeider er de primære rettskilder ved anvendelse og tolkning av retten til lik lønn for arbeid av lik verdi.

Hovedregelen om kjønnsdiskriminering finner vi i likestillingsloven § 3. Denne regelen er generell og rammer både indirekte og direkte diskriminering. Loven regulerer uttrykkelig lønnsdiskriminering i § 5. Bestemmelsen skiller ikke mellom indirekte og direkte diskriminering, og avgjørende for hvorvidt det kan foretas en sammenligning er om det foreligger arbeid av lik verdi. Dersom arbeidene er av lik verdi skal lønnen fastsettes på samme måte uavhengig av om tilfellene som sammenlignes er like eller ulike. Det vil likevel være av en viss betydning fordi dersom tilfellene er like er det etter § 3 ikke adgang til å gjøre unntak fra forbudet. En bruker dermed § 3, 4.ledd for å fylle ut det nærmere innholdet av

adgangen til å gjøre unntak fra § 5. Det er imidlertid omdiskutert hvorvidt § 3 rekker lengre enn generalklausulen, eller om § 5 gir et sterkere vern enn § 3.

Forbudet mot lønnsdiskriminering i § 5 har selvstendig betydning fordi den gir en nærmere presisering av hvordan forbudet mot forskjellsbehandling skal forstås.³

Likestillingsloven § 5 er begrenset til å gjelde lønnsforskjeller i samme virksomhet, og rammer derfor bare en del av lønnsforskjellene mellom kvinner og menn.

Generalklausulen i § 3 kan derfor sies å ha et noe bredere nedslagsfelt enn § 5 fordi den vil kunne anvendes på ulik lønn på tvers av virksomheter. Dette er særlig praktisk hvor samme fagforeninger forhandler om flere tariffavtaler på tvers av virksomheter.

2.5 Forarbeider

Forarbeidene til likestillingsloven er sentrale ved tolkningen av innholdet i retten til likelønn, og er avgjørende for å finne frem til lovgivers intensjon med forbudet mot lønnsdiskriminering. Forarbeidene blir derfor en sentral kilde i min oppgave. Det er i samsvar med norsk lovgivertradisjon å ha en kort lovtekst, og utdypende forarbeider som rettsanvenderen er lojal ovenfor. Den generelle ordlyden i likestillingsloven § 5, skaper et særlig behov for presiseringer av lovgiver om hvilken vurdering som skal foretas, og hvilke hensyn som skal tillegges vekt.

Forarbeidene vil være av særlig betydning for tolkningen av gjeldende rett hvor det ikke foreligger praksis.

2.6 Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda, og likestillings- og diskrimineringsombudet

Det finnes få avgjørelser fra domstolene som omhandler retten til likelønn etter § 5. Siden det finnes lite rettspraksis på området, er praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda, (heretter nemnda) og Likestillings- og diskrimineringsombudet, (heretter ombudet) den sentrale praksis. En kan spørre seg om denne praksis dermed er gjeldende rett på området.

Nemnda er et forvaltningsorgan av en helt spesiell karakter, og må dermed kunne sies å veie noe tyngre enn annen forvaltningspraksis. Den er frittstående og har både som oppgave å anvende loven og endre praksis⁴.

³ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.52

⁴ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s. 48

Nemndas saker blir svært sjelden anket inn for domstolene og det blir derfor nemnda som får siste ord. I teorien er det ulike oppfatninger om hvorvidt slike avgjørelser kan tillegges vekt som rettskildefaktor. Det er ikke tvilsomt at rettskildeverdien av nemndas avgjørelser er begrenset, og vil dermed ikke være avgjørende for hva som er gjeldende rett dersom praksis strider mot ordlyd og lovens intensjon⁵. Etter mitt skjønn skulle nemnda sin rolle som håndhevningorgan tilsa at den er en rettskilde med vekt på linje med avgjørelser fra tingrettene. Avgjørelsene vil ha større vekt dersom praksisen er konsekvent, og det ikke foreligger andre kilder.

Ombudets uttalelser har enda mindre vekt enn avgjørelsene fra nemnda. En vil likevel kunne finne gode argumenter og synspunkter som kan anvendes ved tolkningen av gjeldende rett.

2.7 Reelle hensyn og rettsprinsipper

Ved anvendelsen av diskrimineringsforbudet er det en del grunnleggende verdier og prinsipper som ligger bak og påvirker rettsanvendelsen. Likebehandling er det overordnede formålet med vernet mot diskriminering. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling betraktes som et utslag av individets rett til verdighet og integritet, og ansees i folkerettslig sammenheng for å være forankret i internasjonal sedvanerett.⁶

Forutberegnelighet er en annen sentral samfunnsverdi og et viktig element for rettssikkerheten. Rettsprinsipper blir brukt mer aktivt innenfor EØS-retten enn i vår nasjonale rettsorden. Forholdsmessighetsprinsippet er et grunnleggende hensyn som har fått særlig vekt hos EF-domstolen ved tolkning av direktivene

Fordi det er svært lite rettspraksis som omhandler retten til likelønn, vil reelle hensyn være sentrale i den konkrete vurderingen av hva som er kjønnsnøytralt. Et viktig hensyn som er spesielt sentralt i forbindelse med regler som skal hindre maktmisbruk, er hensynet til reglens effektivitet.

Konkrete rimelighetshensyn vil ha relevans i forbindelse med avveiningen av arbeidsgivers interesser og behovet for å bruke lønn som virkemiddel, og hensynet til likebehandling av

⁵ Nils Nygaard, "Rettsgrunnlag og standpunkt", 2. utgave, s.216-217

⁶ Anne Hellum og Kirsten Ketcher, *Introduksjon til diskriminerings- og likestillingsretten*, i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, s.18

kvinner og menn. Det vil ofte være konkrete rimelighetshensyn som vil avgjøre hvorvidt en lønnsforskjell er lovlig eller ikke, dersom en står ovenfor et grensetilfelle.

2.8 Metode og den videre fremstillingen

Likestillingsretten hviler i stor grad på perspektivfag som rettshistorie, rettsfilosofi og retts sosiologi. Sammenhengen mellom juss og politikk er stor, noe som vil prege fremstillingen.

I drøftelsen av min problemstilling vil jeg ta for meg noen av kriteriene for lovligheten av lønnsfastsetting i forhold til § 5. Av hensyn til oppgavens omfang vil det føre for langt å behandle alle. For å svare på min problemstilling vil jeg ta for meg hvert av kriteriene, og se på målsetninger, resultater, og forholdet mellom målsetninger og resultater.

Under målsetninger vil jeg se på hvordan lovgiver har gitt uttrykk for at kriteriene skal forstås. De sentrale kildene her vil være lovtekst, lovens forarbeider og ofte også EF-domstolens avgjørelser. Dette fordi det er en målsetning at reformene i norsk rett skal harmonisere med EU-retten. Avgjørelsene setter dermed rammene for vår nasjonale rettsorden. Jeg velger å se på lovens formål som en del av lovgivers intensjon, fordi formålet gir uttrykk for hvilke verdier lovgiver ønsker å verne og regulere.

Resultatene vil være praksis fra nemnda, og under et punkt en avgjørelse fra tingretten. Her vil jeg se på hvordan nemnda anvender forbudet mot lønnsdiskriminering. Resultatene vil være uttrykk for den fungerende rett. Av hensyn til plassen vil jeg bare kunne behandle utvalgte avgjørelser som er illustrerende og sentrale.

I ”forholdet mellom målsetninger og resultater” vil jeg se på hvorvidt praksis er i overensstemmelse med lovgivers forståelse av hvor langt forbudet mot lønnsdiskriminering skal rekke. Spørsmålet er av interesse fordi dersom det er avvik mellom disse to har vi en noe uklar rettstilstand. Dersom det er usikkerhet i forhold til når ulik lønn vil være lovlig vil det blant annet vil påvirke forbudets effektivitet, og dets preventive effekt.

På områder hvor det er avvik mellom lovgivers målsetninger og fungerende rett, vil jeg se på hva som må anses som gjeldende rett. Som ovenfor nevnt i punkt 2.4 vil nemndas praksis ha

begrenset rettskildemessig vekt, og kan dermed ikke være avgjørende for gjeldende rett, dersom dens praksis strider mot lovgivers målsetninger.

3 Begrensningen til samme virksomhet

3.1 Målsetninger

Retten til lik lønn for arbeid av lik verdi omfatter bare en liten del av lønnsforskjellene mellom kvinner og menn, fordi retten bare gjelder arbeid av lik verdi i samme virksomhet. Det følger av forarbeidene at begrepet normalt skal fortolkes som ”samme arbeidsgiver”.⁷

Bakgrunnen for en slik begrensning er at ansvaret må tillegges noen for at retten skal bli reell. Lovgiver erkjenner at *”det er et problem i arbeidet for likelønn at sammenligninger begrenses til samme virksomhet, fordi kvinne- og mannsdominerte stillinger ofte er representert i forskjellige virksomheter.”*⁸

Lovgiver har valgt en vid forståelse av begrepet *virksomhet*. En har presisert at staten regnes som en virksomhet, og at en kommune også regnes som en virksomhet.⁹

En privat bedrift vil for eksempel ansees som en virksomhet selv om den er delt opp i flere mindre eller større avdelinger.

Under forberedelsen av likestillingsloven ble det pekt på at det ville føre for langt å regne staten som en virksomhet, fordi det ville medføre en fare for at staten utilsiktet ble holdt ansvarlig for lønnsforskjeller. Lovgiver valgte likevel å beholde virksomhetsbegrepet i offentlig sektor, med den begrunnelse at det ville føre til en utvikling i motsatt retning i forhold til utviklingen internasjonalt.¹⁰ En pekte også på at staten har et særlig ansvar i arbeidet for likelønn.¹¹

Lovgiver viste til at det ville *”være et negativt signal i arbeidet for likelønn om en begrenset i stedet for en utvidet mulighet til sammenligning av arbeid innenfor statlig sektor.”*¹²

⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.53

⁸ Ot.prp.nr.77(2000-20001)s.62

⁹ NOU 2008:6 Kjønn og lønn, s.28

¹⁰ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.62

¹¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.96

¹² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.62

En valgte altså til tross for gode argumenter i motsatt retning, å beholde en slik vid forståelse av begrepet av hensyn til likelønnsbestemmelsens effektivitet.

I forbindelse med lovendringen i 2002 vurderte en å utvide loven til å ramme forskjeller på tvers av virksomheter i samme bransje. Argumentene for en utvidelse gikk på at dersom intensjonen med loven var å hindre utnyttning av kvinner som billig arbeidskraft, måtte en kunne sammenligne kvinnedominerte arbeidsplasser med mannsdominerte.¹³

ILO-konvensjonen nr. 100, kvinnekonvensjonen, EØS-avtalen art. 69 og likelønnsdirektivet inneholder imidlertid ingen begrensning til samme virksomhet. En kan dermed spørre seg om Norge oppfyller sine internasjonale forpliktelser når en stiller krav om at sammenligningen må skje innenfor samme virksomhet. Norges internasjonale forpliktelser er derfor et argument for å oppheve begrensningen til samme virksomhet.¹⁴

De internasjonale bestemmelser har imidlertid ofte en slik generell ordlyd, som bare sier noe om den overordnede regelen.

Det må eksistere et pliktsubjekt for at retten til likelønn skal bli reel. Det ville derfor gi liten mening å oppheve begrensningen til samme virksomhet. En mellomløsning ville være å utvide ”virksomhet” til ”samme økonomiske kilde”¹⁵. En ville da kunne sammenligne stillinger mellom kommuner, fylkeskommuner og stat.

EF-domstolen behandlet i sak C-320/00 Lawrence spørsmålet om likelønnsprinsippets anvendelsesområde. Domstolen konkluderte her med at Amsterdamtraktaten artikkel 114 bare kan omfatte ulik lønn som kommer fra samme kilde. En begrunnet dette med at dersom diskrimineringen ikke kan tilskrives samme kilde vil en ikke ha noen som kan holdes ansvarlig som kan pålegges å utjevne lønnsforskjellene.

Samme kilde er som nevnt noe videre enn samme virksomhet. Dersom en skulle kunne sammenligne stat med kommune ville en likevel få samme problemer i forhold til ansvarssubjekt.

¹³ Ot.prp.nr.33(2000-2001)s.37-39

¹⁴ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

¹⁵ Hege Brækhus, *Likelønn*, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher, *Diskriminerings-og likestillingsrett*, s. 226

Det faktum at de internasjonale kildene ikke inneholder en virksomhetsbegrensning kan også forklares ut i fra at hver enkelt medlemsstat har ulike utfordringer med hensyn til hvor lønnsforskjellene ligger. Det kan være bakgrunnen for at det til en viss grad bør være opp til den enkelte medlemsstat å fastsette de begrensninger som er rasjonelle i forhold til den enkelte organisering av arbeidsmarkedet.

3.2 Resultater

Nemnda har i flere saker¹⁶ slått fast at staten regnes som en og samme virksomhet fylkeskommunen som en. I sak 11/2000 slo nemnda fast at lønnen til en ansatte ved Ullevål sykehus kan sammenlignes med ansatte i skolen fordi begge var ansatt i Oslo kommune.

3.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Hva som regnes som samme virksomhet har betydning for effektiviteten av forbudet mot lønnsdiskriminering. I norsk rett har lovgiver åpnet for at en kan sammenligne alle arbeidsplasser under samme arbeidsgiver.

I Norge ligger mye av lønnsforskjellene mellom offentlig og privat virksomhet, men en har også betydelige lønnsforskjeller i samme virksomhet som en kan ta tak i, for eksempel i stat og kommune.

Dagens innhold av begrepet fører dermed til effektiv håndheving av forbudet mot lønnsdiskriminering ved at mye av lønnsforskjellene mellom kvinner og menn rammes av § 5.

Dersom en klarte å oppnå likelønn mellom kvinner og menn i stat og kommune, ville det kunne bidra til å fjerne lønnsforskjellene også mellom det offentlige og det private. Markedet er fleksibelt og ville reagere på en generell økning av lønnen for kvinner i offentlig sektor.

I teorien har det vært drøftet hvorvidt en på bakgrunn av Norges internasjonale forpliktelser bør oppheve avgrensningen til samme virksomhet.

Problemet med å sammenligne på tvers av virksomheter er at ingen kan holdes ansvarlige for forskjellene. En rettighet trenger nødvendigvis et pliktsubjekt for å bli reel. Dette hensynet

¹⁶ Sak 6/1990, 11/1993, 3/1996

taler etter mitt skjønn for at lønnsforskjeller på tvers av virksomheter bør behandles politisk, og ikke gjennom en rettsregel som likestillingsloven § 5.

Som vist ovenfor har det vært lovgivers intensjon å legge til grunn en vid forståelse av begrepet virksomhet, av hensyn til likelønnsbestemmelsens effektivitet.

Fungerende rett samsvarer godt med det som var lovgivers intensjon i forhold til hvilke arbeidsplasser som skal være gjenstand for sammenligning etter § 5, og gjeldende rett dermed bidrar til et så effektivt vern mot lønnsdiskriminering som mulig innenfor de rettslige rammer.

4 Sammenligningspersonen

4.1 Målsetninger

Retten til lik lønn for arbeid av lik verdi forutsetter at en har et sammenligningsgrunnlag.

Sammenligningen av arbeidene skal skje på individuelt nivå og får bare konsekvenser for de arbeidstakere som er parter i saken. Dersom en oppjustering skal skje for en hel yrkesgruppe må dette skje gjennom forhandlinger.¹⁷ Bakgrunnen er at forbudet mot lønnsdiskriminering er et klagebasert vern som kun gir et individuelt vern mot diskriminering.

Det fremheves imidlertid i forarbeidene at avgjørelser i enkeltsaker kan gi argumenter for å heve lønnen til kvinnedominerte yrker i forhandlinger.

