

Diskriminering ved ansettelser

Hvilket handlingsrom sitter arbeidsgiver igjen med i møtet med retten til ikke-diskriminering?

Simen Kjelseth

Liten Masteroppgave i Rettsvitenskap våren 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
2	Forskjellsbehandling og stereotyper.....	4
2.1	Definisjon av stereotyper	4
2.2	Hvorfor stereotyper?	6
2.3	Hvordan oppstår stereotypiene?	6
2.4	Hvorfor kan stereotyper være problematiske?	7
3	Arbeidsgivers styringsrett	8
4	Retten til ikke-diskriminering	10
4.1	Innledning.....	10
4.2	Likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemda 11	
4.2.1	Ombudet	12
4.2.2	Nemda	13
4.2.3	Begrensninger i nemda sin kompetanse	13
4.2.4	Oppsummering	14
4.3	Grunnloven.....	15
4.4	Konvensjoner inntatt i menneskerettighetsloven	18
4.4.1	EMK	18
4.4.2	SP	18
4.4.3	ØSK.....	19
4.4.4	Oppsummering av menneskerettighetskonvensjonene sitt vern	20
4.5	Diskrimineringsvern etter EØS/EU-retten	21
4.5.1	Likebehandlingsdirektivet.....	21
4.6	Diskrimineringslovene og kapittel 13 i arbeidsmiljøloven	21
4.6.1	Forbud mot diskriminering.....	21
4.6.2	Oppsummering av diskrimineringsgrunnlagene	24

5	Unntak fra forbudet mot diskriminering	24
5.1	Likebehandlingsdirektivet	24
5.2	Unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovene	27
5.3	Nærmere om vilkårene for unntak i arbeidsmiljøloven	28
5.4	Nærmere om vilkårene for unntak i likestillingsloven.....	29
5.5	Nærmere om vilkårene for unntak i Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	30
5.6	Nærmere om vilkårene for unntak i Diskrimineringsloven om seksuell orientering..	30
5.7	Nærmere om vilkårene for unntak i Diskrimineringsloven om etnisitet.....	31
6	Unntaket om positiv særbehandling	32
6.1	Arbeidsmiljøloven.....	32
6.2	Likestillingsloven	33
6.3	Diskrimineringsloven om seksuell orientering	36
6.4	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	36
6.5	Diskrimineringsloven om etnisitet	37
6.6	Vurdering de lege ferenda	42
7	Saklig grunn og forholdsmessighet ved aldersdiskriminering	43
7.1	Alder alene som saklig grunn.....	44
7.1.1	Vurdering de lege ferenda	45
7.2	Økonomiske hensyn som saklig grunn.....	45
7.2.1	Vurdering de lege ferenda	46
7.3	Egenskaper avhengig av alder som saklig grunn	46
7.3.1	Vurdering de lege ferenda	47
7.4	Å gjøre arbeidsmarkedet lettere tilgjengelig for yngre søkere som saklig grunn	48
7.4.1	Vurdering de lege ferenda	48
7.5	Aldersspredning blant de ansatte som saklig grunn	49
7.5.1	Vurdering de lege ferenda	51
8	Avslutning	52

9	Kilderegister	54
9.1	Norske lover	54
9.2	Internasjonale kilder	54
9.3	Lovforarbeider	55
9.4	Rettspraksis	55
9.4.1	Avgjørelser fra norske domstoler	56
9.4.2	Likestilling- og diskrimineringsnemda	56
9.4.3	Avgjørelser fra EU-domstolen	56
9.5	Litteratur	57
9.6	Kilder fra internett	57

1 Innledning

Temaet for oppgaven er diskriminering ved ansettelser. Her møtes arbeidsgiver og arbeidssøker sine rettigheter og det fører til flere interessante grensevurderinger om hva som er forbudt og hva som er tillatt. Videre følger en kort fremstilling av bakgrunnen for at temaet er relevant og til slutt oppgaven sin problemstilling.

Å ha et arbeid er en helt sentral del av livet. Arbeid finansierer livsopphold til deg selv og eventuelt familien din. Det gir en økonomisk trygghet som er grunnleggende for et verdig liv. Arbeid gir mulighet til å oppleve mestring og fungerer som en av viktigste sosiale arenaer. Samtidig gir det viktige skatteinntekter som finansierer samferdsel, helsetjenester og kulturtilbud. Vi ønsker som samfunn at flest mulig av oss skal ha en jobb og vi ønsker også alle å ha en jobb og de godene som følger med. Fordi vi alle ønsker å jobbe og fordi arbeidsgivere ønsker de best kvalifiserte til jobben er arbeidsmarkedet en kontinuerlig konkurranse. Vi søker på stillinger, går på intervju og håper på å få jobben. Det ligger i utgangspunktet innenfor arbeidsgiver sin styringsrett å avgjøre hvem som skal ansettes. De har frihet til å selv vurdere hvem som er best kvalifisert til å gjøre jobben for dem. Som oppgaven vil vise er likevel er ikke denne friheten total.

Fordi samfunnet vårt er full av stereotyper og fordommer hender det at arbeidssøkere ikke alltid blir evaluert av arbeidsgivere på en saklig måte. Det gjør at personer med gode nok kvalifikasjoner til en stilling blir nedvurdert på bakgrunn av for eksempel hvilket kjønn de er, hvilken alder de har eller hvilken etnisitet de har. Slike nedvurderinger er heller ikke alltid gjort bevisst av arbeidsgiver. Vi har mange underliggende fordommer som vi har fått internalisert av samfunnet. Disse kan lett spille inn dersom man ikke er bevisst på at de eksisterer. Dette gjør at vi ikke alltid har like muligheter ved ansettelser og i samfunnet for øvrig.

Denne dynamikken er noe av bakgrunnen for at retten til ikke-diskriminering med tiden har blitt en menneskerettighet. Den er en del av rettighetskatalogen i EMK, SP og ØSK. Norge har også vedtatt en egen grunnlovsbestemmelse om retten til ikke-diskriminering etter inspirasjon fra menneskerettighetskonvensjonene. Målsetningen er at vi med rettslig regulering skal kunne sørge for at vi alle i størst mulig grad kan ha like muligheter. For å sikre at vi alle behandles likt, er retten til ikke-diskriminering videre implementert i arbeidsmiljøloven og gitt vern i flere ulike diskrimineringslover. I denne nærmere reguleringen av retten til ikke-diskriminering følger alle de nevnte lovene det samme

systemet. Hovedregelen er et forbud mot diskriminering. Deretter er det gitt en bestemmelse som gir mulighet til positiv særbehandling og en unntaksbestemmelse som sier at forskjellsbehandling likevel kan være tillatt dersom det har et saklig formål.

Hovedregelen om forbud mot diskriminering er kjernen i det individuelle diskrimineringsvernet. Her har den enkelte beskyttelse mot at nærmere angitte egenskaper som kjønn, seksualitet og funksjonsnedsettelse ikke skal kunne være grunnlag for forskjellsbehandling. En forlengelse av hovedregelen er muligheten for arbeidsgiver til å positivt særbehandle de samme utsatte gruppene dersom det fremmer blant annet likebehandling eller likestilling. Så i unntaksbestemmelsen gis det rett for arbeidsgiver til å likevel forskjellsbehandle dersom det er begrunnet i nærmere angitte saklige grunner. At disse reglene fungerer godt nok er viktig for at målsetningen om like muligheter skal kunne oppnås.

I nyere tid er flere og flere arbeidsgivere blitt opptatt av å ansette mennesker fra flere ulike grupper av samfunnet. Det er et økt fokus på kvinner i lederstillinger¹. Stadig flere ønsker å tilrettelegge for å ansette personer med funksjonsnedsettelse. Og det er en økt forståelse for at ulik bakgrunn i kultur, religion og språk hos de ansatte kan skape en organisasjon som har bedre kompetanse til å operere dagens flerkulturelle samfunn. Det er ikke uvanlig at stillingsannonser uttrykkelig understreker at arbeidsgiver er opptatt av å ha et mangfold blant sine ansatte. På den andre siden er det ikke alle arbeidsgivere som tenker slik. Det er fortsatt slik at det er enkelte grupper som er underrepresenterte. Ikke alle arbeidsgivere ønsker å gi dem muligheten på sin arbeidsplass. Det kan tenkes at en bedrift med få eller ingen kvinner, få eller ingen ansatte med minoritetsbakgrunn eller få eller ingen ansatte med funksjonsnedsettelser er redd for at en slik ansettelse vil ha en forstyrrende effekt på et allerede etablert og homogent miljø. Kanskje vil det påvirke omsetningen i negativ forstand. Eller det kan være at de andre ansatte vil kunne føle seg ukomfortable og at dette vil gå ut over arbeidsmiljøet. Hijab er for eksempel et svært betent tema for mange i den politiske debatten, og det kan tenkes at en arbeidsgiver ønsker å unngå å ansette noen som går med hijab, for å slippe risikoen for at de andre ansatte skal kunne reagere negativt. En ansettelse er en kostbar investering for en bedrift og det er derfor enkelt å forstå at arbeidsgiver i mange tilfeller ønsker å ansette en person som lett glir inn i det allerede eksisterende miljøet. Frykt

¹ <http://www.likestillingsforskning.no/Om-CORE/Nyheter/Kjoennsubalanse-paa-toppen-i-naeringslivet>

- Sist besøkt 1. Mai 2017

for ekstrakostnader og konflikter kan spille inn sammen med ubevisste eller bevisste fordommer om underrepresenterte grupper sine kvalifikasjoner. Dersom det ikke allerede er preget av mangfold krever det ekstra vilje fra arbeidsgiver for å skulle etterstrebe det. Forskning viser at arbeidsgivere er mer motvillige til å gi arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn innkalling til jobbintervju og at kvinner sine kvalifikasjoner nedvurderes sammenlignet med mannlige kandidater². Selv om enkelte bedrifter er mer opptatt av mangfold og like muligheter enn tidligere, gjelder det ikke alle.

Fordi vi står ovenfor en eldrebølge i nær fremtid vil gjennomsnittsalderen til befolkningen øke og derfor øker også alderen til den gjennomsnittlige arbeidssøker³. Sett i sammenheng med at alder er et diskrimineringsgrunnlag som kanskje kan sies å ha et svakere vern enn andre åpner det for interessante spørsmål om gjeldende rett og veien videre for forbudet mot aldersdiskriminering. Når det finnes yngre søkere som kan ansettes til billigere lønn og som ikke skal gå av med pensjon i nær fremtid er eldre søkere ekstra utsatt. Fordi dette ønsket for en arbeidsgiver om å begrense kostnadene er høyst reelt og fordi befolkningen som nevnt stadig blir eldre er det spesielt interessant å undersøke aldersdiskriminering.

Rettslig er det to sider, hvordan den enkeltes rettigheter er utformet og på den andre siden hvilket handlingsrom arbeidsgiver har til å kunne gjøre unntak fra hovedregelen om forbud mot diskriminering.

Oppgaven vil derfor særlig gå inn på hvilke grenser arbeidsgiver har i unntaksbestemmelsen og i bestemmelsen om positiv særbehandling. Hva som er saklig grunn til å likevel kunne tillate forskjellsbehandling er et interessant spørsmål. Gjennom en analyse av retten til ikke-diskriminering med særlig fokus på unntakene og den positive særbehandlingen vil det være mulig å si noe om hvilket handlingsrom arbeidsgiver har ved ansettelse. På grunn av den

² <http://forskning.no/arbeid-ledelse-og-organisasjon/2012/01/vanskeligere-fa-jobbintervju-med-utenlandsk-navn> Sist besøkt 20. April 2017 – Link til rapporten:

<http://www.samfunnsforskning.no/Publikasjoner/Rapporter/2012/2012-001> Sist besøkt 20. April 2017

<http://forskning.no/arbeid-kjonn-og-samfunn-likestilling-skole-og-utdanning/2012/09/undervurderer-kvinnelige-jobbsokere> Sist besøkt 20. April 2017 - Link til rapporten:

<http://www.pnas.org/content/109/41/16474.full> Sist besøkt 20 April 2017

³ <https://www.ssb.no/befolkning/nokkeltall/befolkning> - Se kulepunktet "Eldrebølge på vei" – Sist besøkt 1. Mai 2017

økende alderen til befolkningen vil oppgaven ha et ekstra blikk på diskrimineringsgrunnlaget alder. Formålet er imidlertid ikke å gi en fullstendig gjennomgang av vern mot diskriminering på grunn av alder, men å bruke alder som ett av flere grunnlag og få frem hvordan en eventuell forskjellsbehandling kan begrunnes. Oppgaven vil i den sammenheng se på handlingsalternativene til arbeidsgivere som ønsker mangfold på sin arbeidsplass, og på arbeidsgivere som ikke ønsker mangfold.