I 2002 kom en lovendring i § 3, 2.ledd, nr.2 som innebærer at en kvinne med omsorg for barn kan sammenligne seg med en mann eller kvinne som ikke er i samme situasjon, også i likelønnsaker.¹⁸

I EU-retten har det vært omdiskutert hvorvidt en kan bruke en rent hypotetisk sammenligningsperson som grunnlag for krav om likelønn.

En slik sammenligning er ikke uproblematisk. Hensynet til arbeidsgivers rettssikkerhet taler mot en slik adgang. En annen betenkelighet med en slik sammenligning er at arbeidstakeren

¹⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 59

¹⁸ Elisabeth Vigerust, *Vern mot graviditetsdiskriminering*. Kap 6

som sammenligner seg med en hypotetisk person vil måtte forklare sine valg av beregningsgrunnlaget for den en sammenligner seg med¹⁹.

EF-domstolen har behandlet spørsmålet om sammenligningsperson i sak C-129/79 Macartys-saken. Spørsmålet var her om en kvinne kunne kreve den samme lønn som den tidligere mannlige innehaver av stillingen hadde. Domstolen fikk også spørsmål om hun generelt kunne kreve den lønn hun ville fått dersom hun var mann, selv om det ikke forelå noen sammenligningsperson. Til dette uttalte domstolen at en ikke kan bruke hypotetiske sammenligningspersoner dersom en sammenligning er nødvendig for å konstatere diskriminering. Dommen er imidlertid av eldre dato, og kan derfor ikke ha avgjørende vekt i spørsmålet.

Det har skjedd mye med utviklingen av likelønnsretten på EU-rettens område etter denne saken. EF-domstolen har foretatt en dynamisk og formålsrettet tolkning av retten til likelønn etter avgjørelsen i denne saken.

Statistisk sammenligningsgrunnlag har blitt akseptert av EF-domstolen. I EF-domstolens sak C-400/93 Royal Copenhagen, godtok domstolen statistiske opplysninger som grunnlag for å påvise lønnsdiskriminering. Disse opplysninger var tilstrekkelig til at bevisbyrden gikk over på arbeidsgiveren.²⁰

For at forbudet mot lønnsdiskriminering skal bli en realitet, kan det tenkes tilfeller hvor det er behov for en sammenligning med en rent hypotetisk sammenligningsperson. En kan dermed ikke utelukke at en ved indirekte diskriminering ville godtatt en slik sammenligning.²¹

4.2 Resultater

I sakene for nemnda har det vært konkrete sammenligningspersoner, og spørsmålene ovenfor har dermed ikke vært satt på spissen. En har likevel akseptert statistikk som tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag.²²

¹⁹ Byrial R Bjørst, *Ligeløn*, s. 269

²⁰ Premiss 24

²¹ Byrial R Bjørst, *Ligeløn*, s. 271

²² Sak 8/2000

Det stilles i praksis ikke krav om samtidighet ved sammenligningen. En kvinne kan for eksempel sammenligne seg med den tidligere innehaveren av stillingen²³. Hvor en foretar slike sammenligninger må det foretas justeringer for lønnsvekst for perioden mellom.

4.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Dersom en kunne foreta sammenligninger med en hypotetisk arbeidstaker, ville det styrke likelønnsbestemmelsen som virkemiddel for å fremme likelønn. Jo videre en tolker anvendelsesområdet for § 5, dess sterkere blir vernet mot diskriminering.

Et tungtveiende argument mot en slik adgang, er at det vil medføre bevisproblemer å føre en sak hvor en sammenligner seg med en hypotetisk person. Det vil bli meget vanskelig å gjennomføre en sammenligning i forhold til en hypotetisk sammenligningsperson, og arbeidsgiver vil kunne risikere å bli holdt ansvarlig uten at han kunne forutse dette.

Det faktum at lovgiver har begrenset retten til likelønn til samme virksomhet taler også i retning av at det må stilles krav til faktisk sammenligningsperson fordi de samme hensyn gjør seg gjeldende her.

Spørsmålet er ikke avklart i Norsk rett, men etter mitt skjønn må hensynet til arbeidsgivers rettsikkerhet veie så tungt at det bør stilles krav om en faktisk sammenligningsperson, så fremst en ikke er innenfor de tilfeller som vil rammes av § 3, 2.ledd, 2pkt.

5 Arbeid av lik verdi

5.1 Målsetninger

5.1.1 Generelt

Spørsmålet om hvilke tilfeller som kan sammenlignes er viktig ut i fra effektivitetshensyn, fordi jo videre en står med hensyn til hva som kan sammenlignes, dess bedre blir vernet mot lønnsdiskriminering. Det har vært en sterk utvikling i forhold til hva som kan sammenlignes. I 2002 ble forbudet mot lønnsdiskriminering utvidet til å gjelde på tvers av fag og tariffavtaler. Lovendringen innebar en viktig effektivisering av likelønnsbestemmelsen.

²³ Sak 5/1990

Det som kan danne grunnlag for sammenligning etter § 5 er ”arbeid av lik verdi”. I andre ledd presiseres det hva dette innebærer: *”Retten til lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres i ulike tariffavtaler.”*

Sitatet viser at alle typer arbeid i utgangspunktet kan sammenlignes, men spørsmålet blir hvordan sammenligningen skal gjøres.

Ved tolkningen av ”lik verdi” må en legge til grunn kravene i ILO-konvensjonen nr. 100 art. 3²⁴. Konvensjonen stiller krav til at det skal treffes tiltak til å fremme objektiv arbeidsvurdering på grunnlag av det arbeid som gjennomføres.

De forhold som knyttes til den individuelle arbeidstakeren som for eksempel ansiennitet, utførelsen av arbeidet og markedsverdi, skal ikke trekkes inn i verdivurderingen. Bakgrunnen for at disse forhold skal holdes utenfor er at de lett vil slå ulikt ut for kvinner og menn, og dermed utgjøre en risiko for ulik lønn.²⁵ En sammenligning av ansiennitet i verdivurderingen vil for eksempel kunne være uheldig for kvinner, som på grunn av omsorgsoppgaver for barn har flere avbrudd enn menn i sin karriere, og dermed dårligere ansiennitet.

Hvordan sammenligningen av arbeidets verdi skal gjøres fremgår av § 5, 3. ledd:

”Om arbeidene er av lik verdi avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante faktorer, som for eksempel anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold.”

Lovgiver bruker betegnelsen ”for eksempel” om momentene i vurderingen, noe som tilsier at momentene ikke er uttømmende. Det presiseres også i forarbeidene at listen ikke skal være uttømmende.²⁶ Det vil altså kunne foreligge andre relevante momenter av betydning for arbeidets verdi.

²⁴ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.36

²⁵ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

²⁶ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 60

I forarbeidene uttales det i forbindelse med vurderingen av arbeidets verdi at: *Forhold som knyttes til den enkelte arbeidstakeren som ansiennitet, utførelsen av arbeidet, markedsverdi osv., skal ikke inngå i verdivurderingen. Så lenge slike faktorer kan virke forskjellig for kvinner og menn vil det være en risiko for ulik lønn.*²⁷

Det er altså stillingene i seg selv som skal sammenlignes, og ikke personen. Bakgrunnen for at det er stillingen som skal danne grunnlag for sammenligning er at de kjønnsesifikke elementer dermed ikke blir med i vurderingen, som igjen bidrar at kvinner og menn vurderes likt.

Et av formålene med en lovfesting av hvilke momenter som kan være relevant ved arbeidsvurderingen, var å skape en konsekvent praksis²⁸. Hensynet til forutberegnelighet talte også for en slik opprømsing.

5.1.2 Momentene i vurderingen

Kompetanse er ut i fra ordlyden det mest sentrale moment i vurderingen av om det foreligger arbeid av lik verdi. Kompetanse omfatter både erfaring og kunnskap og skal i følge ordlyden alltid være med i verdivurderingen.²⁹ Det avgjørende ved vurderingen av arbeidets verdi er hvilken kompetanse som er *nødvendig* for stilling.

Det fremgår direkte av NOU 1997:10,pkt.531 at ”*kompetansen skal relateres direkte til innholdet og de krav som er knyttet til arbeidet. Det vil si at den kompetansen som måles ikke er den enkeltes utdanning og arbeidserfaring, men den kompetanse som kreves dersom stillingen lyses ut.*”

Det skal foretas en helhetsvurdering, og det er den totale summen av likhetene og ulikhetene som blir avgjørende. Det er dermed ikke nødvendigvis slik at arbeidene er av ulik verdi, selv om den ene stillingen krever lengre og annerledes utdanning enn den andre.³⁰

Anstrengelse kan være et annet relevant moment ved sammenligning av arbeid, og omfatter både fysiske og psykiske/emosjonelle anstrengelser³¹. Fysiske anstrengelser vil for eksempel

²⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 61

²⁸ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 60

²⁹ NOU 1997:10 pkt 5.3.1

³⁰ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

være tunge løft og spesielle krav til effektivitet i arbeidet. Det vil også være relevant i hvilken grad anstrengelsen varer hele arbeidstiden og hvor omfattende den er. Psykisk anstrengelse vil for eksempel kunne dreie seg om sorgfulle arbeidsoppgaver, eller andre psykiske belastninger. Ordlyden tilsier at anstrengelse ikke nødvendigvis må tas med i vurderingen, da det heter: ”og andre relevante faktorer, som for eksempel anstrengelse”.

EF-domstolen behandlet i sak C-237/85 Rumler spørsmålet om krav til fysisk styrke i stillingene som ble sammenlignet. Domstolen kom til at kravet til fysisk styrke medførte at stillingene var av ulik verdi. Det ble imidlertid presisert at typiske kvinnelige egenskaper som hurtighet, og nøyaktighet måtte tillegges samme verdi.

En kan dermed konkludere med at anstrengelse vil kunne være relevant for arbeidets verdi, men at kvinnelige og mannlige egenskaper må tillegges samme verdi. Dette innebærer at dersom det til den ene stillingen stilles særlige krav til fysisk styrke, og det til den andre krav til hurtighet skal en tillegge disse lik vekt.

Ansvar er et tredje moment av betydning for arbeidets verdi, og vil omfatte alle former for ansvar. En kan for eksempel ha ansvar for personer, innretninger, utstyr, maskiner, råvarer, prosess, og sikkerhet. Sammenligning av arbeidernes ansvar blir ofte vanskelige fordi det er vanskelig å måle likheten av ansvar for liv, død og mennesker med ansvar for budsjetter og innretninger. Et moment som er brukt mye i praksis er på hvilket nivå i hierarkiet stillingen ligger, og hvor mange personer en har ansvar for.³²

Arbeidsforhold vil knytte seg til både de fysiske og psykiske omstendigheter rundt arbeidet. En vil måtte vurdere ubekvemme arbeidsforhold, eller særlig gunstige arbeidsforhold under dette momentet. Forhold som skitt, støy, temperatur og arbeidstid vil for eksempel være faktorer som omfatter arbeidsforhold. Det kan enten være at disse faktorer påvirker arbeidsmiljøet, eller det kan være en del av selve arbeidet. I hvilken grad arbeidet medfører risiko for ulykker eller skader, vil for eksempel også kunne være relevant for hvordan en karakteriserer arbeidsforholdene.

³¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

³² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

5.3 Resultater

Problemstillingen blir her hvordan nemnda vurderer om stillingene er av lik verdi.

I Aftenposten-saken³³ var kompetansekravene til stillingene som ble sammenlignet ulike. Nemnda kom likevel til at kompetansekravet for en konsulentstilling var på tilsvarende nivå som for en typograf. Bakgrunnen for en slik konklusjon var at arbeidsgiver i stillingsannonsen for salgskonsulent krevde: ”*relevant utdannelse, gjerne innen salg/markedsføring.*” For stillingen som typograf krevdes grafisk fagutdanning eller fagbrev.

En vurderte også stillingenes ansvar, arbeidsforhold og anstrengelse. Det ble pekt på at stillingene lå på samme nivå i bedriften, og at det ikke var avgjørende at arbeidsoppgavene var ulike fordi begge arbeidet i forhold til kunder.

Avgjørelsen viser at nemnda går langt i å komme til at arbeidene er av lik verdi, selv om de formelle kompetansekrav til stillingene er ulike. Det avgjørende for hva som skal anses som nødvendig kompetanse, er hva arbeidsgiver har søkt etter i stillingsannonsen. Nemnda vurderte her ønskelig kompetanse under arbeidets verdi.

I sak 4/2006 sammenlignet en lønnen til to mellomlederstillinger i en kommune, og vurderte ansvar knyttet til stillingene. Kvinnen var utdannet vernepleier og hadde videreutdanning innenfor ledelse og administrasjon. Hun arbeidet som leder for habiliterings- og rehabiliteringstjenesten i kommunen. Mannen var leder for pleie og omsorgstjenesten i kommunen, og var utdannet sykepleier. Nemnda kom til at de to befant seg på samme organisatoriske nivå, og at kompetansekravene for stillingene i all hovedsak var like. Likevel konkluderte nemnda med at stillingene med hensyn til ansvar og anstrengelse ikke var av lik verdi. En la avgjørende vekt på at mannen hadde ansvar for et betydelig større budsjett og personale enn det kvinnen hadde. Avgjørelsen viser at ansvar vurderes både med hensyn til ansvar for mennesker og ansvar for økonomi.

I Harstad-saken(omtalt nedenfor), ble det lagt vekt på at begge stillinger innebar både faglig og administrativt ansvar. Det ble imidlertid pekt på at størrelsen på avdelingene var ulik, og at budsjettet var større for ingeniørene. Nemnda kom likevel til at arbeidet var av lik verdi fordi det ulike ansvaret likevel måtte sies å være av lik verdi.

Nemnda vurderte også konsekvenser det fikk dersom de ansatte gjorde feil i sine stillinger.

³³ Sak 17/2006

En uttalte at ”effektivitetshensyn tilsier derfor at ansvar for mennesker tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier. Det er også framhevet i Arbeidsutvalgets innstilling at dette er viktig for å sikre at systemet måler ansvar på en kjønnsnøytral måte”.

Sitatet viser at en legger til grunn en vid forståelse av begrepet, og at det skal mye til for at en kommer til at arbeidene er av ulik verdi når en sammenligner ansvar.

Det er ikke ofte nemnda kommer til at stillingene er av ulik verdi. Et eksempel på hvor nemnda kom til at det ikke forelå arbeid av lik verdi, er sak 8/1994. Her sammenlignet en lønnen til en konsulent med lønnen til en avdelingsleder. Nemnda uttalte her at stillingene normalt ikke ville være av lik verdi fordi en avdelingsleder vil ha betydelig mer ansvar og andre arbeidsoppgaver enn en konsulent. Det forelå heller ikke særlige omstendigheter som kunne gi grunnlag for lik lønn.

Avgjørelsen viser at nemnda ikke går inn og vurderer ansvar, kompetanse, arbeidsoppgaver og anstrengelse hvor det er helt åpenbart at stillingene har ulik verdi.

5.4 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Både ordlyd og forarbeider taler for at lovgiver har ønsket at en skal kunne sammenligne arbeid som i utgangspunktet har en ytre likhet. Praksis viser at det sjelden er problematisk hvorvidt arbeidet er av lik verdi, og i de fleste sakene kommer nemnda til at arbeidene er av lik verdi.

Nemnda tolker ofte ”lik verdi” vidt, og begrunner en slik tolkning ut i fra hensynet til forbudets effektivitet. Praksisen viser at nemnda vurderer de objektive sidene ved stillingene grundig. Det er kun i tilfeller hvor det er helt åpenbart at arbeidene ikke er sammenlignbare en konkluderer med at det ikke foreligger arbeid av lik verdi.

Praksis samsvarer dermed godt både med lovens ordlyd og lovgivers målsetninger i forhold til lovendringen i 2002.

6 Lik lønn

6.1 Hovedregelen om forbud mot lønnsdiskriminering

Hovedregelen om retten til lik lønn for arbeid av lik verdi slår fast at ”*kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.*”, jf likestillingsloven § 5,1.ledd.

Ordlyden tilsier for det første at det avgjørende er hvordan lønnen fastsettes og ikke hvorvidt den er lik i kroner.

Lønn defineres i § 5, 4.ledd som ”*det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren.*” Begrepet lønn omfatter dermed blant annet pensjon, arbeidsklær, personalrabatter, fri telefon og bil. Lovgiver forutsetter at lønn både omfatter individuelle goder og fellesgoder, slik som for eksempel kantine, svømmebasseng og lignende.³⁴ Det fremgår videre at det særlig i de høye inntektsklasser har blitt vanlig å betale i form av andre goder enn penger på grunn av skattemessige årsaker, og at slike goder derfor også må regnes som lønn for å hindre omgåelse av bestemmelsen.

Spørsmålet jeg her vil se nærmere på er hva en kan trekke ut av ordlyden i likestl § 5, og lovgivers uttalelser med hensyn hvilke kriterier som skal være avgjørende for vurderingen. Det er ikke tvilsomt at lønnsforskjeller kan være lovlige dersom de er begrunnet i objektive forhold.

Jeg vil her se nærmere på i hvilken grad ansiennitet, markedsverdi og personlige egenskaper er slike kjønnsnøytrale begrunnelser som kan tillate lønnsdifferensiering. Forhold som ansiennitet, utførelsen av arbeidet og en arbeidstakers markedsverdi blir i forarbeidene trukket frem som mulige begrunnelser for ulik lønn mellom kvinner og menn³⁵. Begrunnelsen er bare lovlig dersom den ikke er direkte eller indirekte diskriminerende³⁶. Forutsetningen for at for eksempel ansiennitet skal være lovlig grunn til ulik lønn er at de samme normene gjelder for kvinner og menn³⁷.

³⁴ Ot.prp.nr.33(1974-1975)pkt. 4, s. 58

³⁵ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

³⁶ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 61

³⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.58

Tilsynelatende kjønnsnøytrale begrunnelser vil likevel være i strid med diskrimineringsforbudet dersom de ”faktisk virker” slik at kvinner stilles dårligere enn menn, jf. § 3,3.ledd.

Ordlyden i § 5 gir liten veiledning om hvilke forhold som vil kunne begrunne ulik lønn. Lønnen skal fastsettes ”på samme måte” for kvinner og menn. En slik presisering tilsier at dersom begrunnelsen for lønnsforskjeller skal være lovlig må den fungere likt for kvinner og menn. I tillegg fremhever ordlyden at fastsettelsen av lønn skal skje uten hensyn til kjønn.

Med ”uten hensyn til kjønn” forstår en at en ikke bare kan se hen til situasjonen på det tidspunkt sammenligningen skjer, men at en også må se på hvordan lønnsulikhetene tradisjonelt har vært, og årsakene til ulik lønn³⁸. En vil dermed kunne sammenligne lønnen hvor den kvinnelige arbeidstakeren arbeider i en yrkesgruppe som tradisjonelt har vært dominert av kvinner, men som nå også utføres av menn. Utgangspunktet er likevel i følge lovgiver at en stiller krav om kjønnstypiske grupper for at likelønnsbestemmelsen skal komme til anvendelse. Dette innebærer at de grupper som sammenlignes ”...overveiende utføres av det ene kjønn mens det annet arbeid overveiende utføres av det motsatte kjønn.”³⁹

6.2 Unntak fra forbudet mot diskriminering

Det fremgår ikke av ordlyden i § 5 at forbudet i § 3 også gjelder i likelønnsaker. Det er likevel ikke tvilsomt at unntaksadgangen i § 3,4.ledd kan anvendes ved lønnsdiskriminering.

Ulik lønn kan i ”særlige tilfeller” være lovlig til tross for at markedsverdi, ansiennitet og ulike kvalifikasjoner ikke fungerer på samme måte for kvinner og menn, jf. § 3,4.ledd.

Det avgjørende for hvorvidt det kan gjøres unntak fra forbudet er om differensieringen har et saklig formål uavhengig av kjønn, som er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende, jf § 3, 4.ledd. Som følge av bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16 er det arbeidsgiver som må føre bevis for at lønnsforskjellen er begrunnet i driftsmessige forhold. Prinsippet fremgår nå også av bevisbyrdedirektivet 97/80/EF art. 2(2). Formålet med

³⁸ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.39

³⁹ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.39, se også i samme retning Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 33

proporsjonalitetstesten er å finne ut om det bak begrunnelsen finnes objektive forhold som ikke er relatert til kjønn. Vurderingen som skal foretas etter § 3,4.ledd tilsvarer den såkalte proporsjonalitetstesten som er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Det nærmere innholdet av denne ble først presisert i Bilka-saken⁴⁰.

Hensynet til arbeidsgivers virksomhet og drift begrunner at det skal kunne gjøres unntak fra diskrimineringsforbudet. Dersom vernet mot diskriminering blir for sterkt vil det kunne gå ut over arbeidsgivers utførelse av arbeidet.⁴¹

Unntaksadgangen etter likestillingsloven § 3,4.ledd gjelder kun i ”*særlige tilfeller*”. Ordlyden taler dermed for at det her er tale om en snever unntaksregel, og at det skal legges særlig vekt på likestillingshensyn i interesseavveiningen.

Forarbeidene presiseres hva kravet om *saklig* formål innebærer⁴²:

”*Kravet om saklighet betyr først og fremst at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv som likebehandling vil innebære.*”

Kravet om saklighet innebærer at formålet må være rimelig, legitimt, og bygge på reelle behov slik at hensynet til likebehandling må vike⁴³.

Sparehensyn i seg selv vil for eksempel ikke være saklig grunn til ulik lønn, men det vil kunne være saklig dersom en på grunn av effektiviseringer av driften har behov for å gi dyktige arbeidstakere høyere lønn.

Middelet som er valgt for å nå formålet med lønnsforskjellen må være egnet. Dette betyr at en må vurdere hvorvidt midlet faktisk vil fungere i samsvar med hva en ønsker å oppnå.

I spørsmålet om lønnsforskjellen er *nødvendig* må en vurdere hvorvidt lønnsforskjellen er nødvendig for å nå formålet, eller om en kunne oppnå formålet på andre måter som ikke virker diskriminerende. Alle goder som ytes av arbeidsgiver skal imidlertid regnes som lønn i forhold til likelønnsbestemmelsen, jf § 5, 4.ledd. Alternative virkemidler som ikke regnes som lønn vil for eksempel kunne være rekrutteringskampanjer for å fa tak i kvalifisert arbeidskraft.

Utrykket *uforholdsmessig inngripende* vil si at det må foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov for å bruke lønn som virkemiddel, og hensynet til likebehandling og

⁴⁰ Sak C- 170/84 Bilka

⁴¹ Thomas Benson, Arbeidsrettsboka, s. 87

⁴² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s. 112

⁴³ Gudrun Holgersen, *Etnisk diskriminering*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher, *Diskriminerings-og likestillingsrett*, s. 175

konsekvenser for den som blir forskjellsbehandlet⁴⁴. Hensynet til arbeidsgiveren og hans behov for frihet og fleksibilitet må veies opp mot hensynet til arbeidstakerne og deres behov for beskyttelse mot vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling. Arbeidstaker er den svake part i et arbeidsforhold, noe som tilsier at likestillingshensyn må veie tyngst, og arbeidsgivers beslutninger får stor innvirkning på arbeidstakernes liv.

Størrelsen på lønnsforskjellen vil være et moment dersom det er snakk om nedjustering av den med høyest lønn. Interesseavveiningen vil til i viss grad bero på hvilket samfunnsområde det er tale om, og lovgiver presiserer at det for retten til arbeid og lønnet inntekt skal mer til for at hensynet til likestilling må vike.⁴⁵

Vilkårene for at det kan gjøres unntak fra diskrimineringsforbudet er kumulative, noe som innebærer at det ikke er tilstrekkelig at formålet er saklig og nødvendig dersom forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende. Ut i fra bevisbyrderegelen i likestl § 16(omtalt nedenfor) er det arbeidsgiver som skal føre bevis for at det foreligger omstendigheter som gjør at lønnsforskjellene likevel er lovlige.⁴⁶

Loven rammer både en lønnsfastsettelse som har en diskriminerende virkning, og den som har en diskriminerende hensikt.

Som nevnt ovenfor under *arbeidets verdi* uttaler lovgiver at ansiennitet, markedsverdi og kvaliteten på det utførte arbeid ikke skal trekkes inn i verdivurderingen, fordi en vektlegging av slike forhold for en bestemt arbeidstaker eller yrkesgruppe kan videreføre og sementere eksisterende lønnsforskjeller og lav verdsetting av kvinnearbeid⁴⁷. Lovgiver forutsetter dermed at slike forhold ikke er kjønnsnøytrale.

⁴⁴ Gudrun Holgersen, *Etnisk diskriminering*, i Anne Hellum, Kirsten Ketscher, *Diskriminerings-og likestillingsrett*, s. 175

⁴⁵ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.112

⁴⁶ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.112

⁴⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

7 Ansiennitet

7.1 Målsetninger

Det avgjørende for hvorvidt ansiennitet kan begrunne lønnsforskjeller er hvorvidt beregningen av ansiennitet, eller vektlegging av ansiennitet er indirekte eller direkte diskriminerende.

Kvinner har oftere brudd i yrkesaktiviteten knyttet til omsorgsoppgaver for barn eller familie enn menn. Kvinner arbeider også ofte deltid i kortere eller lengre perioder som følge av omsorg for barn. Det å vektlegge ansiennitet vil dermed kunne stille kvinner dårligere enn menn dersom det er faktisk arbeidstid som skal legges til grunn. I forarbeidene erkjenner en at ansiennitetskrav vil kunne slå ulikt ut for kvinner og menn⁴⁸. Utgangspunktet er at det vil være diskriminerende å beregne ansiennitet på en måte som systematisk stiller kvinner dårligere enn menn. Det vil likevel i ”særlige tilfeller” kunne være lovlig å legge vekt på ansiennitet, jf § 3, 4.ledd.

Bakgrunnen for at ansiennitet normalt ansees som kjønnsnøytralt og objektivt er at økt erfaring normalt hever verdien for arbeidsgiver. Det har vært tradisjon å gi lønnsopprykk ut i fra betraktninger om at det er rimelig å belønne høy ansiennitet.

Det avgjørende for hvorvidt det likevel kan legges vekt på ansiennitet ved lønnsfastsettelsen er hvorvidt forskjellsbehandlingen har et saklig formål, om ulik lønn er et egnet og nødvendig middel for å nå formålet og om den er forholdsmessig, jf § 3,4.ledd. Hvorvidt dette er tilfelle vil bero på arbeidsgivers behov for å legge vekt på ansiennitet.

Lovgiver forutsetter at det vil være adgang til å gi tillegg i lønn på grunn av ansiennitet, så lenge de samme normer gjelder for kvinner og menn.⁴⁹

Forskjeller i ansiennitet trenger ikke nødvendigvis å henge sammen med forskjeller i kvalifikasjoner, og i de aller fleste yrker vil det være sånn at læringskurven blir jevnet ut etter noen år⁵⁰.

⁴⁸ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

⁴⁹ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.58

⁵⁰ Elisabeth Vigerust, *Arbeid, barn og likestilling*, s. 392

Lovgiver viser til EF-domstolens uttalelse i sak C-184/89 Nimz-dommen hvor en oppstilte krav om sammenheng mellom ansiennitet og økt verdi for arbeidsgiver for å anvende ansiennitet ved lønnsfastsettelsen.⁵¹

EF-domstolen har imidlertid etter dette kommet med noen nye synspunkter.

I sak C-17/05 Cadmann slo domstolen fast at ansiennitet i utgangspunktet var et objektivt og kjønnsnøytralt kriterium. Det ble videre uttalt at til tross for at ansiennitet kunne virke indirekte diskriminerende kunne det ikke stilles krav om at arbeidsgiveren skal begrunne betydningen av ansiennitet som begrunnelse. Ut i fra avgjørelsen kan det se ut til at arbeidsgiver i utgangspunktet står fritt til å legge vekt på ansiennitet, uten å måtte bevise at ansienniteten er av betydning for den aktuelle lønsmottakers stilling og arbeidsoppgaver. Domstolen utelukker likevel ikke at det kan forekomme situasjoner hvor ansiennitet må begrunnes nærmere⁵². Det fremgår av dommen at dette blant annet vil være tilfellet, hvor arbeidstakeren legger frem omstendigheter som gjør det tvilsomt i hvilken grad anvendelse av ansiennitet er egnet til å nå formålet med lønnsforskjellen. I slike tilfeller vil arbeidsgiver som følge av bevisbyrderregelen i likestillingsloven § 16 måtte bevise at ansienniteten er relevant eller nødvendig for de arbeidsoppgaver arbeidstaker utfører.⁵³

Avgjørelsen taler for at en dermed kun kan stille krav om objektiv begrunnelse dersom det er grunn til å tro at ansienniteten ikke medfører at arbeidstaker er bedre kvalifisert som følge av ansienniteten.

Arbeidsgiver handler i strid med § 5 dersom menn gis ansiennitet for den tid de er i militærtjeneste, mens kvinner ikke får tilsvarende ansiennitet for den tid de har svangerskapspermisjon.⁵⁴ I dag følger nå dette implisitt av likestillingsloven § 3, 2.ledd, 2.pkt at kvinner ikke mister ansiennitet på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn. Bestemmelsen omfatter rettigheter knyttet til graviditet, amming, og selve fødselspermisjonen som i dag er seks uker etter fødselen.⁵⁵ Lovgiver presiserer at diskrimineringsforbudet i disse tilfellene er absolutt, uavhengig av kostnader og ulemper for arbeidsgiver.⁵⁶

⁵¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

⁵² Cadman C-17/05, premiss 37-38

⁵³ Cadman C-17/05, premiss 40

⁵⁴ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.58

⁵⁵ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.111

⁵⁶ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.111

Hvorvidt det kan gjøres fradrag for permisjonsrettigheter av lengre varighet blir et spørsmål om vilkårene for å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering er oppfylt.⁵⁷

Det absolutte forbudet mot fratrekk i ansiennitet som følger eksplisitt av § 3,2.ledd, 2pkt taler for et sterkt vern også for kvinner som velger å ta omsorgspermisjon ut over seks uker.

Etter mitt skjønn bør det derfor kreves større ulemper og kostnader for arbeidsgiver jo kortere permisjonstiden er.

Kvinnekonvensjonen art.11(2)b slår også fast at fødselspermisjon ikke skal komme til fradrag ved beregning av ansiennitet. Det er ikke avklart hvorvidt denne bestemmelsen omfatter bare fødselspermisjon eller om den også gjelder omsorgspermisjon slik vi har i norsk rett.

Det følger av likebehandlingsdirektivet⁵⁸ art. 15 at lengden på den vernede perioden skal være på minst 14 uker, men at den skal fastsettes i samsvar med den nasjonale rett. Spørsmålet om omsorgspermisjoner har ikke vært behandlet av EF-domstolen.

Det avgjørende for hvorvidt det vil være adgang til å trekke fra ansiennitet for omsorgspermisjoner blir hvorvidt den ulike behandlingen av kvinner og menn er saklig. I forhold til hva som vil være saklig viser jeg til drøftelsen ovenfor. Det vil kunne få negative konsekvenser for arbeidsgiver dersom det ikke blir trekt fra i ansiennitet for avtalte permisjoner og andre omsorgsoppgaver. Dette som et resultat av at det går ut over arbeidstakers kompetanse å være fraværende fra jobben. Kvinnens yrkeserfaring er som er oftest dårligere enn menns. Spørsmålet blir dermed om det er rimelig at arbeidsgiver skal ”betale” for all slik omsorg. Virksomhetens behov taler derfor for at en skal kunne differensiere i lønn i slike tilfeller, og belønne de med lengre ansiennitet.