Problemstillingen for oppgaven er derfor: Diskriminering ved ansettelser - Hvilket handlingsrom sitter arbeidsgiver igjen med i møtet med retten til ikke-diskriminering?

Oppgaven er inndelt i 9 kapitler. Jeg vil spesielt fremheve kapittel 2 som sentralt fordi der gis forklaringen på hvorfor holdninger, bevisste og ubevisste, bidrar til at forskjellsbehandling i praksis. I kapittel 7 foretas en konkret analyse av nettopp alder som grunnlag for å forskjellsbehandling og jeg knytter sammen den rettslige analysen med bakenforliggende holdninger som er drøftet i kapittel 2. I kapitlene i mellom gjennomgås det rettslige grunnlaget for diskrimineringsvernet. En konklusjon følger i kapittel 8 og alle kilder er angitt i kapittel 9.

2 Forskjellsbehandling og stereotyper

2.1 Definisjon av stereotyper

Diskriminering er betegnelsen på forskjellsbehandling som er i strid med loven. Det er når noen behandles ulikt enn andre blir, har blitt eller ville blitt i samme situasjon det skjer forskjellsbehandling. Den underliggende faktoren for mye av denne forskjellsbehandlingen vi har i samfunnet vårt er stereotyper. Fordommer er nok en mer muntlig betegnelse på samme ting, men det er begrepet stereotyper som blir brukt i internasjonal samfunnsforskning. Det vil derfor også bli brukt her. Spørsmålet blir derfor; hva er en stereotyp?

En stereotyp er et fenomen der man på forhånd tilegner egenskaper til en person utelukkende på grunn av personen sin tilhørighet i en bestemt gruppe mennesker. Stereotypen antar at personen har disse egenskapene eller mangler egenskaper kun basert på at hun er for eksempel er kvinne eller innvandrere. Det er en måte å kategorisere mennesker på uten å bli kjent med hvert enkelt individ. Cook og Cusack definerer en stereotyp slik:

”A stereotype is a generalized view or preconception of attributes or characteristics possessed by, or the roles that are or should be performed by, members of a particular group (e.g., women lesbians, adolescents).”⁴

Malcolm Sargeant har skrevet om aldersdiskriminering og gir følgende definisjon:

*”Age stereotyping is concerned with associating certain characteristics, or the lack of them, with, certain ages. It in effect homogenises the particular age group as being all the same, rather than recognising any diversity within that age group.”*⁵

Dersom alder kuttes vekk fra definisjonen, står det igjen en veldig kort og enkel definisjon av hva stereotypier er generelt. Særlig den siste delen er beskrivende. Stereotypier gjør at en gruppe blir sett på som at alle er helt like, istedenfor å anerkjenne mangfoldet som eksisterer innad i gruppen. For eksempel blir alle eldre antatt å være dårlige med teknologi, uten at man undersøker hvilke kvalifikasjoner den enkelte eldre har.

Sagt på en annen og mer utfyllende måte av Cook og Cusack:

*”All the dimensions of personality that make that individual unique are consequently filtered through the lens of a generalized view or preconception of the group with the individual is identified”*⁶.

Stereotyper er altså ikke bare noe som virker på forhånd slik at det enkelte individ ikke blir sett på som unik, men kun som en del av en gruppe. Også når hvert individ blir undersøkt nærmere så filtreres hele personligheten på bakgrunn av gruppetilhørigheten.

⁴ ”Gender stereotyping” edited by Rebecca J. Cook and Simone Cusack, University of Pennsylvania Press, Inc 2011 - Chapter 1 Understanding stereotyping, side 9

⁵ ”Age Discrimination and Diversity ” Cambridge University Press 2011 – Kapittel 1” Ageism and age discrimination” Malcolm Sargeant – Introduction Side 1

⁶ Gender stereotyping” Cook/Cusack, Chapter 1 ”Understanding stereotyping”, side 9, siste setning i første avsnitt

2.2 Hvorfor stereotypier?

Verden utenfor oss selv er stor og kompleks. Så stor og komplisert er den at forklaringen på stereotypier er at vi trenger dem for å fungere. Det er enighet om at vi bruker stereotypier som et verktøy for å håndtere verden rundt oss. Vi har ikke tid til å konstant stoppe opp å tenke oss om, og derfor har vi utviklet generaliseringer og kategorier som hjelper oss å kutte ned på konstante nye vurderinger av samfunnet og mennesker rundt oss.

Cook og Cusack forklarer:

"we human beings do not see the world outside exactly as it is; rather, we preconceive pictures in our heads, or stereotypes, that we rely upon to give meaning to the world we percive. Simply put, stereotypes help us to understand, simplify, and process the infinitely variable personal attributes, characteristics, and roles in the world in wich we live."⁷

Stereotypier er altså et filter vi bruker på omverden, for å kunne sortere tankene våre om den, på en enklere måte.

2.3 Hvordan oppstår stereotypiene?

Stereotypiene oppstår ofte som forlengelser av generaliseringer om ulike grupper. Noen eksempler er som nevnt at eldre ikke kan noe om teknologi. Eller at kvinner ikke kan kjøre bil. Hvordan slike generaliseringer oppstår er ikke så lett å si for sikkert faktum er at slike generaliseringer oppstår i samfunnet, for eksempel gjennom media eller på grunnlag av populærkultur. Eller generaliseringer kan ha grunnlag i statistikk⁸. For eksempel har kvinner statistisk sett oftere ansvaret for omsorgen av barn. Generaliseringer kan derfor være sann. Stereotypier blir det likevel når det antas at hver eneste kvinner har ansvaret for omsorg av barn, uten at situasjonen undersøkes nærmere.

Stereotypiene kan også oppstå som følge av moralisering⁹. For eksempel at kvinner har omsorg for barn i større grad enn menn. For noen vil denne generaliseringen oppstå og vedvare som en følge av at det er slik vedkommende mener ting bør være. Kvinner skal ha

⁷ Gender stereotyping" Cook/Cusack, Chapter 1 "Understanding stereotyping", side 10

⁸ Gender stereotyping" Cook/Cusack, Chapter 1 "Understanding stereotyping", "Why do people stereotype? side 14

⁹ Gender stereotyping" Cook/Cusack, Chapter 1 "Understanding stereotyping", side 15, andre avsnitt

hovedomsorgen for barn etter denne personen sin mening, derfor organiseres og filtreres verden etter dette synet. I norsk sammenheng har Agderforskning konkludert med at kvinner i Vest- og Aust-Agder har kommet dårlig ut på SSB sin likestillingsindeks fordi det i denne delen av landet eksisterer en sterk forestilling om at en god mor må være hjemme med barna og at hun må tilpasse seg med å redusere sin arbeidstid for å realisere dette¹⁰.

En stereotyp oppfatning kan altså være negativt ladet, den kan være positivt ladet, den kan ha opprinnelse i statistikk, i medieskapt fordommer eller være basert på moralske eller politiske synspunkter. At stereotypene i noen tilfeller stemmer er også sant. De er uansett stereotyper, og de kan derfor være problematiske i noen sammenhenger.

2.4 Hvorfor kan stereotyper være problematiske?

Tilfeller der stereotyper baserer seg på negative og usanne generaliseringer er de åpenbare problematiske tilfellene. De vil videreføre en nedvurdering som ikke har empirisk grunnlag¹¹. Kjernen i stereotyper er likevel at de alltid er problematiske i situasjoner der den enkelte skal vurderes nærmere etter objektive kriterier på individuelt grunnlag. Her er ansettelse en helt typisk situasjon. Ansettelse passer så godt inn som illustrasjon for hvorfor stereotyper er problematiske at det kan forklare hvordan jeg endte opp med å skrive denne oppgaven.

"We label people so that we do not have to take the time or make the effort to understand their differences, to know them as individuals¹²".

Denne forklaringen av stereotyper som en mekanisme har blitt forklart på andre måter et par ganger allerede. Akkurat denne forteller om måten stereotyper gjør at vi unngår å bli kjent med individet. Og er det ikke nettopp målsetningen ved en ansettelse? Å bli kjent med søkeren for å avgjøre hvordan han eller hun passer til stillingen.

Dersom arbeidsgiver gjør en dårlig jobb i denne prosessen kan stereotyper bli en avgjørende del av beslutningsgrunnlaget. Det er en situasjon som ikke er ønskelig for søker eller arbeidsgiver. Søker fortjener å bli vurdert ut fra sine individuelle egenskaper, ikke på grunnlag av generaliseringer knyttet til kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse eller alder.

¹⁰ <http://forskning.no/2008/02/agder-minst-likestill> - Nettsiden sist besøkt 10. April 2017

¹¹ Gender stereotyping" Cook/Cusack, Chapter 1 "Understanding stereotyping", side 15 fjerde avsnitt

¹² Gender stereotyping" Cook/Cusack, Chapter 1 "Understanding stereotyping" – To assign difference, side 16

Arbeidsgiver bør også ønske å ansette søkere på riktig grunnlag, slik at de vet hvilke egenskaper den nyansatte faktisk besitter.

For å oppsummere så er stereotypier et filter vi ikke klarer oss uten, men som kan være problematisk ved betydningsfulle avgjørelser som ansettelse.

3 Arbeidsgivers styringsrett

Den rettslige læren om ”styringsretten” definerer hvilken kompetanse en bedrift har som arbeidsgiver. Styringsretten regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og de ansatte i bedriften. Den handler om grunnleggende spørsmål som: Hva kan arbeidsgiver bestemme? Hvor langt må arbeidstakere strekke seg for å møte bedriften sine ønsker?.

Styringsretten er ikke definert i lovs form, men følger implisitt som forutsetninger for den kontrakt som er inngått. Den har historisk vært begrunnet i arbeidstaker sin rett til å bestemme som eier av bedriften. Over tid har ikke begrunnelsen egentlig forandret seg, men kompetansen som ligger i styringsretten har blitt nærmere definert av rettspraksis. I Nøkkdommen definerer Høyesterett styringsretten slik¹³:

”Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.”

Her gjør Høyesterett det helt tydelig at styringsretten avgrenses av det arbeidsforholdet som er inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Alt må skje innenfor denne rammen. Den andre delen av uttalelsen gir en anvisning: -”organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet” og viser til hva arbeidsgiver kan gjøre i kraft av den ansettelseskontrakt som er inngått, men at styringsretten også er begrenset av rammene som følger av arbeidsforholdet. Av ordlyden må det legges til grunn at nettopp å gjøre ansettelse faller innenfor arbeidsgiver sin styringsrett. Det er en forutsetning for at det skal kunne være noe arbeid å fordele at bedriften har ansatte.

Denne forståelsen har støtte i juridisk litteratur. I ”Innføring i Arbeidsrett fremholder Fanebust følgende: ”Inn under styringsretten går også beslutninger om hvem som skal være knyttet til bedriften. I det siste ligger det to hovedtyper avgjørelser: Retten til å bestemme

¹³ HR-2000-48-B - Rt-2000-1602 side 1609

hvem som skal tilsettes, og beslutninger om hvem om oppsigelse og avskjed av arbeidstakere”¹⁴.

Hvor stor frihet arbeidsgiver har ved ansettelse blir det neste spørsmålet. I Kårstødommen vises det til den allerede nevnte uttalelsen fra Nøkk-dommen om hva styringsretten inneholder. I tillegg uttales det:

” Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”¹⁵.

Alle avgjørelser som faller innenfor arbeidsgivers styringsrett er altså begrenset av et krav om saklighet. Fordi ansettelse er en del av styringsretten bør derfor også de være bundet av et krav om saklighet og dermed måtte være basert på et forsvarlig grunnlag, ikke være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Enkelte i juridisk litteratur er skeptiske til at det eksisterer et slikt generelt krav om saklighet og mener det ikke nødvendigvis kan utledes fra Kårstødommen¹⁶. Uansett om man anser ansettelse som begrenset av alminnelige ulovfestede saklighetsnormer eller ikke, så er arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse begrenset av en rekke lover som omhandler diskriminering.

Arbeidsmiljøloven¹⁷ er den viktigste loven som regulerer arbeidslivet. Loven sitt formål er etter § 1-1 blant annet å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet og å bidra til et inkluderende arbeidsliv. I aml. kapittel 14 finnes de nærmere bestemmelsene om

¹⁴ Innføring i Arbeidsrett, Fanebust. 4. Utgave Kapittel V Styringsretten. 1. Innledning a. begrep og begrunnelse. Side 117

¹⁵ HR-2000-868 - Rt. 2001-418 Side 427

¹⁶ I ”Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling” av Liv Evenrud (<https://www.idunn.no/arbeid/2009/04/art04> Sist besøkt 19. April 2017, ”2.2.2 Om sakligheten er begrenset til bestående arbeidsforhold” siste avsnitt) fremholdes det at Kårstødommen kun viser til at saklighet kreves for avgjørelser i arbeidsforholdet, men at det ikke gjelder ansettelse. Også Evju er i ”Om deltid kvinnerett og arbeidsrett – Et essay om en avhandling” (<https://www.idunn.no/arbeid/2009/03/art01> Sist besøkt 19. April 2017, ”3.3 Rettskilder og metode”, avsnitt 3) skeptisk til om det kan sies å eksistere et alminnelig saklighetsprinsipp utenom det krav som stilles av lovverket på diskrimineringsretten sitt område.

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

ansettelser. I § 14-9 går det frem at hovedregelen i det norske arbeidslivet er faste ansettelser. Midlertidige ansettelser skal kun inngås når de nærmere vilkår for det er innfridd. At alle ansettelser skal inngås med skriftlig arbeidsavtale følger av § 14-5. Av § 14-6 følger det noen nærmere krav til hva slags informasjon en arbeidsavtale skal inneholde.

Resten av bestemmelsene har virkning etter at arbeidsforholdet har startet, men legger få begrensninger på hvordan arbeidsgiver skal gå frem ved ansettelsen. Den ulovfestede styringsretten og den beskjedne reguleringen av ansettelser i arbeidsmiljøloven gir arbeidsgiver stor frihet. På hvilke måter begrenses denne friheten av andre deler av arbeidsmiljøloven og lovverket?

4 Retten til ikke-diskriminering

4.1 Innledning

Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven har overskriften ”Vern mot diskriminering” og er en viktig avgrensning av styringsrettens frihet. Hovedregelen er et forbud mot diskriminering i § 13-1. Den fastslår i (1) at ”direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbud”. Bestemmelsen verner altså noen av de grunnlagene for diskriminering som historisk sett er forbundet med arbeidslivet. Av (3) går det frem at forbudet også gjelder ved diskriminering av deltidsarbeidere og midlertidig ansatte. Deretter peker (4) videre til de frittstående diskrimineringslovene for regulering av andre diskrimineringsgrunnlag.

Disse lovene er:

- Diskrimineringsloven om seksuell orientering¹⁸
- Likestillingsloven¹⁹
- Diskrimineringsloven om etnisitet²⁰
- Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven²¹

¹⁸ Lov 21 juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

¹⁹ Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene

²⁰ Lov 21 juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn

²¹ Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne

Lovteknisk er alle lovene bygd opp på samme måte med en hovedregel om forbud mot diskriminering og enkelte unntak fra hovedregelen. De er delt opp i flere lover fordi de verner ulike *diskrimineringsgrunnlag*. Oppdelingen av vernet mot diskriminering i flere ulike lover er ennå en pågående debatt. Det foreligger nå et lovforslag om en ny samlet diskrimineringslov som snart skal behandles av Stortinget²².

De ulike diskrimineringsgrunnlagene som er gitt vern etter de nye lovene er henholdsvis seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk jfr. dl om seksuell orientering § 1. Kjønn jfr. likestillingsloven § 1. Etnisitet, religion og livssyn jfr. diskrimineringsloven om etnisitet § 1. Og funksjonsevne jfr. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1.

Til sammen utgjør diskrimineringslovene og kapittel 13 i arbeidsmiljøloven den nærmere rettslige reguleringen av retten til ikke-diskriminering. Det er anerkjent som en universell menneskerettighet og den norske lovgivningen på området er en forlengelse av EU/EF sitt Likebehandlingsdirektiv²³ som ble vedtatt i 2000. Norge var ikke forpliktet til å implementere direktivet etter EØS-avtalen, men valgte likevel å gjøre det. Høyesterett har derfor senere slått fast²⁴ at våre nasjonale diskrimineringsbestemmelsene må tolkes slik at de er forenelige med direktivet

4.2 Likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemda

Som et alternativ til domstolsbehandling av saker om diskriminering har det blitt opprettet et ombud og en nemd som reguleres av *diskrimineringsombudsloven*²⁵. Det følger av § 1 at loven gir regler om organiseringen av og virksomheten til ombudet og nemda. Videre jfr. § 1 skal ombudet og nemda føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av følgende lover:

- Likestillingsloven

²² Prop. 81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering

²³ Rådets direktiv 2009/78/EF af 27. November 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til besæftigelse og erhverv

²⁴ HR-2012-325-A - Rt-2012-219 Avsnitt (46)

²⁵ Lov 10 juni 2005 nr. 40 om Likestillings. Og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda

- Diskrimineringsloven om etnisitet
- Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven
- Diskrimineringsloven om seksuell orientering
- Arbeidsmiljøloven kapittel 13

For arbeidsmiljøloven er det gjort unntak for § 13-1 tredje ledd og § 13-9, for de andre lovene er det gjort forbehold med følgende ordlyd: ”hvis ikke annet følger av denne loven”. Det er også et par andre lover som ombudet og nemda skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av, men de er ikke relevante for oppgaven og blir derfor ikke gjennomgått.

Til slutt i § 1 følger det at ombudet skal føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelsene Norge har etter:

- Kvinnekonvensjonen²⁶,
- Rasediskrimineringskonvensjonen²⁷
- Konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne²⁸.

4.2.1 Ombudet

Etter § 2 er ombudet et uavhengig forvaltningsorgan som ikke kan instrueres om behandlingen av enkeltsaker eller om faglig virksomhet forøvrig, ombudets vedtak kan heller ikke omgjøres. Ombudet er kun administrativt underordnet Kongen og departementet. Det er også kongen i statsråd som utnevner stillingen som ombud etter åremål.

Oppgavene til ombudet er etter § 3 første ledd å arbeide for å fremme reel likestilling uavhengig av kjønn, nedsatt, funksjonsevne, etnisitet, religion, livssyn, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk på alle samfunnsområder. Og på arbeidslivets område skal ombudet også arbeide for å fremme likebehandling uavhengig av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder.

²⁶ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. Desember 1979 om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner

²⁷ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. Desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering

²⁸ De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 13. Desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Videre går det frem at arbeidet gjøres gjennom å føre tilsyn slik som nevnt i § 1 annet ledd. Gjennom muligheten til å gi uttalelse om hvorvidt et forhold er i strid med bestemmelser nevnt i § 1 annet ledd, ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Men dersom frivillig ordning ikke oppnås kan ombudet sende saken til nemda for videre behandling etter § 6. Følger av § 3 fjerde ledd at ombudet tar opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre. Enhver kan bringe inn en sak for ombudet.

Etter § 4 kan ombudet dersom partene ikke frivillig innretter seg etter en uttalelse, jf. § 3 tredje ledd og det antas å medføre ulempe eller skadevirkning, treffe vedtak som nevnt i § 7. Et slikt vedtak skal grunngis samtidig som ombudet treffer det og nemda skal underrettes. Vedtaket til ombudet kan deretter påklages til nemda.

4.2.2 Nemda

Etter § 6 er nemda sine oppgaver å behandle de sakene som bringes inn etter §§ 3 og 4. Dersom ombudet beslutter å ikke bringe inn en sak for nemda etter § 3 tredje ledd kan den likevel bringes inn av en part i saken eller en som har brakt inn saken for ombudet uten å være part. Nemda kan også selv kreve at ombudet skal bringe nærmere bestemte saker som de har behandlet inn for nemda. Dersom en sak er avgjort eller brakt inn for en domstol skal nemda avvise saken etter § 6 tredje ledd.

Av § 7 følger at nemda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på bestemmelser som nevnt i § 1 annet ledd. Og dersom nemda ikke kan treffe vedtak etter § 9, skal det gis uttalelse om hvorvidt saken har forhold som er i strid med bestemmelser som nevnt i § 1 annet ledd. Vedtakene skal grunngis samtidig med at de treffes jfr. § 7 fjerde ledd.

Etter § 7 andre ledd kan nemda med unntakene som følger av §§ 9 og 10 pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører og for å hindre gjentakelse. Nemda kan også sette frist for oppfyllelse av pålegget.

Det følger av § 8 at nemda også kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegg etter § 7 dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet.

4.2.3 Begrensninger i nemda sin kompetanse

Etter § 9 kan ikke nemda oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. Nemda kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe vedtak må utøves for å

ikke komme i strid med bestemmelser som nevnt i § 1 annet ledd. Og nemda sine vedtak er ikke bindende for Kongen eller departementene.

Av § 12 følger det at vedtak av nemda kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken.

4.2.4 Oppsummering

Ombudet har først og fremst en rolle som pådriver og tilsynsfører på diskrimineringsfeltet. I konkrete saker gis det først uttalelser om hvorvidt et forhold er i strid med diskrimineringslovene, og det legges opp til at partene deretter frivillig skal rette seg etter føringen. Dersom dette ikke skjer kan saken forelegges for nemda og kun dersom partene ikke frivillig retter seg etter uttalelsen og dette medfører skade eller ulempe og avvente nemda sin avgjørelse, kan ombudet treffe vedtak. På grunn av denne organiseringen har ombudet sin kompetanse i enkeltsaker preg av å være et slags konfliktråd.

Dersom saken sendes videre til nemda, enten av ombudet eller ved en klage av en av partene, kan bruddet på diskrimineringslovgivningen søkes rettet på flere måter. Nemda sin hovedoppgave er å gjennom vedtak avgjøre om det foreligger brudd på diskrimineringslovene. Kun i tilfeller der kompetansen til nemda er begrenset på grunn av andre forvaltningsorganer sine vedtak gis det uttalelse. Det er også for nemda lagt opp til at partene skal rette seg frivillig etter vedtaket, men nemda har muligheten til å pålegge stansing, retting, andre tiltak. Dette gjør at nemda sin kompetanse ligner mer på en domstol. I tillegg styrkes handlekraften til nemda med at den kan pålegges tvangsmulkt dersom fristen for et pålegg blir oversittet.

Likevel er det i svært få tilfeller at nemda har tatt i bruk disse virkemidlene. Sammenholdt med at enhver sak også kan tas videre til domstolene og at departementene ikke er bundet av vedtakene begrenses kompetansen. Nemda er avhengig av at partene aksepterer deres avgjørelser for at de skal kunne legge føringer for anvendelsen av diskrimineringslovene. Det kan derfor tenkes at der er helt sentralt for nemda sin virksomhet at avgjørelsene holder et høyt faglig nivå.

Vekten til nemda sine avgjørelser som rettskilde er av disse grunnene begrenset. Et vedtak her kan ikke gis automatisk tyngde i like stor grad som en avgjørelse fra domstolene, men må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Dette gjelder selvsagt for alle rettskilder som sådan, likevel må det nok gjelde et ekstra nivå av kritisk analyse for nemda sine avgjørelser på grunn av

begrensingene i kompetansen til å endelig avgjøre en sak. Det foreligger nå et forslag om en nye lov om ombud og nemd som snart skal behandles av Stortinget²⁹.

4.3 Grunnloven

Retten til ikke-diskriminering har i tillegg til diskrimineringslovene fått en bestemmelse i Grunnloven sin menneskerettighetskatalog³⁰. I Grl. § 98 går det frem at alle er like for loven og at ingen skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Av ordlyden kan det leses at det ikke er et forbud mot forskjellsbehandling, men at den må være basert på nærmere saklige vilkår og samtidig ikke være uforholdsmessig. I forarbeidene³¹ bemerkes det at menneskerettighetene bygger på den grunnleggende forståelsen av at alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd. Likhets og ikke-diskriminering er derfor helt sentrale menneskerettslige prinsipper av så høy verdi at de har fått en egen grunnlovsbestemmelse.