Kravet om forholdsmessighet i forhold til beregning av ansiennitet innebærer til en viss grad en forsyning av kostnadene fra den enkelte kvinne over på arbeidsgiver når det gjelder hvem som skal betale for omsorg.

Lovens forarbeider sier ingenting om hvordan ansienniteten skal beregnes, men uttaler at dersom en begrunner beregningen ut i fra et ønske om å ”*honorere erfaring som mål for*

⁵⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.111

⁵⁸ Rådsdirektiv 76/207/EØF

*kvalifikasjoner, må det spørres om faktisk arbeidet tid i dette tilfelle får betydning for arbeidstakerens kompetanse til å utføre de enkelte arbeidsoppgavene".*⁵⁹

Uttalelsen tilsier at det kreves sammenheng mellom ansiennitet og økt verdi for arbeidsgiver.

Et annet spørsmål i forhold til ansiennitet er hvorvidt det generelt vil være lovlig å legge vekt på ansiennitet ved lønnsfastsettelsen. Kvinner velger ofte å jobbe deltid, eller ha lengre eller kortere permisjoner utover det som omfattes av likestl § 3, 2.ledd, 2.pkt. Dersom kvinner får fratrukket i ansiennitet ved slike permisjoner fører det i utgangspunktet til at de stilles dårligere enn menn.

Kvinner arbeider ofte deltid i kortere eller lengre perioder. Dersom ansiennitet beregnes ut i fra faktisk arbeidstid risikerer kvinner derfor å få dårligere ansiennitet. Spørsmålet blir her om en skal legge til grunn faktisk arbeidstid, eller den skal beregnes forholdsmessig etter stillingsbrøken. EF-domstolen har slått fast at utgangspunktet er at det er den tid en har vært ansatt som skal være avgjørende for ansiennitet, og at faktisk arbeidstid kun kan legges til grunn dersom det foreligger saklig grunn til å forskjellsbehandle.⁶⁰

I sak C-196/02 Nikoloudi tok EF-domstolen stilling til hvorvidt det var saklig å legge til grunn faktisk arbeidstid ved beregning av ansiennitet. Det følger av avgjørelsen at hvorvidt den faktiske arbeidstid skal kunne legges til grunn, må bero på hvorvidt kvalifikasjonene til arbeidstakerne har sammenheng med hvorvidt en arbeider i hel eller halv stilling. Dersom det faktisk at en arbeidstaker arbeider halv stilling fører til at han er dårligere kvalifisert vil det dermed kunne være saklig formål til å legge vekt på faktisk arbeidstid ved beregning av lønnsansiennitet.

7.2 Resultater

Ombudet uttalte i sak 92/148 at permisjoner ut over de lovbestemte kunne trekkes fra ved beregning av ansiennitet. Nemnda har imidlertid ikke behandlet spørsmålet om hvorvidt en kan trekke fra i beregningen av ansiennitet for avtalte permisjoner ut over de som følger av likestl § 3, 2.ledd, 2.pkt

⁵⁹ Ot.prp.77(2000-2001)s.112

⁶⁰ C-243/95 Hill og Stapleton, se også C-196/02

En kan stille spørsmålet om en i praksis også oppstiller krav om at ansiennitet bare vil være lovlig begrunnelse for ulik lønn hvor ansiennitet innebærer at arbeidstaker er bedre kvalifisert.

Oslo tingrett behandlet i 2005 en sak av interesse, hvor tema var beregning av arbeidstid i forhold til likelønnsbestemmelsen⁶¹. Retten gikk her utenfor sin kompetanse fordi saken skulle vært behandlet av Arbeidsretten. Retten var likevel enig med nemnda sin konklusjon i forhold til det materielle spørsmålet. Spørsmålet var her om Braathens kunne ha ulike beregningsordninger (poenggrenser) for deltidsarbeidende piloter og kabinansatte. Braathens argumenterte med at utnyttelsesgraden av deltidsarbeidene kabinansatte var dårligere enn for piloter som arbeidet deltid, og at dette begrunnet en ulik beregning. Retten kom til at dette ikke var i overensstemmelse med det Braathens hadde uttalt om at beregningen ikke hadde noen reell arbeidstidsmessig effekt. Retten konkluderte derfor med at den ulike beregningen medførte en forskjellsbehandling av deltidsansatte piloter og kabinansatte som var i strid med § 3,4.ledd.

Av denne avgjørelsen ser vi at det vil være avgjørende hvorvidt ansienniteten har betydning for verdien for arbeidsgiver.

Faren for usaklig forskjellsbehandling taler også for at det må stilles krav til sammenheng mellom ansiennitet og økt verdi for arbeidsgiver. Ombudets uttalelse i sak 94/228 taler også i denne retning. Arbeidstakerne fikk her lønnsopprykk ut i fra ansiennitet. Arbeidsoppgavene ble ikke endret ved lønnsopprykket, og ansienniteten ble beregnet ut i fra hvor lenge en hadde arbeidet med et datasystem. Kvinnen hadde hatt omsorgspermisjon og derfor arbeidet mindre med datasystemet enn sin mannlige kollega. Ombudet konkluderte med at kvinnen hadde de nødvendige kvalifikasjoner, og at ansiennitet derfor ikke kunne begrunne ulik lønn.

7.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Begrunnelsen for å legge vekt på ansiennitet ved lønnsfastsettelsen er at det er et objektivt konstaterbart kriterium. Det oppfattes rettferdig mellom arbeidstakerne å legge vekt på ansiennitet.

Det fremgår av det foregående at både lovgiver og praksis stiller krav om at det må foreligge forholdsmessighet mellom ansienniteten og økt verdi dersom det er grunn til å tro at det ikke er sammenheng mellom disse.

⁶¹ Dom av 27.12.2005, saksnr. 03-020935TVI-OTIR/08

Ombudets praksis og ordlyden i § 3, 4.ledd tilsier også at dersom det er diskriminerende å legge vekt på ansiennitet kan det likevel være lovlig begrunnelse til ulik lønn dersom ansienniteten gir økt verdi for arbeidsgiver.

Praksis er dermed i overensstemmelse med lovgivers intensjoner i forhold til når ansiennitet lovlig kan begrunne ulik lønn.

I forhold til beregning av ansiennitet ser det ut til at en kun kan legge vekt på faktisk arbeidstid i motsetning til tiden en har vært ansatt, kun dersom vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt, jf § 3,4.ledd.

Det er ikke ulik beregning av ansiennitet som utgjør den største årsaken til dagens lønnsdiskriminering. Dersom en ikke tillater ansiennitet som begrunnelse for ulik lønn vil alternativet for arbeidsgiver kunne være mer skjønnsmessige kriterier ved lønnsfastsettelsen som vil medføre større fare for skjult diskriminering.

Dersom en skulle unngå at arbeidsgiver legger vekt på ansiennitet uten at ansienniteten har relevans for arbeidet, kunne en for eksempel angi i lovteksten at det må kreves sammenheng mellom arbeidstakers kvalifikasjoner, og økt verdi for arbeidsgiver.

8 Personlige egenskaper og kvaliteten på det utførte arbeidet

8.1 Målsetninger

Personlige egenskaper og utføring av stillingen er andre momenter som i følge lovgiver lovlig kan begrunne lønnsforskjeller.⁶²

Kvaliteten på det utførte arbeidet omfatter alt som knytter seg til utførelsen av arbeidet.

Flittighet, hurtighet, samarbeidsevne, fleksibilitet, og omstillingsevne kan for eksempel begrunne ulik lønn.

Spørsmålet også her blir for det første hvorvidt kvaliteten på det utførte arbeidet er et kjønnsnøytralt kriterium. Dersom det er direkte eller indirekte diskriminerende blir spørsmålet

⁶² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

om det foreligger saklig grunn til lønnsdifferensiering som er egnet, nødvendig og forholdsmessig som kan begrunne unntak fra likebehandlingsprinsippet, jf § 3,4.ledd

Kvaliteten på det utførte arbeidet er normalt en objektiv begrunnelse for ulik lønn fordi dette øker verdien for arbeidsgiver. Spørsmålet blir dermed hva som skal kreves av arbeidsgivers bevis for at kriteriet skal anees å være objektivt. Gode grunner taler for at en bør stille strenge krav til arbeidsgivers bevis hvor han anfører diffuse forhold som begrunnelse for ulik lønn. Faren for skjult diskriminering og fiktive begrunnelser er stor her, noe som tilsier at det må kreves konkrete omstendigheter som beviser de forhold arbeidsgiver påberoper seg.

På den andre siden er dette forhold som er vanskelig å overprøve. Hensynet til arbeidsgivers handlefrihet taler mot at en bør overprøve arbeidsgivers skjønn med hensyn til de ansattes egenskaper. På den andre siden vil det for arbeidsgiver kunne være vanskelig å føre bevis for slike uklare forhold. Ut i fra bevisbyrden og kravet om forholdsmessighet bør det for eksempel kreves en merkbar forskjell i personlige egenskaper, jf § 3, 4.ledd Det kan dermed ikke være tilstrekkelig at arbeidsgiver ”synes” at den ene gjør en bedre jobb og er mer fleksibel.

Kreativitet, selvstendighet, ærlighet og talent er eksempler på egenskaper som vil være vanskelig for arbeidsgiver å føre bevis for.

I sak C-109/88 Danfoss fra EF-domstolen behandlet en spørsmålet om lønnsforskjeller mellom kvinner og menn var lovlige under henvisning til fleksibilitet. Under saken kom det frem at arbeidsgiveren med henvisning til fleksibilitet foretok en samlet vurdering av kvaliteten på det utførte arbeidet.⁶³

Domstolen kom til at så lenge en bruker fleksibilitet til å honorere kvaliteten på det utførte arbeidet er det å anse som kjønnsnøytralt. Videre blir det presisert at dersom momentet derimot brukes om forventet innsats slik at kvinnelige arbeidstakere systematisk får dårligere lønn ut i fra deres evne til å tilpasse seg skiftende arbeidstid og sted, kan det ikke anees som kjønnsnøytralt. Bakgrunnen for et slikt standpunkt er at kvinner ofte på grunn av omsorgsoppgaver ikke har samme mulighet til å tilpasse arbeidstiden som menn har.

Domstolen presiserte også at kompetanse bare kan begrunne ulik lønn dersom arbeidsgiver beviser at kompetansen er relevant for stillingen.⁶⁴

⁶³ Premiss 18

⁶⁴ Premiss 22

Hva som er relevant for stillingen må også bero på en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak. Dersom en ingeniør har ekstraputdannelse innenfor personal, ledelse eller økonomi vil det for eksempel være relevant dersom stillingen innebærer personalansvar eller budsjettansvar. Ut i fra bevisbyrden er det opp til arbeidsgiver å bevise at kompetanse som begrunnelse på ulik lønn er relevant for de konkrete arbeidsoppgaver.

Forventet innsats som begrunnelse for lønnsforskjeller vil også i andre tilfeller som oftest være usaklig.

Problemet med en lønnsfastsettelse ut i fra forventet innsats er at det er vanskelig å begrunne lønnen ut i fra faktorer som en på ansettelsestidspunktet ikke kan vite noe om. Dersom forventet innsats skulle kunne begrunne ulik lønn ville faren for usaklig forskjellsbehandling bli stor. En arbeidstakers innsats kan først vurderes under oppfyllelsen av arbeidsavtalen.

EF-domstolens standpunkt i sak C-381/99 Brunnhofer taler også i denne retning. En sammenlignet her en kvinnelig ansatt i en bank med en mann som fikk et personlig tillegg som gjorde at han fikk høyere lønn. Banken begrunnet forskjellen med forventninger om at mannen kunne arbeide med storkunder og ha fullmakt til å binde banken.

Domstolen uttalte at det ikke vil være objektivt og kjønnsnøytralt å begrunne lønnsforskjeller med forventninger om kvaliteten til arbeidstakernes prestasjoner. En kan altså ikke bruke kvaliteten på det ”utførte” arbeidet som begrunnelse for lønnen slik den er fastsatt ved ansettelsen, altså før en arbeidstaker har tiltrådt stillingen.⁶⁵

En presiserte også her at det er resultater ved arbeidet som kan begrunne ulik lønn, og at nødvendig kompetanse og andre kjennetegn ved stillingen må vurderes under arbeidets verdi.

Avgjørelsen viser at de forhold som anføres som begrunnelse for ulik lønn må være til stede på det tidspunkt da lønnen fastsettes. Dersom det da foreligger et objektivt konstaterbart forhold, for eksempel relevant ekstraputdannelse, eller erfaring da arbeidstaker ansettes, vil det kunne forsvare lønnsforskjellen.⁶⁶

Kompetanse ut over den som er nødvendig for stillingen kan begrunne ulik lønn⁶⁷.

⁶⁵ Premiss 76

⁶⁶ Byrial R Bjørst, *Ligeløn*, s. 361

⁶⁷ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.58

Ved vurdering av kompetansen må en dermed først ta stilling til hva som skal regnes som nødvendig kompetanse. Det er ikke tvilsomt at formell utdannelse regnes som nødvendig og dermed under arbeidets verdi. Spisskompetanse omfatter spesialiseringer innenfor bestemte områder, noe som ofte kreves for en spesiell stilling. Det er vanskelig å si noe generelt om hvorvidt spisskompetanse kan begrunne ulik lønn, fordi det vil bero på stillingens karakter. Generelt vil det være av betydning hvilken kompetanse arbeidsgiver etterspør og ønsker i stillingsannonsen. Dersom ledererfaring for eksempel er ønskelig til stillingen, vil dette være et moment for å anse kompetansen som egenskaper ved stillingen og ikke ved arbeidstakeren.

Kompetanse som er ”nødvendig” for stillingen skal altså vurderes under hvorvidt arbeidet er av lik verdi, mens kompetanse ut over den som knytter seg til stillingen kan begrunne ulik lønn forutsatt at arbeidsgiver godtgjør at kompetansen er relevant for stillingen. Kompetanse som begrunnelse vil dermed kunne være saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf § 3.4.ledd.

8.2 Resultater

Kvaliteten på det utførte arbeidet og andre personlige egenskaper blir sjelden påberopt som begrunnelse på lønnsforskjeller for nemnda.

Dette kan delvis skyldes at en er redd for at en ikke har tilstrekkelige bevis som tilsier at det er grunnlag for å lønne ulikt, jf målsetninger.

Nemnda behandlet i sak 13/2006 spørsmålet om ulik kompetanse og erfaring kunne begrunne ulik lønn.⁶⁸ En sammenlignet her lønnen til tre plan- og utviklingskonsulenter i et helseforetak, og kom til at den mannlige arbeidstakerens erfaring og utdanning var kjønnsnøytral begrunnelse for ulik lønn. Nemnda begrunnet resultatet med at den mannlige arbeidstakeren var særlig kvalifisert til stillingen, og at var det nødvendig for arbeidsgiver å bruke lønn som virkemiddel for å få han til å ta jobben.

8.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Personlige egenskaper og kvaliteten på det utførte arbeid er vanskelig å etterprøve, og stiller nemnda ovenfor særlige spørsmål i forhold til hva som skal kreves av bevis fra arbeidsgiver.

⁶⁸ Se også sak 30/2005

Fordi faren for usaklig forskjellsbehandling er stor her bør det stilles strenge krav til arbeidsgivers bevis for sammenhengen mellom kvalifikasjonene og økt verdi.