Menneskerettighetsutvalget påpeker at Diskrimineringsutvalget og deres NOU :”Et helhetlig diskrimineringsvern”³², og de påfølgende høringene har vært et viktig grunnlag for utvalgets vurderinger av om og hvordan disse rettighetene skulle grunnlovsfestes. Utredningen er altså relevant for å undersøke bakgrunnen for grunnlovsbestemmelsen og ikke-diskriminering som et sentralt menneskerettslig prinsipp.

Utvalget kom med følgende innledning³³ om diskriminering som fenomen:

I samfunnet er det en rekke former for handlinger, praksis eller ytringer som virker eller kan virke begrensende på personers livsutfoldelse, redusere livskvaliteten, begrense muligheter og føre til at noen personer eller grupper på grunn av bestemte egenskaper får en dårligere stilling i samfunnet enn andre. Etter vanlig språkbruk og samfunnsvitenskapelig terminologi vil slike former for praksis, handlinger eller ytringer ofte betraktes eller benevnes som diskriminering.

²⁹ Prop. 80 L (2016-2017) Lov om Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda

³⁰ Kongeriket Norges Grunnlov, E. Menneskerettigheter

³¹ Menneskerettighetsutvalget sin ”Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven” Dok. Nr. 16(2011-2012) Kap. 26 Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet – 26.1 Innledende bemerkninger – Side 139

³² Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern”

³³ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern - Kapittel 3.

Diskriminering som fenomen og rettslig begrep – Side 37

Her kan vanlig språkbruk betegnes som hva ordlyden i ”diskriminering” forstås som. Utvalget har også vurdert at dette er sammenfallende med samfunnsvitenskapelig terminologi.

Bakgrunnen for grunnlovsbestemmelsen er altså en forståelse av diskriminering som et fenomen der handlinger, praksis eller ytringer virker eller kan få virkning som begrensende på livsutfoldelse, reduksjon i livskvalitet begrensende for muligheter og føre til at enkelte grupper og personer får en dårligere stilling i samfunnet enn det som er tilfellet for andre. Diskriminering kan sies å omhandle helt grunnleggende tanker om rettferdighet og like muligheter for alle.

I utredningen kommenteres også hva som er de virkende årsakene til at diskriminering finner sted³⁴. Det pekes på at diskriminering kan være motivert av fordommer ovenfor bestemte grupper. For eksempel en nedvurdering av kvinner som skikket til lederstillinger. En lignende nedvurdering av menn som omsorgspersoner er et annet eksempel. Utvalget betegner her fordommer som en bakgrunn for at en gruppe uriktig tillegges negative egenskaper.

Den andre virkende årsaken for diskriminering som utvalget peker på er stereotyper. Det blir definert som når enkeltpersoner ikke blir behandlet på bakgrunn av sine egenskaper og kvalifikasjoner, men i stedet tillegges egenskaper basert på tilhørigheten til en gruppe. Her nevnes som eksempel at en funksjonshemmet jobbsøker blir antatt å ha mer sykefravær, selv om det ikke er grunn til å frykte det i det enkelte tilfellet. Selv om det statistisk sett kan være hold i slike stereotyper vil det være diskriminering når denne antagelsen legges til grunn uten en konkret vurdering av det enkelte tilfellet.

Det mest sentrale som kan trekkes ut fra utvalget sin utredning ligger i at diskrimineringen finner sted når det er fordommer og stereotypene som får avgjøre for eksempel en ansettelse. Det skal ikke skje. Det må alltid være en konkret vurdering av det enkelte tilfellet. En kvinnelig jobbsøker må få sine kvalifikasjoner som leder konkret vurdert. Det skal ikke legges vekt på fordommer eller stereotyper. Det vil være diskriminering.

³⁴ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern - Kapittel 3.

Diskriminering som fenomen og rettslig begrep – Side 37

En annen viktig del som utvalget peker på er at diskriminering ikke alltid er gjort med hensikt³⁵. Det er sjeldent en ondsinnet handling gjort fordi vedkommende hater kvinner eller minoriteter. I det moderne samfunn skjer det oftere på makro-nivå som strukturell og institusjonell diskriminering. Det kan være systemer eller organisasjonskultur som i utgangspunktet fremstår som nøytral, men som i sin virkning ikke skaper den likheten i muligheter som vi ønsker. I tillegg er også den enkelte person sin diskriminering ofte basert på ubevisste eller internaliserte fordommer og stereotyper.

Majoriteten av diskriminering i dag har ikke bakgrunn i en bevisst aktiv eller ondsinnet handling. Moderne diskriminering skjer ubevisst hos den enkelte og skjules i tilsynelatende nøytrale systemer. Et av de avsluttende sitatene i utredningen sin innledning er:

”Ubevisste stereotypiseringer spiller imidlertid en stor rolle i evalueringsprosesser og mellommenneskelige forhold. De påvirker hvordan vi overhodet oppfatter og tolker ting, hva vi husker og ikke husker og hva vi legger vekt på. Fordi vi ikke er tilstrekkelig bevisst slike tendenser, tas det ikke de forholdsregler som er nødvendige for å motarbeide dem”³⁶

Det omtalte over er altså bakgrunnen og det tankegodset som ligger bak grunnlovsbestemmelsen i § 98 og som har gitt flere nye lover om diskriminering. Det er også det underliggende i at retten til ikke-diskriminering er en menneskerettighet. EMK³⁷, SP³⁸ og

³⁵ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern - Kapittel 3. Diskriminering som fenomen og rettslig begrep – Side 38. Viser videre til :Om systemisk diskriminering og undersøkelser om forekomsten av systemisk diskriminering, se Craig 2007 og Craig 2008.

³⁶ Diskriminering som fenomen og rettslig begrep – Side 38. Viser videre til :Om systemisk diskriminering og undersøkelser om forekomsten av systemisk diskriminering, se Craig 2007 og Craig 2008.

³⁷ Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

³⁸ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. Desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

ØSK³⁹ er gjort til norsk lov ved menneskerettsloven⁴⁰ § 2 og har alle egne bestemmelser om ikke-diskriminering.

4.4 Konvensjoner inntatt i menneskerettighetsloven

4.4.1 EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) oppstiller et vern mot diskriminering i artikkel 14 som har følgende ordlyd:

”Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjonen skal bli sikret uten diskriminering av noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.”

Bestemmelsen er refleksiv fordi den kun viser tilbake til de rettighetene som konvensjonen sikrer. Det gjør at for at diskriminering skal kunne konstateres med grunnlag i artikkelen må det ha blitt gjort ved å krenke andre rettigheter i konvensjonen. I praksis gjør det at bestemmelsen ikke er veldig egnet til å brukes som verktøy mot diskriminering, men mer opptrer som en programerklæring. Interessant er bestemmelsen likevel fordi den regner opp de ulike diskrimineringsgrunnlagene som har vern. Helt til slutt er det tilføyd ”eller annen status” slik at det kan argumenteres for å gi vern til marginaliserte grupper som tradisjonelt sett ikke har blitt regnet inn under begrepet diskriminering.

4.4.2 SP

Den europeiske konvensjon om sivile og politiske rettigheter gjelder også som norsk lov ved lovfesting av MR-loven. Vernet mot diskriminering følger av artikkel 26 som har følgende ordlyd:

”Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling, og sikre liveverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling som rase, hudfarge, kjønn,

³⁹ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. Desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

⁴⁰ Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling for øvrig.”

Til forskjell fra art. 14 i EMK peker ikke art. 26 i SP inn igjen til konvensjonen sine vedtatte rettigheter. Den forplikter konvensjonsparten til å sørge for at ”lovgivningen forbyr enhver form for forskjellsbehandling”. Det gjør at denne bestemmelsen har sterkere rettskildemessig vekt og kan i større grad brukes som argument for et omfattende diskrimineringsvern.

Oppregningen av diskrimineringsgrunnlagene har også her et slags altomfattende tillegg ved ordlyden i ”eller stilling for øvrig”. Dette må kunne sies å være et argument for at diskrimineringsgrunnlag generelt ikke bør regnes opp uttømmende av konvensjonsparter.

SP Art. 2 (1) begrenser sitt anvendelsesområde til det som er omfattet av konvensjonen og har følgende ordlyd:

”Hver konvensjonspart forplikter seg til å respektere de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon, og å sikre dem for alle som befinner seg på dens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon, uten forskjellsbehandling av noe slag slik som på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.”

Igjen en artikkel som peker innover i seg selv. Vernet rekker altså kun så langt som de andre rettighetene i konvensjonen gjør. Så den forplikter konvensjonspartene – og dermed den norske staten – å sikre at disse andre rettighetene blir overholdt uten noen form for forskjellsbehandling. Også her dukker ”status for øvrig” opp som en av diskrimineringsgrunnlagene. Slik som ”stilling for øvrig” i SP art. 26 og ”annen status” i EMK art. 14 peker det i retning av at Norge er forpliktet til å sikre enhver utsatt gruppe mot diskriminering.

4.4.3 ØSK

Konvensjonen om økonomiske og sivile rettigheter sikrer også vern mot diskriminering. Art. 2 (2) har følgende ordlyd:

”Konvensjonspartene forplikter seg til å garantere at de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.”

Dette er igjen artikkel som forplikter å garantere overholdelse av de andre rettighetene i samme konvensjon uten noen form for diskriminering. Diskrimineringsgrunnlagene som nevnes er de samme som ellers, også med en egen ”eller status for øvrig” på slutten som et slags forbehold om at det også kan finnes andre grunnlag enn kjønn og rase. Dette indikerer at der er selve den usaklige forskjellsbehandling som konvensjonen tar sikte på å eliminere.

4.4.4 Oppsummering av menneskerettighetskonvensjonene sitt vern

Totalt sett utgjør bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene en sterk forpliktelse for norske myndigheter til å ha på plass et vern mot diskriminering. Hver konvensjon vil kunne konstateres brudd på hver for seg. Norge har utvilsomt forpliktet seg til å verne retten om ikke-diskriminering som en sentral menneskerettighet. Hvor omfattende denne forpliktelsen er må avgjøres av en fortolkning av rettskildene og den utvikling som følger av FN-komiteens og nasjonale myndigheters praksis. Som påpekt underveis i gjennomgangen av de ulike artiklene er det mange av dem som er refleksive, og kun verner mot diskriminering som går utover andre rettigheter i samme konvensjon. Det gjør først muligheten for å finne grunnlag for diskriminering mindre. Det gjør også at vernet blir mindre praktisk anvendelig. Det er også en svakhet generelt med vernet av ikke-diskriminering i EMK, SP og ØSK at de ikke setter tydeligere krav om hvordan retten skal sikres ved prosessordninger og konkrete tiltak.

Retten til like muligheter/likestilling og ikke-diskriminering er rettigheter som lovteknisk beskrives som en rettslig standard. Hvordan rettigheten skal sikres gjennomført må avgjøres av den som er ansvarlig for å sikre lovens oppfyllelse på sitt område, enten det er snakk om i skolen og det pedagogiske opplegget eller av arbeidsgiver i arbeidslivet⁴¹. Kjernen er at hvordan en standard som uttrykker en rettighet skal gjennomføres er overlatt til skjønn av de som er ansvarlig for å sikre rettigheten på sitt område.

⁴¹Se ”Opplæringslovens og barnehagelovens formålsbestemmelser. Utdanning, likestilling og stereotype kjønnsroller” av Helga Aune, inntatt i boken – ”Utdanningsrettslige emner, artikler med utvalgte tema fra skole- og utdanningsrettens område” av Jakhelln og Welstad. Kapittel 6, Side 101. Viser hvordan retten til likestilling må håndheves av den enkelte skole og barnehage. Vil også gjelde tilsvarende for arbeidsgivere. Hvor langt like muligheter skal etterstribes av den enkelte er ikke konkretisert og derfor hviler ansvaret på den enkelte arbeidsplass hos arbeidsgiveren i hvor store ressurser som skal brukes.

4.5 Diskrimineringsvern etter EØS/EU-retten

4.5.1 Likebehandlingsdirektivet⁴²

Norge har forpliktet seg til å ha et diskrimineringsvern i tråd med EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet (likebehandlingsdirektivet⁴³). Videre følger en gjennomgang av hvilke forpliktelser det medfører for lovgiver. Spørsmålet er hva som rettslig følger av direktivet for retten til ikke-diskriminering.

I direktivets innledning (betraktningene) understrekes det at alle mennesker sin rett til likhet for loven og beskyttelse mot forskjellsbehandling er en universell rettighet. Videre blir det gjort klart at direktivet fasetter minstekrav og at medlemstatene har adgang/mulighet til i sin nasjonale lovgivning å gi mer gunstige bestemmelser. I artikkel 1 går det frem at formålet med direktivet er å fastlegge en generell ramme for bekjempelsen av forskjellsbehandling i arbeidslivet på bakgrunn av religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering. Artikkel 2 (1) slår fast at prinsippet om behandling betyr at det ikke skal forekomme noe form for direkte eller indirekte diskriminering på bakgrunn av grunnlagene som nevnt i Artikkel 1.

I Artikkel 2 (2) forklares begrepet forskjellsbehandling. Det skilles mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Direkte forskjellsbehandling foreligger når en person blir behandlet dårligere enn noen andre i tilsvarende situasjon blir, har blitt eller ville ha blitt behandlet jfr. andre ledd bokstav a. Indirekte forskjellsbehandling foreligger der en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis for enkelte personer slår ut særlig ufordelaktig sammenlignet med hvordan det virker for andre mennesker etter andre ledd bokstav b.

4.6 Diskrimineringslovene og kapittel 13 i arbeidsmiljøloven

4.6.1 Forbud mot diskriminering

Hovedregelen er at direkte og indirekte diskriminering er forbudt. I arbeidsmiljøloven er bestemmelsen slik:

⁴² Betraktninger avsnitt (4)

⁴³ Direktiv 2000/78/EF

Aml. § 13-1 (1) ”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbudt.”

Diskrimineringsgrunnlagene som har fått plass i bestemmelsen er forhold som har stått sterkt i fagbevegelsen slik som medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og politisk syn. I tillegg er alder tatt inn som grunnlag.

Det vises i forarbeidene til arbeidsmiljøloven at ILO sine konvensjoner har stor betydning for de nåværende rettigheter på arbeidsmarkedet⁴⁴. Her er blant annet konvensjonen om diskriminering i sysselsetting og yrke ILO nr. 111 viktig. Den forplikter partene jfr. artikkel 1 til å sikre seg mot at diskriminering på grunnlag av rase, farge, kjønn, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse og sosial herkomst forekommer i sysselsetting og yrkesutøving.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven går det frem at definisjonen av direkte og indirekte diskriminering er en videreføring av gjeldende rett⁴⁵. Således at direkte diskriminering er når en person på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder, behandles dårligere enn en person uten slike kjennetegn blir behandlet, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon. Og at med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre uten slike kjennetegn, på grunn av diskrimineringsgrunnlagene. Dette er i tråd med definisjonene og systemet som går frem av EUs likebehandlingsdirektiv.

Aml. § 13-1 (2) ”Trakassering og instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd anses som diskriminering.”

Bestemmelsen gir vern mot at diskriminering kan holdes skjult ved instruks eller ved upassende atferd.

Aml. § 13-2 (1) ”Bestemmelsene i dette kapitlet gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder:

⁴⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 3 Bakgrunn og tilstandsbeskrivelse – Side 37

⁴⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-1 Fobud mot diskriminering – side 325

a) utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, ”

Det er altså ikke tvilsomt at forbudet mot diskriminering også gjelder ved ansettelser. At utlysning av stilling, omplassering og forfremmelse er med viser at hele ansettelsesprosessen og også intern rekrutering til stilling er omfattet. Dette følger også av direktivet sin artikkel 3 at vernet mot diskriminering gjelder ved alle sider av arbeidslivet inkludert ”recruitment conditions”. Det er videre lagt til grunn i EU-domstolen sin praksis at vernet også gjelder for jobbsøkere. Se for eksempel Case-88/08 (Hutter avsnitt) 34 eller Case-229/08 (Wolf) avsnitt 26.

Aml. § 13-1 (4) ”Ved diskriminering på grunn av kjønn gjelder likestillingsloven.”

Likestillingsloven⁴⁶ § 5 slår fast sin hovedregel om at diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. Etter § 2 gjelder loven på alle områder i samfunnet. Dermed også ved ansettelser. I § 5 andre ledd går det frem at definisjonen av direkte og indirekte diskriminering er den samme som etter aml. § 13-1 og dermed også i samsvar med direktivet.

Aml. § 13-1 (5)

”Ved diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn gjelder diskrimineringsloven om etnisitet.”

Diskrimineringsloven om etnisitet⁴⁷ § 6 slår fast at diskriminering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn er forbudt. I andre ledd er direkte og indirekte diskriminering definert i samsvar med de andre lovene. Loven gjelder på alle området i samfunnet bortsett fra familieliv og rent personlige forhold jfr. § 2. Derfor også i arbeidslivet og ved ansettelser, altså før en person har fått jobb.

Aml. § 13-1 (6)

”Ved diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne gjelder diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.”

⁴⁶ Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene

⁴⁷ Lov 21 juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven⁴⁸ har i § 5 hovedregelen om at diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt. Etter § 2 gjelder loven på alle områder i samfunnet, med unntak av familieliv og rent personlige forhold. Dermed gjelder forbudet også ved ansettelser.

Aml. § 13-1 (7) ”Ved diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk gjelder diskrimineringsloven om seksuell orientering.”

Diskrimineringsloven om seksuell orientering⁴⁹ § 5 slår fast at diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er forbudt. Av § 2 følger det at loven gjelder på alle områder i samfunnet med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold. Ansettelser faller dermed innenfor loven sitt virkeområde.

4.6.2 Oppsummering av diskrimineringsgrunnlagene

Norge er altså forpliktet til å verne retten til ikke-diskriminering gjennom en rekke internasjonale konvensjoner, likebehandlingsdirektivet og har en egen bestemmelse i Grunnloven. I diskrimineringslovene og arbeidsmiljøloven er den nærmere reguleringen gjennomført. I tråd med at de internasjonale forpliktelsene og spesielt Likebehandlingsdirektivet åpner for at partene kan vedta et mer omfattende vern enn det som følger av direktivet har Norge gitt vern til flere diskrimineringsgrunnlag. Totalt sett er det altså forbudt å diskriminere ved ansettelser på grunn av:

politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, alder, kjønn, etnisitet, religion, livssyn, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

5 Unntak fra forbudet mot diskriminering

5.1 Likebehandlingsdirektivet

I allerede nevnte artikkel 2 er forbudet mot diskriminering slått fast. Deretter åpnes det for unntaket i andre ledd bokstav b (i), som sier at forskjellsbehandling likevel ikke er i strid med

⁴⁸ Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne

⁴⁹ Lov 21 juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

hovedregelen dersom avgjørelsen, betingelsen eller praksisen er objektivt begrunnet i et legitimt mål og midlene for å oppfylle det er hensiktsmessige og nødvendige.

Hva som er legitime mål generelt presiseres ikke uttømmende i direktivet, nettopp fordi likestilling og like muligheter som nevnt er en rettslig standard, slik at praksis fra EU-domstolen og EFTA blir særlig relevant. Som tidligere nevnt har også Høyesterett vist⁵⁰ til at vår lovgivning skal være i overensstemmelse med direktivet.

I artikkel 2 (5) presiseres det at direktivet ikke skal få virkning på tiltak som er fastsatt ved nasjonal lovgivning og som i et demokratisk samfunn er nødvendige av hensyn til den offentlige sikkerheten, den offentlige orden, for å forebygge forbrytelser, for å beskytte helse eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Bestemmelsen utgjør en klausul som åpner for unntak fra forbudet mot diskriminering for tiltak i lovs form, som angår mer overordnede samfunnsmessige utfordringer.

Etter artikkel 6 åpnes det for forskjellsbehandling på grunn av alder til tross for forbudet i artikkel 2 (2). Det er mulig dersom det er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av den nasjonale lovgivningen, og hvis tiltaket som er valg til å oppfylle formålet, er hensiktsmessig og nødvendig. Eksempler på hva som kan være legitime formål inkluderer etter artikkelen blant annet: ” *legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives* ”.

I artikkelen bokstav a, b og c utdypes det hva slik lovlig forskjellsbehandling kan gå ut på. Det går frem av bestemmelsen selv at listen ikke er uttømmende, slik at praksis fra EU-domstolen er viktig for den nærmere definisjonen av legitime mål. Som generell veiledning kan det ses til Case C-114/04 (Mangold) som omhandler aldersdiskriminering og en tysk arbeidsavtale som unntok arbeidstakere over 52 år fra begrensninger i bruk av midlertidige ansettelser. Domstolen har følgende uttalelse:

”In this respect the Member States unarguably enjoy broad discretion in their choice of the measures capable of attaining their objectives in the field of social and employment policy”⁵¹.

⁵⁰ HR-2012-325/Rt-2012-219 Avsnitt (46)

⁵¹ Mangold Case C-144/04 Avsnitt 63

Denne linjen der statene selv har stor skjønnsmargin er senere videreført blant annet i Rosenblatt-saken⁵². I Helikopterpilot-dommen viser Høyesterett til denne uttalelsen og sier følgende:

”Blant annet i Rosenblatt-dommen, Sak C-45/09, uttalte EU-domstolen at medlemstaten, og i gitte tilfeller arbeidsmarkedets parter, har en vid skjønnsmargin både når det gjelder hvilke formål blant flere de velger å forfølge på området for sosialpolitikk og sysselsetting, og ved valget av hvilke midler som kan oppfylle målene, se avsnitt 41 ”⁵³.

At det legges til grunn at også arbeidsmarkedets parter har en vid skjønnsmargin er interessant for hovedproblemstillingen om arbeidsgiver sitt handlingsrom ved ansettelser.

En viktig del av direktivet sin utforming er artikkel 10 om bevisbyrde. Den fastslår at partene er enige om å implementere regelverk som gjør at bevisbyrden går over på den innklagede så snart klageren gir ”anledning til å formode” at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Bevisbyrden starter derfor hos klageren, men så snart det gis opplysninger som gir ”anledning til å formode” at det har skjedd diskriminering, så skifter bevisbyrden over på den innklagede. Deretter er det opp til for eksempel en innklaget arbeidsgiver å bevise sin egen uskyld.

I juridisk litteratur viser Hedlund til at dette kalles ”delt bevisbyrde” og at det i et slikt system ofte vil være i begge parters interesse å fremlegge opplysninger som er relevante for saken⁵⁴. At der dermed kan være et godt system ved ansettelser virker logisk, gitt at arbeidsgiver får et insentiv til å være ryddig og dokumentere sine vurderinger. Slik blir det lettere å kunne etterprøve om vurderingene har vært saklige, eller om en søker har vært utsatt for diskriminering.

Direktivet slår også fast i artikkel 7 at for å sikre full likestilling i arbeidslivet er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for at det særbehandling som har til formål å forebygge eller opprette ulemper som utsatte grupper lider under.

⁵² Rosenblatt Case C-45/09 Avsnitt 41

⁵³ HR-2012-325 A – Rt-2012-219 Avsnitt (65)

⁵⁴ Mary-Ann Hedlund – Bevisbyrde. Kapittel 11 i boken Diskriminerings- og likestillingsrett, Hellum og Ketcher (red) – 11.1.1 side 323 og 324.

De nevnte artiklene er videreført i arbeidsmiljøloven kapittel 13 og diskrimineringslovene.

5.2 Unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven og diskrimineringslovene

Alle de gjennomgåtte hovedreglene om forbud har en påfølgende bestemmelse som åpner for unntak. Bestemmelsene har samme system som tidligere ved at de er likelydende, men gjelder for ulike grunnlag. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven er likevel bygd opp litt annerledes.