Dersom en skulle ta stilling til hvorvidt kvaliteten på det utførte arbeidet er kjønnsnøytralt er det for det første ikke tvilsomt at det kun er det utførte arbeidet det er adgang til å belønne, og ikke forventninger om en arbeidstakers innsats eller egenskaper, jf EF-domstolens uttalelser.⁶⁹ For det andre er det kun egenskaper ved arbeidstaker som kan anføres som begrunnelse for ulik lønn. Egenskaper og kompetanse som er nødvendig for stillingen skal kun trekkes inn under vurderingen av arbeidets verdi, jf pkt 5.2.1 om kompetanse.

Det foreligger lite praksis hvor en begrunner lønnsforskjeller ut i fra arbeidstakernes kvalifikasjoner. En må likevel kunne gå ut i fra at nemnda ville stille krav om sammenheng mellom arbeidstakers kvalifikasjoner og økt verdi for arbeidsgiver slik en har gjort for ansiennitet.

Den praksis som foreligger ser ut til å samsvare godt med lovgivers intensjon for når kvaliteten på det utførte arbeidet og personlige egenskaper kan begrunne ulik lønn.

9 Særlig om markedsverdi

9.1 Målsetninger

9.1.1 Generelt

Jeg vil her stille spørsmålet om når lovgiver har ment at markedsverdi lovlig kan begrunne ulik lønn.

Det er markedsargumentet som har fått mest oppmerksomhet i norsk likelønnsdebatt fordi det har blitt anført som begrunnelse i de fleste innklagede likelønns sakene for nemnda. Markedet har i de fleste sakene blitt akseptert som objektivt og kjønnsnøytral begrunnelse.

Mye av problemet med markedsargumentet synes å være usikkerheten rundt hvilke kriterier som skal kreves for at markedet skal kunne sies å fungere på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn. Markedsverdi er dermed av særlig interesse fordi det ikke kan sies å være rettslig avklart når markedet vil begrunne lønnsdifferensiering.

⁶⁹ Sak C-381/99, Brunnhofer

9.1.2 Fungerer markedet på samme måte for kvinner og menn?

Hvorvidt det vil være lovlig å legge vekt på markedsverdi ved lønnsfastsettelsen må ut i fra ordlyden bero på i hvilken grad markedsverdien virker på ”samme måte” for kvinner og menn, jf § 5, 1.ledd.

Lovgiver forutsetter i forarbeidene at markedet vil kunne slå ulikt ut for kvinner og menn, og presiserer derfor at slike forhold ikke skal vurderes under arbeidets verdi.⁷⁰

Lønn fastsettes normalt i markedet som et resultat av forholdet mellom tilbud og etterspørsel. Dersom markedet fungerer på samme måte for kvinner og menn, og fører arbeidskraften dit hvor det er behov for den vil det være kjønnsnøytralt. Lønnsforskjeller vil således kunne være nyttige ut i fra et samfunnsmessig perspektiv.

Et eksempel kan illustrere den kjønnsnøytrale delen av markedsmekanismen. Dersom nye metoder innen helsesektoren førte til at det ikke lengre var behov for sykepleiere ville lønningene for denne yrkesgruppe gå ned. En ville dermed kunne tilby en dårligere lønn fordi det var lett å skaffe arbeidskraft, og stor konkurranse om stillingene.

I slike tilfeller vil det ikke være tvil om at markedsverdien ikke har sammenheng med kjønn, og en må også da kunne si at den fastsettes på samme måte for kvinner og menn. Lønnen stiger normalt dersom det er mangel på arbeidskraft, og synker i bransjer som har for god tilgang på arbeidskraft.⁷¹

Problemet er de tilfeller der markedet ikke rammer kvinner og menn på samme måte. Marked kan i slike tilfeller sees på som et resultat av flere faktorer enn tilbud og etterspørsel. Blant annet vil faktorer som tradisjon, arbeid i hjemmet og historie, være med på å påvirke etterspørselen og dermed markedsverdien av en yrkesgruppe.

Markedet vil dermed fastsette lønn på samme måte for kvinner og menn bare dersom det ikke er et resultat av diskriminerende forhold.

⁷⁰ Ot.prp.77(2000-2001)s.61

⁷¹ Hege Brækhus, *Likelønn-markedslønn*, i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholdt og Dag Michalsen, ”Arbeid og rett”, s 94

Bestemmelsen i § 5 er ment å korrigere den måten markedet fastsetter lønnen på. Dersom markedet var utelukkende kjønnsnøytralt hadde det ikke vært behov for slike korrigerende rettsregler.

Markedslønn står i et motsetningsforhold til likelønn i forhold til den generelle verdsetting av kvinne - og mannsyrker. Dette blir en konsekvens av at kvinneyrker tradisjonelt har vært priset lavere enn mannsdominerte yrker⁷². Når en påberoper seg markedsverdi som begrunnelse for lønnsforskjeller i det offentlige blir dette en skjev sammenligning fordi det offentlige har tilnærmet monopol som arbeidsgiver i offentlig sektor for kvinneyrker. Markedsmekanismen er dermed for en stor del satt ut av kraft.⁷³

Menn utgjør bare 30% av de ansatte i offentlig sektor⁷⁴. Disse har som oftest et konkurrerende privat marked som bidrar til å presse opp lønnsnivået i offentlig sektor. Det finnes ikke noe konkurrerende marked for de typiske kvinneyrker. Alternativet for kvinner blir ofte det å ikke ha noen jobb. Det er et kjent faktum at dersom det er rekrutteringsproblemer for sykepleiere, førskolelærere eller andre kvinnedominerte yrker løser arbeidsgiver disse problemer ved å ansette ufaglært arbeidskraft. For mannsdominerte yrkesgrupper er det derimot vanlig praksis å heve lønnen for de yrker med rekrutteringsproblemer. Dette som en konsekvens av at deres arbeidskraft er konkurranseutsatt.

Markedet rammer dermed kjønnskjevtt hvor det offentlige sitter i en tilnærmet monopolsituasjon, og en får derfor ulike normer for fastsetting av lønn for kvinner og menn.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver som en følge av styringsretten velger hvilken lønn de ansatte skal få. Gode grunner taler for at arbeidsgiver selv fritt skal få fastsette lønnen. Arbeidsgiver har risikoen for at bedriften skal gå bra, noe som tilsier at han burde kunne bruke lønn som virkemiddel i kampen om den best kvalifiserte arbeidskraften. Hensynet til den kollektive og individuelle forhandlingsfriheten er sentralt innenfor arbeidsretten. Likestillingsloven er likevel ufravikelig, noe som innebærer at partene ikke kan avtale seg bort fra reglene selv om de er enige.

⁷² Sak 18/2004, s. 4

⁷³ NOU 2008:6 Kjønn og lønn, s.152 og s. 185

⁷⁴ NOU 2008:6 s. 25

9.1.3 Sterkere vern som følge av lovendringen i 2002

Ulik verdsetting av kvinne og mannsdominerte yrker er utbredt, noe som tilsier at det bør stilles strenge krav til arbeidsgivers bevis, dersom han anfører at lønnsforskjellen ikke skyldes kjønn, og en sammenligner typiske kvinneyrker og mannsyrker.

I forarbeidene til likelønnsbestemmelsen uttales det om likelønnsregelens anvendelse: ”også årsakene til lønnsforskjellene må derfor etter departementets syn trekkes inn i den totalvurdering som er nødvendig for å fastslå om det foreligger forskjellsbehandling som omfattes av likelønnsregelen.”⁷⁵

Av dette ser vi at en forutsetning for at markedsverdi skal ansees kjønnsnøytral er at ikke årsaken til markedsverdien er indirekte eller direkte diskriminerende. Markedsverdien vil dermed ikke være lovlig grunn til ulik lønn hvor den for eksempel skyldes ulik verdsetting av kvinneyrker og mannsyrker, eller andre historiske årsaker.

Lovgiver forutsetter altså at en ikke utelukkende kan se hen til situasjonen da lønnsammenligningen foretas, men at en også må se på hvordan situasjonen tradisjonelt har vært med hensyn til typiske kvinneyrker og typiske mannsyrker⁷⁶.

Det avgjørende for hvorvidt det kan gjøres unntak fra forbudet mot diskriminering er for det første om en opprettholdelse av lønnsforskjellene vil være saklig begrunnet. For det andre må ulik lønn samtidig være et egnet, nødvendig og forholdsmessig middel for å nå formålet, jf likestl § 3,4.ledd.

Markedsverdi kan imidlertid kun i ”særlige tilfeller” være grunn til å lønne arbeidstakere forskjellig, jf § 3, 4.ledd. Det avgjørende i denne vurderingen i forhold til markedsverdi må i følge lovgiver være i hvilket omfang det er mangel på søkere, og om det er nødvendig å bruke lønn som virkemiddel⁷⁷.

Å rekruttere eller beholde kvalifisert arbeidskraft vil normalt ut i fra hensynet til arbeidsgivers virksomhet ansees som saklig. Markedsverdi er som vist ovenfor ikke nødvendigvis kjønnsnøytral selv om det foreligger konkrete rekrutteringsproblemer. Dersom det for eksempel foreligger konkret mangel på arbeidskraft, og det ikke finnes andre mindre

⁷⁵ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.39

⁷⁶ Ibid

⁷⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

inngripende måter å få tak i denne på vil ulik lønn måtte ansees som nødvendig. I forholdsmessighetsvurderingen må en ta stilling til hvorvidt lønnsdiskriminering er uforholdsmessig inngripende.

I denne vurderingen må likebehandlingsprinsippet og antidiskrimineringsprinsippet vurderes opp mot virksomhetens behov for å bruke høy lønn som virkemiddel.

Ut i fra ordlyden i unntaksbestemmelsen er det ikke tvilsomt at likestillingshensyn skal veie tyngre enn markedshensyn. Det kan derfor ikke være tvilsomt at arbeidsgivers behov for å bruke ulik lønn må være av en betydelig størrelse for at prinsippet om likebehandling må vike. Hvorvidt det er snakk om forbigående eller langvarige rekrutteringsproblemer vil for eksempel kunne være et moment i vurderingen.

En må vurdere hvorvidt behovet for å bruke lønn som virkemiddel kunne vært dekket på andre måter. At en stiller krav om konkrete omstendigheter tilsier at omstendighetene må være etterprøvbare, og at det må foreligge materiale som viser at det foreligger mangel på den aktuelle arbeidskraften. Slikt materiale kan for eksempel være søkerlister eller møtereferater som omhandler og vitner om rekrutteringsproblemer.

I 2002 ble loven endret slik at en kunne sammenligne stillinger på tvers av fag og tariffavtaler. Denne innskjerpingen medførte at markedsargumentet fikk større oppmerksomhet fordi loven fikk anvendelse på områder som tidligere var regulert av markedet.⁷⁸

Lovendringen hadde til hensikt å veie opp for og motvirke den lave verdsettingen av kvinneyrkene⁷⁹. Lovgiver presiserer at verdsettingsdiskriminering innebærer at: *”lønnforskjellene i stor grad følger det kjønnsdelte arbeidsmarkedet: Kvinnedominerte områder som for eksempel omsorgssektoren, har jevnt over lavere lønnsnivå enn tilsvarende mannsdominerte områder...”*

Det faktum at en strammet inn bestemmelsen slik at den også omfattet ulik verdsetting av kvinneyrker og mannsyrker tilsier at en ønsket å skjerpe vernet mot indirekte diskriminering. Ulike fag vil naturligvis ha ulik markedsverdi, og dersom ulik markedsverdi var en

⁷⁸ Hege Brækhus, *Likelønn-markedslønn*, i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholdt og Dag Michalsen, *Arbeid og rett*, s.96

⁷⁹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.58

utelukkende kjønnsnøytral begrunnelse ville en ikke ha behov for utvidelse av likelønnsbestemmelsen til å omfatte ulik lønn på tvers av fag.

Bakgrunnen for utvidelsen av vernet mot lønnsdiskriminering var at bestemmelsen slik den var, ikke samsvarte med Norges internasjonale forpliktelser, jf ILO nr.100, og Kvinnekonvensjonen art.11(1)d. Endringen medførte at en måtte vurdere om praksis var i overensstemmelse med gjeldende rett.⁸⁰

Lovgiver viste også til at *”det er et formål med likestillingsloven å endre tradisjon, strukturer og praksis som innebærer forskjellsbehandling.”*⁸¹

Uttalelsen viser at en gjennom den rettslige reguleringen i likestillingsloven ønsket å ramme ulik markedsverdi, hvor denne er et resultat av andre faktorer enn tilbud og etterspørsel.

Videre følger det at *”departementet ikke ønsker å lovfeste eller endre de prinsipper som er utviklet i norsk eller EF-rettslig praksis i relasjon til vektlegging av individuelle forhold, markedsverdi og forhandlinger i lønnsfastsettelsen. Departementet vil overlate til praksis å utvikle disse prinsippene.”*⁸²

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor lovgiver kom med en slik presisering. Noe av bakgrunnen kan ligge i at en er av den oppfatning at håndhevingsorganene allerede har utviklet prinsipper med hensyn til denne vurderingen, eller at en vil kunne utvikle generelle prinsipper. Hva som vil være lovlig vil imidlertid bero på en helhetsvurdering ut i fra de konkrete forhold i den enkelte sak, og det kan dermed ha vært vanskelig å si noe generelt om vektlegging av individuelle forhold.

Hvor en begrunner lønnsforskjeller med markedsverdi ut i fra rekrutteringsproblemer kan en stille spørsmål om hvorvidt det må kreves at en arbeidstaker har truet med å si opp og velge en annen arbeidsgiver dersom han ikke får høyere lønn.

Hensynet til fornuftig personalpolitikk taler mot at en stiller dette vilkår for at lønnsforskjellen skal være lovlig. Å stille dette vilkår vil kunne føre til dårlig arbeidsmoral hos de ansatte.

Dersom arbeidsgiver anfører at det forligger rekrutteringsproblemer, og dette faktisk er tilfelle bør det ikke være problematisk for arbeidsgiver å legge frem annen dokumentasjon som kan bevise dette forhold.

⁸⁰ Hege Brækhus, *Likelønn*, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher, *Diskriminerings - og likestillingsrett*, s.229

⁸¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

⁸² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

EF-domstolen vurderte i sak C-127/92 Enderby markedsmomentet som begrunnelse for lønnsforskjeller.

I denne saken sammenlignet en lønnen mellom talepedagoger og farmasøyter. En behandlet her spørsmålet om det var lovlig grunn til forskjellsbehandling at det var mangel på søkere til en funksjon, og at høy lønn var nødvendig for å tiltrekke seg søkere.

Domstolen presiserte først at det vil være opp til den nasjonale rett å bedømme de faktiske omstendigheter i forhold til arbeidsgivers begrunnelse dersom denne stiller kvinner dårligere enn menn. Et annet sentralt moment vil i følge domstolen være hvorvidt arbeidsmarkedet har spilt en tilstrekkelig viktig rolle i lønnsfastsettelsen til at det lovlig kan begrunne hele eller deler av lønnsforskjellen.⁸³

En må altså vurdere den faktiske årsaken til ulik markedsverdi.

Forholdene på arbeidsmarkedet kunne i følge domstolen gi arbeidsgiver grunn til å øke lønnen for å tiltrekke seg etterspurt arbeidskraft, men vurderingen av en slik faktors betydning for omstendighetene må vurderes konkret.⁸⁴

Også her presiserte en at hvorvidt det er mangel på arbeidskraft blir avgjørende for hvorvidt lønnsforskjellene er lovlige eller ikke, og at det kun er konkrete omstendigheter som mangel på arbeidskraft som lovlig kan begrunne lønnsforskjeller.

Dersom markedet rammer kjønnskjevnt må arbeidsgiver dermed bevise at det er nødvendig å la markedshensyn gå foran ut i fra virksomhetens behov for å bruke lønn som virkemiddel.