Aml. § 13-3 (1) lyder: ***”Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke anses ikke som diskriminering etter loven her.”***

Og videre i (2): ***”Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.”***

I de andre diskrimineringslovene er bestemmelsen helt lik hverandre. De inneholder det samme som i § 13-3 (1), men er vedtatt i en litt annen form. Likestillingsloven § 6 lyder:

”Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- a) den har et saklig formål***
- b) den er nødvendig for å oppnå formålet***
- c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere. ”***

Den samme ordlyden fremgår av § 6 i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, § 6 i diskrimineringsloven om seksuell orientering og i § 7 i diskrimineringsloven om etnisitet. Alle lovene har også en lik formålsbestemmelse i § 1. De har alle den samme ordlyden som sier at formålet med loven er å fremme likestilling. Forskjellen er at de søker likestilling på ulike grunnlag. De er samsvarende med lovene sine diskrimineringsgrunnlag, henholdsvis likestilling av kjønn, likestilling uavhengig av etnisitet osv. Formålsbestemmelsene fortsetter

med å redegjøre hva som menes med likestilling. Her sies det at likestilling innebærer likeverd, like muligheter og rettigheter, tilgjengelighet og tilrettelegging.

Likestillingsloven sier i tillegg i § 1 at loven tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1 har en tilføyelse om at loven skal bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes.

Ulike tilfeller der unntak er aktuelle må altså søke hjemmel i rett lov. Dersom unntaket gjelder kjønn må det være et saklig formål i henhold til likestillingsloven. Ved vurderingene vil det derfor være naturlig å se hen til formålsbestemmelsene i de ulike lovene. Forarbeidene til lovene vil også kunne være til hjelp.

5.3 Nærmere om vilkårene for unntak i arbeidsmiljøloven

I forarbeidene til § 13-3 påpekes det at det generelle unntaket i(1) er en videreføring av rettstilstanden, slik at forbudet ikke gjelder dersom diskrimineringen har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke⁵⁵. Hva som er saklig grunn og formål er ikke nærmere beskrevet i rammedirektivet, men det vises til at praksis fra EF-domstolen antas å være retningsgivende⁵⁶. Praksisen der har lagt vekt på direktivets formål med å fremme likebehandling og at det derfor skal tungtveiende grunner til for å tillate forskjellsbehandling. Rettstilstanden vurderes i forarbeidene til at unntaket skal tolkes strengt⁵⁷. Det tilføyes at bestemmelsen gjelder alle former for diskriminering, herunder direkte, indirekte og trakassering. I tillegg til at den gjelder alle diskrimineringsgrunnlag.

Om § 13-3 (2) uttaler de samme forarbeidene at det for indirekte diskriminering, diskriminering på grunnlag av alder, deltidsarbeid og midlertidige ansettelser gjelder en videre adgang til unntak, enn det som gjelder etter (1)⁵⁸. Videre sies det at det i andre ledd til forskjell fra første ledd ikke stilles krav om at diskrimineringen må være nødvendig for

⁵⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-3 Unntaket fra forbudet mot diskriminering – Første ledd – Side 326

⁵⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-3 Unntaket fra forbudet mot diskriminering – Første ledd – Side 327

⁵⁷ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-3 Unntaket fra forbudet mot diskriminering – Første ledd – Side 327

⁵⁸ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-3 Unntaket fra forbudet mot diskriminering – Andre ledd – Side 327

utøvelsen av yrket eller arbeidet. Med formuleringen ”diskrimineringen” siktes det til at i (1) må forskjellsbehandlingen og dermed unntaket, være grunnlagt i at det er nødvendig for utøvelsen av yrket å ha for eksempel en bestemt funksjonsevne eller religiøs overbevisning.

Likevel kreves det at det er en saklighet og en proporsjonalitet mellom middel og mål. Hvordan den grensen går sies det må være en konkret skjønnsmessig vurdering i den enkelte sak utfra faktum⁵⁹. Her er nok også praksis fra EF-domstolen særlig relevant med tanke på den nærmere terskelen. Som nevnt i gjennomgangen av likebehandlingsdirektivet tidligere i oppgaven, så ble det i Helikopterpilot-dommen vist til at medlemstatene og arbeidsmarkedets parter har en vid skjønnsmargin ved valget av formål som søkes oppnådd og midlene som tas i bruk⁶⁰. I samme dom vises det også til at unntakene i arbeidsmiljøloven § 13-3 må tolkes slik at de blir forenelige med direktivet, og at norske domstoler må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskildene som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen⁶¹.

I dommen deles vurderingen opp i to hovedspørsmål. Det vises til Artikkel 6 i direktivet og spørsmålet om forskjellsbehandlingen er ”objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål”, og at dette har fått ordlyden ”saklig formål” i arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd⁶². Første spørsmål blir derfor om den praksisen eller midlet i den aktuelle saken har et saklig formål. Det andre hovedspørsmålet blir om middelet er hensiktsmessig og nødvendig til å nå formålet, det vil si om forskjellsbehandlingen er nødvendig og forholdsmessig, slik arbeidsmiljøloven § 13-3 krever⁶³.

5.4 Nærmere om vilkårene for unntak i likestillingsloven

Forarbeidene⁶⁴ til likestillingsloven § 6 sier klart at muligheten til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn i arbeidsforhold vil være veldig snever. Det vil kun være adgang til det

⁵⁹ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-3 Unntaket fra forbudet mot diskriminering – Andre ledd – Side 327

⁶⁰ HR-2012-325 A – Rt-2012-219 Avsnitt (65)

⁶¹ HR-2012-325 A – Rt-2012-219 Avsnitt (46)

⁶² HR-2012-325 A – Rt-2012-219 Avsnitt (59)

⁶³ HR-2012-325 A – Rt-2012-219 Avsnitt (68)

⁶⁴ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene – 20.2

Likestillingsloven - Til § 6 lovlig forskjellsbehandling – Side 170

dersom det at arbeidstakeren er enten mann eller kvinne vil være nødvendig for arbeidet eller eventuelt en bestemt rolle, oppgave eller liknende. Eksempler som nevnes er dersom en prest skal ansettes i et trossamfunn eller dersom en skal ha en modell eller skuespiller av et bestemt kjønn.

Ut fra det som går frem her i forarbeidene og de eksemplene som nevnes kan det konkluderes med at ved ansettelser er det bare i helt spesielle tilfeller unntaket kan rettferdiggjøres ved vektlegging av kjønn. For alle vanlige bedrifter vil altså diskriminering på grunn av kjønn aldri kunne søkes rettferdiggjort i unntaket.

5.5 Nærmere om vilkårene for unntak i Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

I forarbeidene⁶⁵ går det frem at det ikke vil være saklig å forskjellsbehandle på grunn av nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet med mindre det er nødvendig med en bestemt funksjonsevne for å utøve arbeidet eller yrket.

Her kan det tenkes arbeid som krever særlig fysisk kapasitet for eksempel politi, brannvesen eller i forsvaret. Likevel er det mange slike yrker som praktiserer fysiske tester, slik at det ikke engang å få mulighet til å forsøke vil kunne være diskriminering.

5.6 Nærmere om vilkårene for unntak i Diskrimineringsloven om seksuell orientering

I forarbeidene⁶⁶ understrekes det at adgangen til å forskjellsbehandle i arbeidsforhold vil være veldig snever fordi det er et skjerpet diskrimineringsforbud i arbeidslivet. Det er bare adgang til å forskjellsbehandle dersom en bestemt seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er nødvendig for å utføre arbeidet eller en bestemt rolle. Som eksempel nevnes ansettelse av prest i et trossamfunn der forskjellsbehandlingen kan begrunnes i den religiøse læren.

⁶⁵ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene – 20.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven – Til § 6 lovlig forskjellsbehandling – Side 180

⁶⁶ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene – 20.1 Diskrimineringsloven om seksuell orientering – Til § 6 lovlig forskjellsbehandling – Side 161

Den norske kirke har nylig åpnet for likekjønnet ekteskap, slik at de ville for eksempel hatt vanskeligheter med å begrunne en forskjellsbehandling. Det vil nok kun være mindre og svært konservative trossamfunn som kan begrunne forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Forarbeidene nevner ikke noe spesielt om kjønnsuttrykk og kjønnsidentitet. Den nylige politiske diskusjonen om å lage et tredje juridisk kjønn vil kanskje føre til at dette blir en hyppigere problemstilling i fremtiden⁶⁷. Debatten har nå endt opp som lov med ikrafttredelse senere i år⁶⁸.

5.7 Nærmere om vilkårene for unntak i Diskrimineringsloven om etnisitet

Forarbeidene⁶⁹ viser til en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av om det i et konkret tilfelle vil kunne åpne opp for forskjellsbehandling på saklig grunnlag. Dette må vurderes i lys av EUs rasediskrimineringsdirektiv artikkel 4 og rammedirektivet artikkel 4. Det følger av disse at det bare kan legges vekt på rase, etnisk opprinnelse, religion eller tro dersom dette er *”et regulært og avgjørende erhvervsmessig krav, forutsatt at målet er legitimt, og at kravet står i rimelig forhold hertil.”* Den engelske versjonen har følgende ordlyd: ”shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate”.

Det vises så til som tidligere nevnt at trossamfunn kan ha grunn til å forskjellsbehandle på grunn av forhold knyttet til tro eller livssyn. Her minner vurderingen om den som gjelder for seksuell orientering. Det må for eksempel være nødvendig med en spesiell tro eller religiøs overbevisning for å drive med arbeidet. Å forskjellsbehandle på grunn av rase - eller etnisitet som er valgt som begrep i den norske loven, vil nok aldri være saklig i arbeidsforhold. Det er også svært tvilsomt om det noen gang vil være mulig ellers i samfunnet.

⁶⁷ https://www.nrk.no/norge/krf_-_uaktuelt-a-innfore-et-tredje-kjonn-1.13369895 Siste besøkt 19. April 2017 og <https://www.nrk.no/norge/arbeiderpartiet-apner-for-hen-1.13361788> Sist besøkt 19. April 2017

⁶⁸ <https://www.stortinget.no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64488> Sist besøkt 19. April 2017

⁶⁹ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene – 20.3

6 Unntaket om positiv særbehandling

6.1 Arbeidsmiljøloven

Et annet unntak som loven åpner for er positiv særbehandling. Arbeidsmiljøloven § 13-6 har følgende ordlyd: *”Særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med bestemmelsene i dette kapittel. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.”*

Hovedvilkåret er altså at særbehandlingen må bidra til å fremme likebehandling. I tillegg kreves det at særbehandlingen stopper når formålet er nådd. I forarbeidene⁷⁰ uttales det at bestemmelsen gir adgang til å opprette eller beholde bestemmelser eller tiltak som har til hensikt å beskytte eller styrke posisjonen for eldre/ynge arbeidstakere/arbeidssøkere, funksjonshemmede og så videre i arbeidslivet. I tråd med tidligere uttalelser i forarbeidene legges det til grunn at bestemmelsen gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag. Videre sies det at den enkelte arbeidsgiver kan gjennomføre positiv særbehandling dersom dette er et tiltak som bidrar til å fremme likebehandling, til tross for at det i praksis vil kunne føre til diskriminering av andre grupper som er vernet av loven⁷¹. Det understrekes at dette er en unntaksregel og at den skal tolkes snevert. Forarbeidene mener at særbehandlingen kun bør forekomme i tilfeller der ulempene av å forskjellsbehandle klart oppveies av fordelene. Og at dette unntaket eksisterer for å brukes i de tilfellene der likebehandling ikke fører til reel likebehandling⁷². Det antas at det med ”reel likebehandling” siktes til det som kan betegnes som faktisk likestilling i form av like muligheter. Det er altså tankegangen bak unntaket og terskelen skal være høy for å ta den i bruk.

Diskrimineringsutvalget forklarer i sin utredning at positiv særbehandling er forskjellsbehandling av bestemte grupper for å fremme likestilling, og at særbehandlingen er et verktøy for å kompensere for at enkelte grupper har en svakere stilling i samfunnet enn

⁷⁰ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) 25 Merknader til lovteksten – Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-6 Positiv Særbehandling – Side 328

⁷¹ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) 25 Merknader til lovteksten – Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-6 Positiv Særbehandling – Side 328

⁷² Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) 25 Merknader til lovteksten – Kapittel 13 Vern mot diskriminering – Til § 13-6 Positiv Særbehandling – Side 328

andre. Noe som kan svekkes deres reelle forutsetninger til å nyttiggjøre seg rettigheter og muligheter⁷³.

De forklarer videre hvordan særbehandlingen kan finne sted: for eksempel ved å kvotere innvandrere til utdanning ved å gi søkere med minoritetsbakgrunn ekstrapoeng ved opptak, en arbeidsgiver kan ha som praksis at søkere med funksjonsnedsettelse som er kvalifisert til stillingen alltid blir innkalt til intervju eller at en kvinnelig arbeidssøker skal gå foran en mannlig søker dersom hun har like eller tilnærmet like gode kvalifikasjoner. Det siste eksempelet kalles for moderat kvotering⁷⁴.

Utvalget kommenterer til slutt dualiteten i at den positive særbehandlingen skal hjelpe, samtidig som den i seg selv utgjør forskjellsbehandling og hvilken konsekvens det har for bruken av unntaket:

”Særbehandling av noen vil isolert sett innebære at andre behandles mindre fordelaktig, for eksempel hvis kvotering fører til at en person ikke får en stilling han eller hun ellers ville fått.

Fordi særbehandlingen kan virke negativt for noen enkeltpersoner, er adgangen til positiv særbehandling for å fremme likestilling i diskrimineringslovgivningen begrenset og hjemlet i særlige unntak fra diskrimineringsforbudet⁷⁵”.

Bestemmelsen om positiv særbehandling i de andre lovene har tilsvarende innhold som bestemmelsen i arbeidsmiljøloven, men en litt mer utførlig utforming. Her er tilføyelsene fra forarbeidene tatt med i loven.

6.2 Likestillingsloven

Likestillingsloven § 7 har følgende ordlyd: **”Positiv særbehandling av det ene kjønn er ikke i strid med forbudet i § 5 dersom:**

⁷³ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern” Kapittel 3
Diskriminerings som fenomen og rettslig begrep 3.2.3 Positiv særbehandling, Side 41 første avsnitt

⁷⁴ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern” Kapittel 3
Diskriminerings som fenomen og rettslig begrep 3.2.3 Positiv særbehandling, Side 41 andre avsnitt

⁷⁵ Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern” Kapittel 3
Diskriminerings som fenomen og rettslig begrep 3.2.3 Positiv særbehandling, Side 41 tredje avsnitt

- a) *særbehandlingen er egnet til å fremme lovens formål,*
- b) *det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere og*
- c) *særbehandlingen opphører når formålet med den er oppnådd.”*

Bokstav a) og c) er samme vilkår som går frem i arbeidsmiljøloven sitt unntak. Og bokstav b) er forholdsmessighetsvurderingen som gikk frem av forarbeidene. Det legges derfor i utgangspunktet til grunn at der er samme vurdering. Forarbeidene sier at bestemmelsen i sin tid var en videreføring av rettstilstanden på området og det vises til redegjørelsen av rettstilstanden som ble gjort når loven var først vedtatt⁷⁶. Her går det frem at særbehandling av det ene kjønn er tillatt for å fremme likestilling og at det er for kvinner adgangen særlig eksisterer, for å rette opp den ulike stillingen som historisk har eksistert mellom kjønnene⁷⁷. Det er i tråd med hvordan resten av likestillingsloven nå er bygd opp.

Videre kommenteres konflikten som positiv særbehandling skaper i forhold til prinsippet om likebehandling. Unntaket bygger på erkjennelsen av at et diskrimineringsforbud ikke er et tilstrekkelig effektivt tiltak til å oppnå likestilling. Og at det derfor i enkelte situasjoner er mer ønskelig å bidra til lik fordeling mellom kjønnene på bekostning av rettferdighet for enkeltindividet⁷⁸.

Om lovens vilkår oppsummeres det følgende: *”For det første må tiltaket være egnet til å fremme likestilling. For det andre må særbehandlingen rettes mot det kjønn som står svakest på det aktuelle området. For det tredje gjelder adgangen til å særbehandle bare til formålet med tiltaket er oppnådd. For det fjerde stilles det krav til proporsjonalitet”⁷⁹.*

⁷⁶ Prop. 88. L (2012-2013) Kapittel 20 Merknad til de enkelte lovbestemmelser – 20.2 Likestillingsloven – Til § 7 Positiv særbehandling – Side 171

⁷⁷ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.2.1 Innledning Side 40

⁷⁸ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.2.1 Innledning Side 40 - jf. Ot.prp.nr.1 (1977-1978) s. 12.

⁷⁹ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.2.3 Lovens vilkår Side 41

For hvordan disse vilkårene skal praktiseres vises det til at det må ses hen til norsk og EU-rettslig praksis, der EU-domstolen sin praksis vil være et sentralt tolkningsmoment⁸⁰. I nærmere kommentar om praksis fra EU-domstolen vises det til Case C-450/93 (Kalanke), Case C-158-97 (Badeck) og Case C-409-95 (Marschall)⁸¹. Disse dommen tok opp tilfeller der kvinnelige søkere bare går foran mannlige søkere dersom de er likt eller tilnærmet likt kvalifisert, det som kalles for ”moderat kvotering”. Det vises til at dommene slår fast at fortrinnsrett kan tillattes dersom den nasjonale regelen ikke gir automatisk fortrinnsrett og regelen garanterer like godt kvalifiserte mannlige søkere en objektiv vurdering av deres situasjon og der en tar i betraktning alle kriterier som knytter seg spesifikt til hver enkelt kandidat uavhengig av kjønn⁸².

Dette blir dermed fremgangsmåten for at moderat kvotering skal kunne være i overenstemmelse med direktivitet og praksis fra EU-domstolen. De norske bestemmelsene om kvotering i likestillingsloven må tolkes slik at de er innenfor denne avgrensningen.

Om yttergrensen og hva som ikke er tillat når de gjelder positiv særbehandling av kjønn vises det til Tham-saken⁸³. I dommen ønsket et universitet i Sverige å øremerke stillinger for et bestemt kjønn. Dette blir omtalt som radikal kvotering og ble ikke tillatt av domstolen. Forarbeidene kommenterer at det på bakgrunn av dommen ser ut til at det ikke er adgang til å anvende radikal kvotering av denne typen selv om ordningen er begrenset til et bestemt antall stillinger eller er ledd i en plan for anvendelse av positiv særbehandling ved institusjonen⁸⁴.

Denne tolkningen er i tråd med de vilkårene som ble tolket ut av de tre andre dommene og kravet til at alle skal få en objektiv vurdering av sine kvalifikasjoner før det eventuelt anvendes en positiv særbehandling av det underrepresenterte kjønn.

⁸⁰ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.2.3 Lovens vilkår Side 41

⁸¹ Case C-450/93 (Kalanke), Case C-158-97 (Badeck), Case C-409-95 (Marschall)

⁸² Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.4.1.1 Nærmere om EF-rettspraksis Side 44

⁸³ Case C-407/98 (Tham)

⁸⁴ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.4.1.1 Nærmere om EF-rettspraksis Side 44

6.3 Diskrimineringsloven om seksuell orientering

Ordlyden i § 8 i loven er nesten tilsvarende som i likestillingsloven, men gjelder for særbehandling på grunn av etnisitet, religion eller livssyn. I forarbeidene vises det til de allerede gjennomgåtte forarbeidene til likestillingsloven og arbeidsmiljøloven for hvordan vilkårene skal praktiseres⁸⁵.

6.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Ordlyden i § 7 er samme som i likestillingsloven, bortsett fra at bestemmelsen verner positiv særbehandling på grunnlag av nedsatt funksjonsevne.

Forarbeidene forklarer at det i utgangspunktet vil være legitimt å gi fordeler til personer med nedsatt funksjonsevne for eksempel for å bedre mulighetene i arbeidslivet. Det kan være mentorordninger, egne støtteordninger eller kurs for arbeidsgivere som ansetter personer med nedsatt funksjonsevne, eller særlig tilrettelegging utover det diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven krever. Det legges til at dersom et slikt tiltak er rettet mot personer med nedsatt funksjonsevne generelt, vil det ikke være problematisk i henhold til loven⁸⁶.

Slike tiltak retter seg mot personen med nedsatt funksjonsevne for å skape tilsvarende muligheter som andre har. Personer uten nedsatt funksjonsevne trenger ikke ekstra tilrettelegging, slik at dette kan ses på som en mild form for positiv særbehandling.

For tilfellet der særbehandlingen går ut over andre personer som også har nedsatt funksjonsevne vises det til vilkårene i bestemmelsen om saklig og rimelig grunn, forholdsmessighet mellom formålet og tiltaket og at tiltaket opphører så snart formålet er nådd⁸⁷.

⁸⁵ Prop. 88 L (2012-2013)Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene, 20.1 Diskrimineringsloven om seksuell orientering, Til § 7 Positiv særbehandling, Side 161

⁸⁶ Prop. 88 L (2012-2013)Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene. 20.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, Til § 7 Positiv særbehandling, Side 180

⁸⁷ Prop. 88 L (2012-2013)Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene. 20.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, Til § 7 Positiv særbehandling, Side 180

Til slutt uttales det følgende: *”Det skal mye til for at positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne vil bli ansett lovstridig. Dette beror på en konkret vurdering, og vilkårene skal avklares nærmere gjennom retts- og forvaltningspraksis. Det er så langt ingen praksis i domstolene eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda om dette⁸⁸”.*

I etterkant har det ikke vært inne noen saker som går på positiv særbehandling inne til domstolene eller diskrimineringsnemnda.

6.5 Diskrimineringsloven om etnisitet

Ordlyden i § 8 er tilsvarende som de andre bestemmelsene i diskrimineringslovene, men verner positiv særbehandling på grunn av etnisitet, religion eller livssyn. I forarbeidene vises det til vurderingene som ble gjort i forbindelse med forarbeidene til den tidligere diskrimineringsloven⁸⁹.

Her går det frem at bestemmelsen skal synliggjøre at positiv særbehandling er tillatt. I første rekke vil det være aktuelt i forhold til etniske minoriteter, men gjelder alle diskrimineringsgrunnlagene som er vernet i loven og adgangen gjelder for både offentlig og privat sektor. Tiltak som utelukkende tar sikte på å redusere diskriminerende barrierer vil være uproblematisk i forhold til forholdsmessighetsvurderingen. Som eksempler på slike tiltak nevnes: utlysning av stillinger i minoriteter tidsskrifter, representasjon av minoriteter i ansettelsesutvalg, likestillingsutvalg i større bedrifter, oppfordringer til minoriteter om å søke på stillingen i utlysningen og prosedyrer der et visst antall minoriteter blir kalt inn til jobbintervju⁹⁰.

Om slike tiltak kommenteres det at det ikke er snakk om å tildele rettigheter eller goder (i form av en jobb for eksempel) på grunn av den etniske bakgrunnen, men at det handler om å styrke vedkommende muligheter til å kunne få jobben, før avgjørelsen blir tatt om hvem som faktisk blir ansatt. For når beslutningen til slutt skal tas vil ikke den etniske bakgrunnen være et hensyn og derfor er slike ”indirekte virkemidler” som regel uproblematisk etter

⁸⁸ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene. 20.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, Til § 7 Positiv særbehandling, Side 180

⁸⁹ Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene. 20-3 Diskrimineringsloven om etnisitet. Til § 8 Positiv særbehandling. Side 177.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) Side 118 og 119

bestemmelsen. Det legges til at selv om en slik assistanse utgjør en viss form for forskjellsbehandling, medfører den ikke nødvendigvis ulemper for andre personer eller grupper⁹¹.

I forlengelsen av dette resonnementet sies det at det først og fremst er når etnisitet blir vektlagt ved selve tildelingen av godet, at forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsen kan sette grenser for hvor langt det er tillat å gå. For eksempel ved radikal kvotering og øremerking av stillinger til minoriteter eller moderat kvotering ved å foretrekke personen med minoritetsbakgrunn til en ansettelse når det er snakk om like eller tilnærmet like kvalifikasjoner som en annen søker. Slike kvoteringsordninger vil som oftest begrense andre sine muligheter og dermed lettere bli ansett som uforholdsmessige tiltak. Om hvordan denne grensen skal settes så vises det til at en nærmere terskel må jobbes frem i rettspraksis og forvaltningspraksis⁹².