Dette viser at det ikke er tilstrekkelig med en henvisning til årsakene til lønnsforskjellene, men at det diskriminerende resultat skal begrunnes, og vurderes ut i fra de konkrete forhold på arbeidsmarkedet.

⁸³ Premiss 28

⁸⁴ Premiss 26

9.2 Resultater

9.2.1 Generelt

Jeg vil her stille spørsmålet om hvordan en i praksis vurderer markedsverdi som begrunnelse for lønnsforskjeller.

Markedsmomentet er den begrunnelse som oftest har blitt anført som begrunnelse for lønnsforskjeller for nemnda, og i de fleste saker konkluderer den med at markedsverdien er en kjønnsnøytral begrunnelse.

9.2.2 Hva kan leses ut av avgjørelsene fra Nemnda?

Nemnda har i flere saker godtatt lønnsforskjeller på grunn av ulik markedsverdi, men pålagt arbeidsgiver å utjevne lønnsforskjellene over tid⁸⁵. Det at nemnda forutsetter at lønnsforskjellene må utjevnes over tid er en indikasjon på at en ikke godtar markedet som kjønnsnøytralt. Dersom markedet var likt for kvinner og menn ville en ikke pålagt arbeidsgiver å utjevne forskjellene fordi det da ville vært en lønnsforskjell som skulle være der. Nemnda godtar dermed ikke egentlig lønnsforskjellene som lovlige, men fraskriver seg ansvaret for å gjøre noe med disse. En kan dermed si at den i disse tilfeller konkluderer med at det foreligger en ”uegentlig lovlig lønnsdifferensiering”.

I sak 2/2001 ble arbeidsgiver pålagt å sannsynliggjøre at det forelå konkrete omstendigheter som gjorde det nødvendig å bruke lønn som virkemiddel. En sammenlignet her en kvinnelig sykepleierkonsulent med en mannlig ingeniør ved et kommunikasjonscenter ved et sykehus. Nemnda kom til at arbeidsgiver ikke hadde lagt frem opplysninger som lovlig begrunnet lønnsforskjellen. En trakk frem at det måtte stilles strenge krav til arbeidsgivers bevis her fordi det burde være enkelt å skaffe til veie dokumentasjon fra ansettelsesprosessen. Avgjørelsen viser at arbeidsgiver må legge frem etterprøvbart materiale som viser at det er mangel på arbeidskraft dersom markedsverdi skal ansees som kjønnsnøytral.

Et annet eksempel er sak 1/2002. Her brukte nemnda hensynet til fornuftig personalpolitikk som avgjørende moment for at en ikke kunne stille som vilkår for lovlig lønnsforskjeller at noen truet med å si opp stillingen dersom de ikke fikk beholde den høye lønnen. En konkluderte her med at det ikke kunne stilles som vilkår at de ansatte ville ha sluttet i

⁸⁵ Nemnda, sak 3/2004, sak 18/2004, sak 11/1998

stillingen. Lønnsforskjellen ble dermed ansett som lovlig på grunnlag av et generelt press på lønnen til den aktuelle yrkesgruppen. Denne saken ble behandlet før lovendringen i 2002, og det er dermed tvilsomt om det ”generelle presset” på lønnen til en yrkesgruppe ville blitt akseptert som kjønnsnøytralt etter dagens rettstilstand.

Lovgivers uttalelser i tilknytning til lovendringen i 2002 gjør det nå klart at det ikke er tilstrekkelig med en generell henvisning til stor mangel på arbeidskraft.⁸⁶

I sak 5/2002, altså etter lovendringen kom nemnda til at rekrutteringsproblemene ikke var konkrete. Forholdet var her lønnsforskjeller mellom tre kvinnelige aktivtører og en mannlig håndverker ved Engelsvoll psykiatriske senter i Rogaland. En viste her til at selv om markedslønnen generelt sett var noe høyere for den ene yrkesgruppen forelå det ikke opplysninger som tilsa at lønnsforskjellen hadde betydning for rekrutteringen til denne yrkesgruppen. Mindretallet argumenterte med at en generell mangel på en type arbeidskraft måtte være tilstrekkelig til å bruke lønn som virkemiddel.

Nemnda presiserte her at det forhold at lønnen er fastsatt i samsvar med tariffavtale ikke i seg selv er lovlig begrunnelse for lønnsforskjeller.

I tilsvarende saker før lovendringen ble en generell henvisning til markedsverdi på grunn av ulike fag god tatt.

Det kan i den overnevnte avgjørelsen om Engelsvoll se ut til at en strammet noe inn etter lovendringen i forhold til hvilke krav som stilles til markedsargumentet for at det skal ansees som kjønnsnøytralt.

Nemnda godtok igjen generelle rekrutteringsproblemer i sak 18/2004. En sammenlignet her lønnen til en sosialkonsulent og en barnevernsleder med lønnen til ingeniører i kommunen. Flertallet kom til at markedsverdien av ingeniørenes arbeidskraft var kjønnsnøytralt og at lønnsforskjellene dermed var lovlige. Begrunnelsen for et slikt resultat var at kommunen hadde bevist et generelt press på lønnen til ingeniørene, og at rekrutteringshensyn tilsa at lønn dermed var nødvendig for å få tak i kvalifisert arbeidskraft.

Nemnda påla her arbeidsgiver å utjevne lønnsforskjellene over tid.

⁸⁶ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

Dissensen trakk fram det samme som lovgiver uttrykte i forarbeidene, nemlig at åpningen for en sammenligning på tvers av fag i 2002 må ha betydning for hvorvidt markedsmomentet er kjønnsnøytralt eller ikke, og at lovendringen i motsatt fall ville bli illusorisk. Det ble pekt på at en i akuttsituasjoner måtte kunne bruke lønn som virkemiddel fordi dette er eneste mulighet en arbeidsgiver har for å få tak i kvalifisert arbeidskraft, men at det i denne saken ikke var en slik akuttsituasjon.

9.2.3 Aftenposten-saken

I sak 17/2006 behandlet nemnda lønnsforskjellen mellom en seniorkonsulent og en typograf i Aftenposten. Her ble markedsargumentet indirekte brukt som begrunnelse for forskjellene.

En viste til at det var historiske årsaker og ulik forhandlingsstyrke som var årsaken til lønnsforskjellen. En tok imidlertid ikke direkte stilling til om lønnsforskjellene var ulovlige, fordi lønnsforskjellen var utjevnet da saken ble behandlet. Avgjørelsen ble anket inn for domstolene. Oslo tingrett⁸⁷ opphevet avgjørelsen fra nemnda fordi den gjorde feil da de la til grunn lønnen slik den var da saken ble behandlet. Spørsmålet var om lønnsforskjellene slik de forelå da saken ble klaget inn var i strid med likestillingsloven. Saken ble deretter anket til Lagmannsretten hvor en kom til samme resultat som i Tingretten. Dette innebærer at ombudets avgjørelse om at lønnsforskjellen er i strid med loven blir stående.

Uttalelser i nemndas avgjørelse taler imidlertid for at lønnsforskjellene på tidspunktet da saken ble klaget inn var i strid med likestillingsloven. Den viste også til at intensjonen bak lovendringen i 2002 var å *”ramme den lønnsulikhet som tradisjonelt grunner seg på ulik verdsetting av kvinne - og mannsyrker”*⁸⁸

En uttalte at lønnsforskjeller begrunnet i historiske forhold ville normalt kunne være saklige, men en slik begrunnelse tidligere har vært godtatt som en kjønnsnøytral begrunnelse. På den andre siden presiseres det at det vil være begrenset hvor lenge en slik ulikhet vil kunne fortsette uten å stride mot grunnleggende likestillingsprinsipper. En peker også på at det vil være betenkelig ut i fra likestillingsperspektiv å legge vekt på tidligere oppnådde fordeler for mannsdominerte yrker⁸⁹.

⁸⁷ TOSLO-2007-77419

⁸⁸ sak 17/2006, s.9

⁸⁹ sak 17/2006, s.8

Vi ser at nemnda i utgangspunktet ikke godtar at eksisterende lønnsforskjeller opprettholdes på grunn av ulik forhandlingsstyrke.

Ombudet hadde før saken ble klaget inn for nemnda konkludert med at lønnsforskjellene var indirekte diskriminerende. Det ble lagt vekt på at unntaksbestemmelsen fra forbudet mot indirekte diskriminering bare skal anvendes i ”særlige tilfeller”, og at det dermed skal mye til for at vilkårene i unntaksbestemmelsen i §3,4.ledd er oppfylt.⁹⁰

Det vistest også til forarbeidene til lovendringen hvor det presiseres at det er et ”*formål med likestillingsloven å endre tradisjon, strukturer og praksis som innebærer forskjellsbehandling.*”⁹¹

Ombudet fant at det ikke forelå omstendigheter som kunne tilsi at lønn var et nødvendig virkemiddel, og en fant det dermed uforholdsmessig å opprettholde en slik lønnspraksis. Avgjørelsen fra ombudet og uttalelsen fra nemnda viser at en ikke godtar markedsverdi som begrunnelse for ulik lønn når denne skyldes diskriminerende årsaker som tradisjon og ulik forhandlingsstyrke.

9.2.4 Harstad-saken

Ombudet behandlet i sak 06/1834 spørsmålet om lønnsforskjeller mellom avdelingssykepleiere og ingeniører i Harstad kommune var i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3. En kom her til at det forelå indirekte diskriminering, og at en opprettholdelse av lønnsforskjellene var uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet med lønnsforskjellene. Formålet med lønnsforskjellene var å beholde de kvalifiserte ingeniører, og å rekruttere ingeniører til kommunen.

Ombudet la vekt på at kvinner tilhører en yrkesgruppe som ikke har den samme markedsposisjon som ingeniørene, jf. uttalelsen s. 10, ”*Ombudet viser til at ingeniørenes markedssituasjon er vesensforskjellig fra sykepleiernes, ettersom ingeniørene ofte kan søke seg til arbeid i private bedrifter dersom kommunen ikke har konkurransedyktige betingelser. Sykepleierne har ikke de samme mulighetene ettersom det er færre private virksomheter på deres felt.*”

⁹⁰ Ombudets uttalelse i ”Klagesak om avlønning av typograf og konsulent”, s.8

⁹¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

Det synes å være denne skjevheten som fører til at markedsmomentet her ikke ble ansett som kjønnsnøytralt fordi markedet systematisk fører til at sykepleierne kommer dårligere ut enn menn.

Ombudet konkluderte med at lovens ordlyd, og lovendringen i 2002 talte for at lovgiver mente at slike lønnsforskjeller ikke skulle være lovlige. Videre ble det pekt på at utvidelsen av anvendelsesområdet for § 5 ikke ville ha betydning dersom en skulle akseptere ulik lønn som skyldes ulike markedsposisjoner.

Saken ble anket inn for nemnda⁹². Flertallet kom til at den ulike avlønningen ikke var i strid med likestillingsloven. Begrunnelsen for dette resultat var at ingeniørene hadde opparbeidet en spisskompetanse, som var vanskelig å erstatte for kommunen, og at det var vanskelig å rekruttere og beholde ingeniører generelt.

Det kan dermed dels se ut som om nemnda konkluderer slik den gjør ut i fra ingeniørenes kompetanse, og dels ut i fra rekrutteringsproblemer. Dersom ingeniørene i Harstad kommune hadde en relevant kompetanse ut over den nødvendige skulle det tilsi at disse var høyere lønnet enn ingeniører generelt. Det finnes ingen holdepunkter for at dette var tilfellet for ingeniørene i Harstad kommune.

Kompetanse som er nødvendig for stillingen er i følge forarbeidene et objektivt moment som skal vurderes under spørsmålet om arbeidet er av lik verdi⁹³. I denne saken foreligger imidlertid ikke spisskompetansen da ingeniørene ansettes, noe som tilsier at kompetansen verken kan ansees å være nødvendig for stillingen, og heller ikke begrunne ulik lønn fordi den ikke var til stede da lønnen ble fastsatt.

Anførselen fra kommunens side gikk ut på at, jf ”*Høy lønn var nødvendig for å rekruttere og beholde de aktuelle fagkoordinatorene.*”⁹⁴. Det var da denne begrunnelsen nemnda skulle ta stilling til.

Nemnda viser til at det i forarbeidene presiseres at likestillingsloven ikke er ment å brukes til en generell oppjustering av lønn for hele yrkesgrupper.

Likelønsregelen gir et individuelt vern som er avhengig av at arbeidstaker som mener seg diskriminert klager saken inn for håndhevningsorganene. I forarbeidene uttales det at:

⁹² sak 23/2008

⁹³ NOU 2008:6 kjønn og lønn, pkt 7.3.1, Ot.prp.nr. 77(2000-2001)s. 61

⁹⁴ Sak 23/2008, s. 7

”En avgjørelse om at to arbeid er av lik verdi, og at det må skje en justering av lønnen for ett av arbeidene, vil altså ikke få direkte betydning for alle arbeidstakere med tilsvarende arbeid, men kun for arbeidstakerne som er sammenlignet i den konkrete saken.”⁹⁵

Det var ingen anførsler om oppjustering av en hel yrkesgruppe i denne saken. Det som er spørsmålet for nemnda er om de to avdelingssykepleiernes lønn skal oppjusteres.

Dette argumentet fra nemnda gir dermed liten mening.

Nemnda viser videre til at spørsmålet om hvordan lønnsforskjellene skal utjevnes er under politisk behandling og viser til NOU 2008:6 Kjønn og lønn. Det virker dermed som om en ikke ønsker å ta tak i disse problemene. Utredningen foreslår imidlertid en konkret oppjustering av lønnen til kvinner i offentlig sektor. Dette skulle tvert i mot tale for at lønnsforskjellene i Harstad-saken er i kjerneområdet for likelønnsproblemet, og at de da ikke kan være lovlige.

Mindretallet i Harstad-saken kom imidlertid til at markedshensyn ikke kunne godtas som kjønnsnøytral begrunnelse i denne saken, og viste til at det her er snakk om typiske mannsdominerte og kvinnedominerte yrker. Å vektlegge markedshensyn ville i følge mindretallet dermed ramme kjønnskjevt.⁹⁶

9.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Markedsverdien fungerer som vist sjelden på samme måte for kvinner og menn fordi markedet påvirkes av andre faktorer enn tilbud og etterspørsel.⁹⁷

Verdien på arbeidskraften avhenger som nevnt ovenfor i stor grad av tradisjon, historie og hvorvidt arbeidskraften er konkurranseutsatt eller ikke.

Min gjennomgang ovenfor viser at nemnda ofte kommer til at markedsverdi er lovlig begrunnelse til ulik lønn til tross for at markedet i mange tilfeller fører til at kvinner systematisk stilles dårligere enn menn.

⁹⁵ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.59

⁹⁶ Sak 23/2008,s.15

⁹⁷ Hege Brækhus, *Likelønn-markedslønn*, i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, og Dag Michalsen(red) ”Arbeid og rett”,s.94

Sakene illustrerer i stor grad kompleksiteten og usikkerheten rundt markedsmomentet som begrunnelse på lønnsforskjeller. Avgjørelsene viser også at det er skjønsmessige vurderinger som må foretas, og at nemnda har et stort ansvar med hensyn til endring av diskriminerende praksis, og klargjøring av rettstilstanden. Ut i fra formålet med diskrimineringsforbudet og de eksisterende lønnsforskjeller kan det synes betenkelig at nemnda i så mange saker finner at lønnsforskjellene er lovlige.

Usikkerheten rundt markedsargumentet viser etter mitt skjønn at mye av problemet er at en ikke har funnet frem til gode nok kriterier for vurderingen av markedet.

Lovgiver trekker frem at det avgjørende må være hvorvidt det foreligger mangel på arbeidskraft. Samtidig uttaler en at årsakene til ulik markedsverdi ikke må være diskriminerende.

Nemnda ser også ut til å legge avgjørende vekt på hvorvidt det foreligger konkrete rekrutteringsproblemer, uten å ta stilling til hvorfor. Etter mitt skjønn kan disse kriterier bare kan være kjønnsnøytrale dersom markedet fungerer på ”samme måte” for kvinner og menn. Hvorvidt det er konkret mangel på arbeidskraft egner seg derfor dårlig som vilkår for lovlig lønnsdifferensiering hvor en sammenligner kvinneyrker i det offentlige med mannsdominerte yrker som har et konkurrerende privat marked. Mangel på arbeidskraft vil ut i fra ordlyden i § 5 bare kunne begrunne ulik lønn dersom en har en sammenlignbar situasjon for kvinner og menn.⁹⁸

Felles for nesten alle de ovenfor nevnte sakene er at det offentlige er i en monopolsituasjon som arbeidsgiver for kvinneyrkene. Til tross for dette går en ikke inn og vurderer hvorvidt årsaken til den ulike markedsværdien er indirekte diskriminerende. Etter mitt skjønn tilsier forarbeidene⁹⁹ at nemnda bør gå inn i en slik vurdering, selv om det påvises en konkret mangel på arbeidskraft.

Kvinnekonvensjonen art 5 slår fast at medlemsstatene skal arbeide for å avskaffe stereotypiske kjønnsroller. Dette er et tungtveiende argument for at lønnsdifferensiering bør være ulovlig hvor markedsværdien blir brukt som begrunnelse for lønnsforskjeller, og den er et uttrykk av holdninger og tradisjoner i arbeidsmarkedet.

⁹⁸ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

⁹⁹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

En annen betenkelighet med forholdet mellom målsetninger og resultater er at en i praksis sjelden eller aldri trekker frem hensynet til forbudets effektivitet og bestemmelsens formål som argument i vurderingen av hvorvidt lønnsforskjellene er lovlige. Som ovenfor vist legger en imidlertid betydelig og i noen tilfeller avgjørende vekt på effektivitetshensyn ved vurderingen av arbeidets verdi. Nemnda er som vist svært liberale i forhold til hvilke stillinger som kan sammenlignes. I vurderingen av om lønnsforskjellene er lovlige er en liberal i andre retning fordi en går langt i å tillate ulik lønn.

Lovgiver uttrykker at en også må se hen til årsakene som ligger bak den ulike markedsverdien¹⁰⁰. Ut i fra alminnelig rettskildeprinsipper vil nemndas avgjørelser ha begrenset rettskildemessig vekt. Lovens ordlyd og intensjon vil dermed gå foran ved tolkning av gjeldende rett dersom nemndas praksis ikke er i overensstemmelse med målsetningene.¹⁰¹

Vurderingene som gjøres i Aftenposten-saken samsvarer godt med lovgivers uttalelser om at også årsakene til den ulike markedsverdien må vurderes, fordi en her gir uttrykk for at historiske årsaker og typografene sin monopolsituasjon ikke kan være kjønnsnøytrale begrunnelser.¹⁰²

I Harstad-saken er ulik konkurransesituasjon og ulik verdsetting av yrkene etter hva jeg kan se årsaker til ulik markedsverdi som et resultat av helsesektorens monopolsituasjon på arbeidsgiversiden. Det kan se ut som om nemnda legger til grunn en videre unntaksadgang enn det forarbeidene tilsier.¹⁰³

Dersom en generelt sett godtar ulik konkurransesituasjon som begrunnelse på lønnsforskjeller ville en bidra til å undergrave likelønnsprinsippet, og likelønnsbestemmelsen ville få et illusorisk preg.¹⁰⁴

I NOU 2008:6 kjønn og lønn foreslår likelønnskommisjonen en konkret oppjustering av lønnen til kvinner i offentlig sektor. Høyt utdannede kvinner i offentlig sektor utgjør en vesentlig del av lønnsgapet, noe som tilsier hensynet til forbudets effektivitet bør veie tungt i slike tilfeller.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.39

¹⁰¹ Hege Brækhus, *Likelønn-markedslønn*, i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholdt og Dag Michalsen, *Arbeid og rett* s.108

¹⁰² Ombudets avgjørelse i klagesak om avlønning av typograf og konsulent, s. 8

¹⁰³ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.61

¹⁰⁴ *Ibid*, s.9

Det faktum at lovgiver forutsetter at diskrimineringsforbudet skal være dynamisk¹⁰⁵ taler også i retning av at en bør slå ned på ulik verdsetting av kvinneyrker og mannsyrker. Harstad-saken er et av de mest klassiske tilfellene av verdsettingsdiskriminering.

Etter mitt skjønn bør gjeldende rett derfor være at markedsverdi bare er lovlig grunn til lønnsforskjeller i de tilfeller hvor den er et resultat av tilbud og etterspørsel, og ikke dersom den skyldes ulik verdsetting, tradisjon og historie. Den kan heller ikke ansees å være kjønnsnøytral dersom den påvirkes av i hvilken grad arbeidskraften er konkurranseutsatt.

Ordlyden i § 5 er vag i forhold til hvilke forhold som kan begrunne ulik lønn.

Jo vagere en bestemmelse er, dess større er faren for at rettstilstanden blir uklar. Dette fører naturligvis til en større risiko for at de som håndhever loven ikke praktiserer denne konsekvent, og at det blir vanskelig for både arbeidsgiver og arbeidstaker å forutse sin rettsstilling. På den andre siden vil forbudet mot lønnsdiskriminering gi stort rom for utvikling. Hvilke begrunnelser som skal ansees som kjønnsnøytrale vil dermed kunne endre seg i tråd med samfunnets holdninger.

For å fremme forutberegnelighet og et mer effektivt individuelt vern kunne det i lovteksten angis hvilke kriterier som må foreligge for at markedsverdi, ansiennitet, og kvaliteten på det utførte arbeidet skal anses som kjønnsnøytrale begrunnelser. En slik løsning vil også kunne bidra til at håndhevingsorganene anvender og utvikler retten i samsvar med lovgivers intensjon og formålet bak likelønnsbestemmelsen. Forutberegnelighet er viktig dersom likelønnsbestemmelsen skal virke preventiv i forhold til arbeidsgivers lønnsfastsettelse.

Arbeidslivets parter har et viktig ansvar for å arbeide for å oppnå likelønn. Problemet er at fagforeningene ikke tar dette ansvaret. Dersom en for eksempel knyttet sanksjoner til brudd på aktivitetsplikten ville det kunne bidra til at denne ble reell og mer håndfast. En kunne også i lovteksten konkret angi innholdet av plikten.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.33(1974-1975)s.56

10 Bevisbyrden

10.1 Målsetninger

Ved lovendringen i 1995(lov 30.juni 1995 nr.43) ble det inntatt en bestemmelse om delt bevisbyrde for det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering. I 2002¹⁰⁶ ble delt bevisbyrde utvidet til å også omfatte § 5, jf likestillingsloven § 16. Bestemmelsen var et viktig virkemiddel for å effektivisere forbudet mot lønnsdiskriminering, og ble vedtatt som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter EUs Bevisbyrdedirektiv.¹⁰⁷

Lovgiver presiserer i forarbeidene at noe av bevisregelen også kan bidra til at arbeidsgiver blir bevisst på bakgrunnen for sine beslutninger i forbindelse med lønn, og at den dermed bidrar til gode rutiner.¹⁰⁸

Utgangspunktet i norsk rett er at det er den som bringer en sak inn for retten som har ansvaret for å legge frem bevis og dermed opplyse saken.

Regelen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 går ut på at dersom det legges frem omstendigheter som gir ”grunn til å tro” at det har funnet sted ulovlig diskriminering, må den ansvarlige ”sannsynliggjøre” at slik diskriminering likevel ikke har skjedd. Ordlyden tilsier at det ikke skal mye til før at bevisbyrden går over på arbeidsgiver, og at opplysningene som gir grunn til å tro ikke nødvendigvis trenger å legges frem av klager. For at arbeidsgiver skal ansees å oppfylle beviskravet i § 16 kreves det bevisovervekt, eller mer enn 50% sannsynlighet for at det ikke har skjedd ulovlig lønnsdiskriminering.¹⁰⁹

Først må det altså legges frem opplysninger som til en viss grad taler for at det har funnet sted lønnsdiskriminering.

Arbeidsgiveren må deretter sannsynliggjøre at det ikke har skjedd lønnsdiskriminering. Dette innebærer at bevisføringsplikten går over på arbeidsgiver. Han kan både føre bevis for at det ikke foreligger arbeid av lik verdi, og for at lønnsforskjellene ikke har sammenheng med kjønn. Dersom det foreligger objektive grunner til lønnsforskjellen, men arbeidsgiver likevel ikke klarer å bevise dette, skal det legges til grunn at lønnsforskjellen var ulovlig.

Arbeidsgiver har dermed tvilsrisikoen. Bevisspørsmålet blir særlig vanskelig i forhold til

¹⁰⁶ Lov 14.juni 2002 nr.21

¹⁰⁷ Direktiv 97/80/EØF, videreført i direktiv 2006/54/EF art. 19

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.91

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.98

spørsmålet om unntaksbestemmelsen i § 3, 4.ledd kommer til anvendelse. Dersom arbeidstaker har etablert en presumsjon for at det foreligger ulovlige lønnsforskjeller, må arbeidsgiver føre bevis for at alle vilkår i unntaksbestemmelsen er oppfylt

Bevisbyrderegelen er avgjørende for en effektiv håndheving av forbudet mot lønnsdiskriminering. En av begrunnelsene for en ordning med delt bevisbyrde er at det er arbeidsgiver som sitter på detaljkunnskapen. Det ville bli svært vanskelig for arbeidstaker å påvise diskriminerende lønnsforskjeller dersom han selv måtte skaffe til veie opplysninger som arbeidsgiver sitter på.¹¹⁰

Bevisbyrderegelen har også en viss preventiv effekt fordi den kan bidra til at arbeidsgiver har gode rutiner og ryddig saksbehandling ved lønnsfastsettelsen.

EF-domstolen har slått fast at et komplisert og ikke gjennomskuelig avlønningssystem vil være tilstrekkelig til at bevisbyrden går over. Dette ble resultatet i C-109/88 Danfoss. Resultatet i denne saken tilsier at det skal lite til for at bevisbyrden går over dersom systemet som brukes ved fastsetting av lønn ikke er gjennomskuelig. Kravet om gjennomskuelighet innebærer at en stiller krav til at kriteriene som er brukt ved lønnsfastsettelsen må være brukt på en entydig og systematisk måte.

Hensynet til arbeidsgivers rettsikkerhet taler imidlertid mot en streng håndhevelse av bevisbyrderegelen fordi en utilsiktet kan bli holdt ansvarlig for lønnsforskjeller dersom en ikke klarer å redegjøre for at lønnsfastsettelsen ikke er diskriminerende. En annen innvendig mot en slik ordning er at det kan bli spørsmål om hvem i staten som skal kunne holdes ansvarlig for ulik lønn.

Det presiseres uttrykkelig i forarbeidene i forbindelse med de vanskelige spørsmålene omkring markedsverdi at det må stilles strenge krav til arbeidsgivers motbevis¹¹¹.

Lovgiver uttaler om bevisbyrden i forhold til markedsverdi:

”Her må det blant annet stilles krav om at høy lønn var nødvendig for å rekruttere og beholde arbeidstaker(e) og at de samme hensyn ikke kan gjøres gjeldende ovenfor de/den som det sammenlignes med”¹¹².

¹¹⁰ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.90-91

¹¹¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

¹¹² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

Videre følger det: *”For å sikre at ikke retten til likelønn uthules skal det stilles strenge krav til arbeidsgivers motbevis eller begrunnelse i disse tilfellene. Det skal ikke være tilstrekkelig med en ren henvisning til at det er lagt vekt på for eksempel markedsverdi i lønnsfastsettelsen ”*¹¹³

Disse presiseringer fra lovgiver taler etter mitt skjønn i retning av at forbudet mot lønnsdiskriminering er ment å skulle håndheves strengere på områder hvor markedsverdi rammer kvinner og menn ulikt. Markedsverdi må dermed undergis en streng vurdering av hvorvidt den er kjønnsnøytral.

EF-domstolen legger ofte avgjørende vekt på hensynet til en effektiv gjennomføring av likelønnsprinsippet i sine vurderinger.¹¹⁴

I sak C-127/92 Enderby uttalte domstolen: *”Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at bevisbyrden kan vendes om, når det er nødvendigt for ikke at fratage arbejdstagere, der tilsyneladende er udsat for forskelsbehandling, ethvert effektivt middel til at søge likelønsprincippet gennemført...”*¹¹⁵

Sitatet viser at hensynet til likelønnsprinsippet effektivitet blir det sentrale for hva som skal til for at bevisbyrden går over på arbeidsgiver.

Generelt vil en nok være mer tilbakeholden med å overprøve arbeidsgivers skjønn hvor prosedyren for lønnsfastsettelsen har vært ryddig og konsekvent. Saksbehandlingen i forhold til lønnsfastsettelsen vil dermed påvirke arbeidsgivers bevisbyrde. Dersom arbeidsgiver for eksempel har benyttet arbeidsvurderingsskjema ved lønnsfastsettelsen vil det kunne bidra til å snu bevisbyrden forutsatt at arbeidsvurderingen ikke er diskriminerende. Manglende dokumentasjon vil for eksempel kunne bidra til å underbygge en presumsjon om at begrunnelsen ikke er kjønnsnøytral.

10.2 Resultater

I sak 8/2000 anså nemnda opplysninger om lønnsnivået til andre arbeidsgrupper som utførte arbeid av lik verdi tilstrekkelig til at bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver. Det er dermed i praksis ikke krevd mye for at bevisbyrden går over på arbeidsgiver.

¹¹³ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

¹¹⁴ C-400/93 Royal Copenhagen, C-180/95 Draehmpaehl-saken, C-226/98 Jørgensen-saken

¹¹⁵ Premiss 14

I Harstad-saken konkluderer nemnda med at kommunen har sannsynliggjort at det er stor konkurranse om ingeniørene når det gjelder rekruttering av disse¹¹⁶. Dette til tross for at Fagforbundet la frem omstendigheter som talte for at rekrutteringsproblemene er like store for sykepleierne.

Rekrutteringsproblemer er et kjent problem også for sykepleieryrket, men i denne saken anfører kommunen at en har god tilgang på slik arbeidskraft i Harstad. En trekker frem at kommunen tilbød en ingeniørstilling til en kvinne med 380 000 i årslønn. Kvinnen avsto tilbudet. Det var imidlertid ikke konkrete omstendigheter som viste at lønn var avgjørende for valget.

Kommunen trakk videre frem at det i Drifts- og utbyggingstjenesten i 2007 ble lyst ut 3 ingeniørstillinger. Til disse var det ti søkere.

I forhold til sykepleierne hevdet kommunen at en hadde god tilgang på arbeidskraft til stillingene som avdelingssykepleiere. I 2006-2007 da en utlyste en avdelingssykepleierstilling var det syv søkere.

Det var altså færre søkere enn det var til de ledige ingeniørstillingene i kommunen i 2007.

I forhold til situasjonen for sykepleierne ble det vist til at kommunen fra 2001-2005 hadde vedtatt egne rekrutterings- og stimuleringsiltak for å få søkere. Det fremgår av faktum at noe tilsvarende aldri hadde vært benyttet for å rekruttere eller beholde ingeniører.

Søkelister for Drifts- og utbyggingstjenesten i 2004-2007 viste at det var fire søkere til en stilling som fagkoordinator, 19 søkere til en stilling som avdelingsingeniør, og 12 søkere til en ingeniørstilling i Areal- og byggesakstjenesten. Det ble også vist til et referat fra lønnspolitiske drøftelsesmøter i juli 2006, hvor det fremgikk at kommunen mente det ikke var nevneverdige rekrutteringsproblemer for ingeniører.

I forhold til sykepleierne viste Fagforbundet til at da den ene av sykepleierne i saken ble ansatt var det utlyst tre stillinger. Det var tre søkere, men bare en av disse var kvalifisert i henhold til stillingsbeskrivelsen. Denne omstendighet skulle tilsi at en også for sykepleierne hadde mangel på arbeidskraft.

¹¹⁶ Sak 23/2008, s. 14

Ingenting i avgjørelsen fra nemnda tilsier at kommunen har vurdert, eller vist at ikke alternative virkemidler kunne ha vært benyttet for å skaffe kvalifisert arbeidskraft dersom det foreligger rekrutteringsproblemer. Dersom det skal kunne være nødvendig å bruke lønn som virkemiddel kreves det normalt at formålet med lønnsdifferensieringen ikke kunne være oppnådd på andre måter.¹¹⁷

Nemnda konkluderer med at det foreligger konkrete omstendigheter som tilsier at det foreligger rekrutteringsproblemer, uten å si noe om situasjonen til sykepleierne eller om alternative virkemidler.

Et annet eksempel på hvordan nemnda anvender bevisbyrderegelen er sak 2/2004. En sammenlignet her arbeidstakernes kvalifikasjoner. Nemnda kom den til at arbeidsgiveren ikke hadde sannsynliggjort at arbeidstakerne hadde ulik kompetanse som begrunnet ulik lønn. Begrunnelsen for et slikt resultat var at arbeidsgiver ikke hadde dokumentert at den mannlige arbeidstakeren hadde en annen ”funksjon” enn den kvinnelige. Nemnda uttaler, ”*Helse Finnmark har eksempelvis ikke nærmere dokumentert i hvilket omfang B har uttøvet nestlederfunksjonen*”. Saken viser at arbeidsgiver må bevise at de ulike kvalifikasjonene er relevant for stillingen.

10.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Bevisbyrderegelen i seg selv er en indikasjon fra lovgivers side på at unntaksadgangen i § 5 er ment å være snever.

Av det foregående ser vi at lovgiver har ment at det skal stilles strenge krav til arbeidsgivers motbevis i vurderingen av om lønn vil være nødvendig for å oppnå formålet med lønnsforskjellene¹¹⁸.

Lovgivers uttalelser i forhold til bevisbyrden tilsier at det skal stilles strenge krav til arbeidsgivers bevis for at lønnsforskjellene likevel skal ansees som nødvendig og forholdsmessig, og at det må vurderes hvorvidt de anførte hensyn kun gjør seg gjeldende for den med høyest lønn.

¹¹⁷ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.112

¹¹⁸ Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.114

Opplysninger om lønn er en av forutsetningene for å avskaffe lønnsdiskriminering, og for å kunne bringe en sak inn for håndhevningsapparatet. Dersom en ikke har tilgang til lønnsopplysninger vil en heller ikke fange opp forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Bedre tilgang til opplysninger om lønn kunne være et virkemiddel for å effektivisere forbudet mot lønnsdiskriminering.

11 Håndheving og sanksjoner

11.1 Målsetninger

Håndheving av loven er et sentralt virkemiddel for effektiviseringen av diskrimineringsvernet. Ved brudd på loven kan nemnda treffe vedtak om pålegg som innebærer stansing, endring eller retting for å sikre at diskrimineringen opphører, jf diskrimineringsombudsloven¹¹⁹ § 7. Dersom påleggene ikke blir etterfulgt kan nemnda treffe vedtak om bruk av tvangsmulkt for å sikre at gjennomføring, jf diskrimineringsombudsloven § 8.

Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken jf. diskrimineringsombudsloven § 12, 1.ledd.

Sanksjoner knyttet til brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering er et viktig virkemiddel for å effektivisere det individuelle vernet mot lønnsdiskriminering.

Likelønnsdirektivet¹²⁰ art. 6 pålegger medlemsstatene at det skal treffes ”nødvendige tiltak” for å sikre at likelønnsprinsippet blir gjennomført, og det skal finnes ”effektive midler” for at prinsippet skal bli overholdt.

Norge er etter Kvinnekonvensjonens art. 2b forpliktet til å treffe ”egnede tiltak” ved brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering, herunder straffetiltak dersom dette er hensiktsmessig, og som forbyr all diskriminering.

Etter likelønnsdirektivet art.6 skal staten ”...se til at det finnes effektive midler til å påse at prinsippet blir overholdt”.

¹¹⁹ Lov 10.juni 2005 nr.40, Diskrimineringsombudsloven

¹²⁰ Direktiv 75/117/EØF

Likebehandlingsdirektivet¹²¹ stiller krav om at sanksjonene skal være ”...*virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen, og virke avskrekkende.*”

Brudd på likestillingsloven § 5 medfører ikke i seg selv straffeansvar for arbeidsgiver. Dersom en ikke etterkommer nemndas pålegg vil en likevel kunne straffes, jf diskrimineringsombudsloven § 13.

Brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering medfører erstatningsansvar for arbeidsgiver, jf. likestl § 17. Sanksjonene knyttet til brudd på forbudet er viktig for forbudets preventive effekt, og skal samtidig virke gjenopprettende for den som har blitt diskriminert. Erstatningsansvaret er i følge likestillingsloven § 17,1.ledd objektivt hvor arbeidstaker er forskjellsbehandlet i strid med loven, og omfatter både erstatning og oppreisning. Bestemmelsen om objektivt ansvar ble innført ved lovendringen i 2002 for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-retten, jf likebehandlingsdirektivet art. 8d. Et annet formål ved lovendringen var å effektivisere vernet mot lønnsdiskriminering, fordi en så at den tidligere regelens preventive effekt var svært liten.¹²²

Nemnda har ikke kompetanse til å idømme erstatning verken ved brudd på nasjonale eller internasjonale bestemmelser. Erstatningskrav må dermed reises for de ordinære domstoler. En slik begrensning kan være noe uheldig for forbudets effektivitet, fordi borgerne lett kan tenke at en har lite å vinne på å klage en arbeidsgiver inn for nemnda. Dersom nemnda hadde kompetanse til å idømme erstatning er det i følge mitt skjønn sannsynlig at forbudet ville fungere mer preventivt enn det gjør i dag.

En viktig fordel med at det er nemnda som håndhever loven er at den har særlig kompetanse på sitt område, og er et lavterskeltilbud som er viktig for gjennomføringen av forbudet mot diskriminering i praksis.

Dersom de ordinære domstoler håndhevet loven ville det imidlertid være lettere å også gå til erstatningssøksmål, men arbeidstaker ville ved en slik løsning risikere å bli idømt saksomkostninger. En alternativ løsning kan være å etablere et forhandlingssystem for å få erstatning dersom nemnda konkluderer med at lønnsforskjellene var i strid med loven.

¹²¹ Direktiv 2002/73/EF

¹²² Ot.prp.nr.77(2000-2001)s.103

11.2 Resultater

En finner svært få avgjørelser fra domstolene hvor arbeidsgiver har blitt dømt til å betale erstatning for brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering. Dette kan dels skyldes manglende kunnskap om erstatningsansvaret, og dels at arbeidstakerne ikke tør å gå til erstatningssøksmål på grunn av faren for å bli idømt saksomkostninger.

11.3 Forholdet mellom målsetninger og resultater

Det faktum at det verserer få erstatningssaker for domstolene er en indikasjon på at sanksjonene ikke fungerer i overensstemmelse med lovgivers intensjon, og at det kan være behov for alternative metoder å søke erstatning på. Ser en på praksis fra domstolene etter skjerpelsen av erstatningsansvaret finner vi heller ikke saker hvor arbeidstaker har framsatt erstatningskrav for brudd på forbudet mot lønnsdiskriminering. Innføringen av den objektive erstatningsregelen medførte dermed ingen endring på dette området.

Norges forpliktelser etter likelønnsdirektivets og kravet om ”effektive midler” er et tungtveiende argument for at dagens sanksjonsmetoder ikke er tilstrekkelig.

En alternativ løsning kunne være at en etablerte en forhandlingsordning mellom arbeidstaker og arbeidsgiver hvor en kunne oppnå erstatning uten å måtte gå til domstolene.

12 Avsuttende konklusjon

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor fungerer retten til lik lønn for arbeid av lik verdi på de fleste punktene i samsvar med det som ser ut til å være lovgivers intensjon. Vurderingen av arbeidets verdi er ett av punktene hvor nemnda går grundig inn og vurderer og sammenligner stillingene, og en bruker her hensynet til forbudets effektivitet som tungtveiende argument i vurderingen.

I forhold til markedsverdi kan det se ut til at det er usikkerhet i forhold til hvilke kriterier som har betydning for at markedet skal ansees å være en lovlig begrunnelse for ulik lønn. Lovgiver har gjennom flere endringer i loven skjerpet vernet mot lønnsdiskriminering. Til tross for at lovgiver skjerpet vernet i 2002¹²³ ser det etter mitt skjønn ut som om nemnda ikke strammet inn i forhold til hvilke lønnsforskjeller som er lovlige. Nemnda godtar som vist

¹²³ Lov av 14.juni 2002 nr.21

markedsargumentet i tilfeller hvor det foreligger konkrete rekrutteringsproblemer, uten å se på årsakene, eller på om de tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende for kvinneyrkene.

Problemet er at mangel på arbeidskraft egner seg dårlig som vurderingsmomenter i likelønnssaker, fordi en ofte ikke har en sammenlignbar situasjon for kvinneyrker i offentlig sektor. Som vist påvirkes markedsverdien av arbeidskraften av flere diskriminerende årsaker. Lovens ordlyd og lovgivers uttalelser gjør det helt klart at en må vurdere hva som er årsaken til ulik markedsverdi. Unntaksadgangen er ment å være snever, det synes derfor betenkelig at nemnda i så mange saker kommer til at lønn er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.

En kan vanskelig nå lovens intensjon dersom rettsanvenderen ikke er lojale ovenfor lovgivers vurderinger. Det faktum at lønnsgapet ikke minker til tross for flere innskjerpinger fra lovgivers side kan være en indikasjon på at forbudet mot lønnsdiskriminering ikke praktiseres i overensstemmelse med lovens formål, og at det individuelle vernet mot lønnsdiskriminering ikke er et tilstrekkelig virkemiddel for å oppnå likelønn.

Som vist er markedsverdi den begrunnelse som oftest blir anført for ulik lønn, og nemnda godtar dette i de fleste sakene, til tross for at det rammer kvinner og menn ulikt. Dette kan tyde på at det individuelle vernet mot diskriminering i forhold til lønn ikke er et egnet eller tilstrekkelig virkemiddel for å oppnå likelønn. Etter mitt skjønn har derfor det individuelle vernet mot diskriminering begrenset effekt.

Årsakene til lønnsforskjellene er som nevnt i stor grad strukturelle, som for eksempel at kvinners arbeidskraft i offentlig sektor ikke er konkurranseutsatt, og at kvinner arbeider i hjemmet. Dette skulle tilsi at det er behov for flere, og bedre strukturelle tiltak i arbeidet for likelønn. Ulik verdsetting skyldes i stor grad diskriminerende holdninger. Lønnsloft for kvinneyrker i offentlig sektor ville bidra til å øke statusen og verdsettingen for kvinneyrker generelt.

Bevisbyrden i Harstad-saken praktiseres heller ikke etter hva jeg kan se i samsvar med hva forarbeidene og ordlyden tilsier. En legger her til grunn at det foreligger rekrutteringsproblemer for ingeniørene uten å vurdere situasjonen for sykepleierne. For å unngå at kvinners rett til likelønn skal bli en ”luftig” rett er det nødvendig å stille strenge krav til arbeidsgivers bevis. Både lovgiver og EF-domstolen begrunner bevisbyrderegelen ut i fra

effektivitetshensyn. Dette tilsier at dersom arbeidsgiver for eksempel argumenterer med ulike kvalifikasjoner som begrunnelse for ulik lønn må de som anvender retten gå grundig inn i arbeidsgivers argumentasjon og sammenligne arbeidstakernes kvalifikasjoner.

Når det gjelder kravet til effektiv håndheving av loven kan det faktum at det ikke verserer erstatningssaker for domstolene være en indikasjon på at erstatningsansvaret ikke fungerer som en effektiv og et egnet sanksjon.

13 Kildeoversikt

Litteratur

Aune, Helga, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, og Dag Michalsen (red.) *Arbeid og rett*, Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, Cappellen Oslo 2009.

Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, Bergen 2008

Byrial R Bjørst, *Ligeløn for job af samme værdi*, Jurist-og økonomiforbundets Forlag, København 2005

Hellum, Anne, og Kirsten Ketscher, *Diskriminerings-og likestillingsrett*. Universitetsforlaget, Oslo 2008.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2.utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2004.

Vigerust, Elisabeth, *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpassning av arbeidsmarkedet*, TANO Oslo 1998.

Vigerust, Elisabeth, *Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser*. Publisert: Kvinnerettslige studier nr. 49. Institutt for offentlig retts skriftserie. Nr 4/2003.

Lover

Likestillingsloven Lov 9.juni 1978 nr.45 om likestilling mellom kjønnene

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

Diskrimineringsombudsloven Lov 10.juni 2005 nr.40 om Likestillings-og diskriminierungsombudet og Likestillings-og diskriminierungsnemnda.

Arbeidsmiljøloven

Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø. Arbeidstid og stillingsvern mv.

Dommer

Oslo Tingrett 03-020935TVI-OTIR/08

Oslo Tingrett TOSLO-2007-77419

Avgjørelser fra likestillings - og diskrimineringsnemnda

LKN-1990-5

LKN-1990-6

LKN-1994-8

LKN-1998-11

LKN-2000-8

LKN-2000-11

LKN-2001-2

LKN-2002-1

LKN-2002-5

LKN-2004-2

LKN-2004-3

LKN-2004-18

LKN-2005-30

LDN-4/2006

LDN-13/2006

LDN-17/2006

LDN-23/2008

Uttalelser fra likestillings- og diskrimineringsombudet

Sak 92/148

Sak 94/228

Uttalelse i ”klagesak om avlønning av typograf og konsulent”

Sak 06/1834 Harstad-saken

Forarbeider

Ot.prp.nr.33(1974-1975) om lov om likestilling mellom kjønnene.(likestillingsloven)

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.)

NOU 1997:10 Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn.

NOU 2008:6 Kjønn og lønn.

Avgjørelser fra EF-domstolen

C-129/79 Macarthy

C-170/84 Bilka

C-237/85 Rumler

C- 109/88 Danfoss

C-184/89 Nimz

C-127/92 Enderby

C-400/93 Royal-Copenhagen

C-180/95 Draehmpaehl

C-243/95 Hill og Stampleton

C-226/98 Jørgensen

C-381/99 Brunnhofer

C-320/00 Lawrence

C-196/02 Nikoloudi

C-17/05 Cadman

Konvensjoner

ILO-konvensjon nr.100 om lik lønn for kvinnelige og mannlige arbeidere for arbeid av lik verdi.

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

FNs Kvinnekonvensjon (CEDAW), Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner 18.desember 1979, ratifisert av Norge 21.mai 1981

EU- traktater og direktiver

Romatraktaten	Treaty establishing the European Community 1957
Amaterdamtraktaten	Treaty establishing the European Community(Amsterdam consolidated version 1999)
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
Likebehandlingsdirektivet	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.
Bevisbyrdedirektivet	Rådsdirektiv 97/80/EF om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn
Likelønnsdirektivet	Rådsdirektiv 75/117/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.
Det omarbejdede	
Ligebehandlingsdirektiv	Europa-parlamentets og rådets direktiv 2006/54/EF om gjennomførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv(omarbejdning)

Antall ord uten innholdsfortegnelse og kildeliste: 17 994