Likestillings- og diskrimineringsnemda har behandlet en klage som gikk på positiv særbehandling av etniske minoriteter, der de avgjorde den konkrete saken og benyttet muligheten til å nærmere avklare rettstilstanden generelt for positiv særbehandling slik forarbeidene ytrer ønske om⁹³. Saken gikk ut på om en stipendiatordning som NRK hadde laget der kun etniske minoriteter kunne søke var i strid med § 8 om positiv særbehandling og dermed også i strid med hovedregelen om forbud mot diskriminering.

Ordningen skulle øke synligheten for NRK som arbeidsgiver og yrket journalist for etniske minoriteter. Bakgrunnen for ordningen var at bare 3,8 % av de fast ansatte hadde minoritetsbakgrunn i NRK i 2010. Denne underrepresentasjonen var i strid med NRK sin målsetning om å speile befolkningen blant sine ansatte. Programmet besto av opplæring i ti uker, åtte uker praksis under veiledning av faglærere og 5 og en halv måned med praksis i ulike nyhetsavdelinger⁹⁴.

I den rettslige gjennomgangen viser nemda først til diskrimineringsloven om etnisitet sitt formål i § 1 om å fremme likestilling uavhengig av etnisitet, religion og livssyn. Der

⁹¹ Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) Side 119

⁹² Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) Side 119

⁹³ LDN-2014-8

⁹⁴ LDN-2014-8 "Sakens faktiske forhold"- Side 3

likestilling innebærer likeverd, like muligheter og rettigheter, tilgjengelighet og tilrettelegging. Vises deretter til hovedregelen om forbud mot diskriminering i § 6 og § 7 om lovlig forskjellsbehandling. Så går de nøye igjennom § 8 om positiv særbehandling⁹⁵.

Her vises det til forarbeidene og blant annet Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) side 209 sin begrunnelse for regelen om positiv særbehandling: ***”Formålet med positiv særbehandling er å unngå reel ulikhet mellom gruppene eller å utjevne forskjeller mellom gruppene, ikke å gi den særbehandlede gruppen reelt sett bedre muligheter enn andre grupper i samfunnet.”***⁹⁶

Vises også til side 118 og nemda sier følgende: ***”Positiv særbehandling er bare tillat overfor grupper og enkeltindivider som ellers ville hatt svakere reelle muligheter i samfunnet dersom særordningen ikke fantes. Siktemålet med den særlige behandlingen er å kompensere for en dårligere utgangsposisjon og bidra til å motvirke undertrykking”***⁹⁷.

FNs rasediskrimineringskonvensjon, som gjelder som norsk lov trekkes frem. Den har en egen artikkel som tillater positiv særbehandling og en annen som pålegger statene å iverksette særlige tiltak for å sikre tilfredsstillende utvikling for og beskyttelse av utsatte minoriteter. I tillegg har det i norsk rett blitt innarbeidet EUs rådsdirektiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse⁹⁸. Disse internasjonale forpliktelsene forankret retten til å positivt særbehandle utsatte minoriteter, med ekstra styrke.

Det første spørsmålet nemda behandler er om ordningen bidrar til å fremme likestilling uavhengig av etnisitet, herunder likeverd, like muligheter og rettighet, tilgjengelighet og tilrettelegging jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 a) og § 1⁹⁹.

Nemda viser til NRK sin forklaring om at formålet har vært å styrke kvalifikasjonene til journalister med flerkulturell bakgrunn for å bedre deres posisjon i arbeidslivet, i tillegg til at NRK skal speile befolkningen, synliggjøre det flerkulturelle og nå et bredt publikum. Denne

⁹⁵ LDN 2014-8 ”Rettsgrunnlag” – Side 6 og 7

⁹⁶ LDN-2014-8 ”Rettslig grunnlag” – Side 7

⁹⁷ LDN-2014-8 ”Rettslig grunnlag” – Side 7

⁹⁸ LDN-2014-8 ”Rettslig grunnlag” – Side 7 og 8

⁹⁹ LDN-2014-8 ”Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål” – Side 8

forklaringen støttes av at NRK har dette formålet forankret i sine vedtekter og i en egen mangfoldstrategi, samt at det er knyttet til NRK sin rolle som arbeidsgiver og en viktig samfunnsaktør. Videre vektlegges det at NRK har hatt problemer med å rekruttere personer med minoritetsbakgrunn, det er en underrepresentasjon av denne gruppen både blant ansatte og blant søkere¹⁰⁰.

Totalt sett vurderer nemda at ordningen bidrar til større rekruttering av flerkulturelle journalister og at den både er egnet og nødvendig for å få kvalifiserte søkere til NRK sine stillinger og dermed nå NRK sin målsetning om å speile befolkningen, synliggjøre det flerkulturelle i samfunnet og nå et bredt publikum med journalistikken. Vilkåret om at stipendiatorordningen må fremme lovens formål er derfor oppfylt¹⁰¹.

Det neste spørsmålet blir for nemda om det er et rimelig forhold mellom det som ønskes oppnådd og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere¹⁰².

Nemda sier i den forbindelse følgende: ***”Adgangen til særbehandling er forankret i nasjonalt- og internasjonalt rettsgrunnlag og bygger på en erkjennelse av at et diskrimineringsforbud alene ikke er et tilstrekkelig effektivt tiltak for å oppnå likeverd og like muligheter for alle uavhengig av etnisitet. Positiv særbehandling bidrar dermed til å korrigere strukturelle forhold som over tid har ført til forskjeller på ulike samfunnsarenaer, særlig i arbeidslivet. Bruk av positiv særbehandling kan være effektivt. Det fører til umiddelbare justeringer av forskjeller, i stedet for å vente på at samfunnsutviklingen selv korrigerer de skjevheter som har oppstått, som kan ta lang tid.”***¹⁰³

Fordi nemda ikke kjenner til at tilsvarende saker har vært vurdert etter Rasedirektivet av EU eller EFTA-domstolen, men har vært vurdert i mange saker etter Likebehandlingsdirektivet så legger de til grunn at prinsippene som har blitt utviklet i saker om positiv særbehandling på

¹⁰⁰ LDN-2014-8 ”Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål” – Side 8

¹⁰¹ LDN-2014-8 ”Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål” – Side 9

¹⁰² LDN-2014-8 ”Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål” –

”Forholdsmessighetskravet, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 b)” - Side 9

¹⁰³ LDN-2014-8 ”Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål” –

”Forholdsmessighetskravet, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 b)” - Side 9

grunn av kjønn kan anvendes som tolkningsfaktor ved etnisitet som diskrimineringsgrunnlag¹⁰⁴.

Nemda legger på bakgrunn av EU-dommene Kalanke, Marschall og Abrahamsson at adgangen til å bruke positiv særbehandling i arbeidslivet er snever, og at kravet er at samtlige søkere skal gis en objektiv og individuell vurdering, slik at det er en mulighet for den best kvalifiserte søkeren å få stillingen. Det vises til at en automatisk og ubetinget rett fortrinnsrett for kvinner har blitt funnet å være direktivstridig¹⁰⁵.

Med disse dommene som bakgrunn vurderer nemda at NRK sin stipendiatorordning kan betraktes som en form for tilrettelegging som er egnet og nødvendig for å fremme etnisk likestilling. Nemda har også lagt vekt på at ordningen har en begrenset varighet på ti måneder, at lønnsnivået som tilbys er under konkurransedyktig lønn og den totalt sett bærer preg av å være en opplæringsordning. Fordi det bare er snakk om fem stipendiatstillinger i året så konkluderes det med at den ikke rammer andre grupper uforholdsmessig hardt¹⁰⁶.

Da saken ble behandlet av ombudet ble det konkludert med at deler av ordningen gikk for langt. Etter endt stipendiatperiode ble stipendiatene stående som interne søkere i tre år og de ble også gitt en viss fortrinnsrett til stillinger. Nemda er ikke enig med ombudet i at dette gikk lengre enn nødvendig. De vurderer disse tiltakene som effektive og innenfor formålet, i tillegg til at de er forholdsmessige ved at de er en forlengelse av den moderate formen for kvotering som er lovlig etter § 8¹⁰⁷.

Avslutningsvis konkluderer nemda med at NRK stipendiatprogram totalt sett er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål, den er ikke uforholdsmessig og går ikke lengre enn det som er lovens grenser. Den er i trås med hva som kan utledes av § 8 og de internasjonale

¹⁰⁴ LDN-2014-8 "Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål" – "Forholdsmessighetskravet, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 b)" - Side 9

¹⁰⁵ LDN-2014-8 "Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål" – "Forholdsmessighetskravet, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 b)" - Side 9 og 10

¹⁰⁶ LDN-2014-8 "Om særbehandlingen er egnet til å fremme diskrimineringslovens formål" – "Forholdsmessighetskravet, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 8 b)" - Side 11

¹⁰⁷ LDN-2014-8 "Opphør av særbehandlingen" – Side 11

forpliktelsene om positiv særbehandling av etniske minoriteter. Vedtaket ble gjort enstemmig¹⁰⁸.

6.6 Vurdering de lege ferenda

Dersom en arbeidsgiver er interessert i mer mangfold blant de ansatte på sin arbeidsplass viser gjennomgangen at retten til å positivt særbehandle utsatte grupper kan være et nyttig verktøy. For NRK sin del var det avgjørende at de faktisk kunne dokumentere at de hadde vanskeligheter med å rekruttere søkere med minoritetsbakgrunn. Derfor vil det også tenkes å være viktig for en annen arbeidsgiver som ønsker å gjennomføre noe lignende at de i størst mulig grad gjør en kartlegging på forhånd. Anvisningen fra EU-domstolen viser at adgangen er snever til forskjellsbehandling og at det er viktig å se hen til at alle skal ha like muligheter til å bli vurdert. Derfor er det tenkelig at mindre bedrifter bør begrense seg til positiv særbehandling i form av synlighet. Med for eksempel og gjøre en ekstra innsats i å nå ut til underrepresenterte grupper slik at de får inn søknader, som de deretter kan vurdere på lik linje med andre søkere. Viktig for NRK var det også at ordningen kun skulle gi opplæring og ekstra motivasjon til å til slutt kunne søke på en fast stilling, det medførte ikke en prioritering av noen ved selve ansettelsen.

En slik streng norm ved vurderingen av lovligheten til unntaket ved positiv særbehandling er viktig for at det skal kunne passe inn i formålet bak retten til ikke-diskriminering om at alle skal ha like muligheter. Dersom man går for langt i å gi særrettigheter vil det kunne skade diskrimineringsretten sin langsiktige målsetning. En slik ordning der særbehandlingen retter seg mot en bestemt aldersgruppe er vanskelig å se for seg. Muligheten til å faktisk kunne bli vurdert er ikke i like stor grad en vanskelighet for eldre eller yngre søkere slik som for minoriteter, kvinner eller personer med funksjonsnedsettelse. Eventuelt måtte det kanskje ha vært snakk om å trykke stillingsannonser i blader som retter seg mot for eksempel eldre for å øke synligheten for at denne typen jobb var en mulighet. At forarbeidene ikke bruker alder som eksempel på særbehandling selv i arbeidsmiljøloven som verner alder viser at kanskje ikke lovgiver heller ser for seg at denne typen ordninger er aktuelle for arbeidsgivere. Heller må det være snakk om moderat kvotering av eldre der søkere har tilnærmede like kvalifikasjoner ved en ansettelse.

¹⁰⁸ LDN-2014-8 "Opphør av særbehandlingen" – "Konklusjon" – Side 11

I første rekke er det nok mest aktuelt at staten selv innfører ordninger på ulike områder for å kvotere inn eldre der det skulle være aktuelt.

7 Saklig grunn og forholdsmessighet ved aldersdiskriminering

Tankegangen her er at dersom en arbeidsgiver ønsker å selv kunne velge helt fritt hvem de skal ansette, og ikke ønsker å la seg begrense av saklighetsprinsipper og forbud mot diskriminering på grunn av alder, hvordan kan det tenkes at de kan gå frem for å ikke bryte loven. For eksempel kan en arbeidsgiver være interessert i å ha spredning i alder generelt blant de ansatte. Eller så kan det tenkes at det er interessant for arbeidsgiver å fylle en bestemt stilling med en ansatt som ikke vil kunne kreve for mye i lønn, og at det derfor er ønskelig med en ung kandidat. Hvordan kan arbeidsgiver gjemme disse bekymringene i utlysningen sin og i resten av prosessen? Det er svært få saker som kommer til ombud, nemd og domstolene som går ut på aldersdiskriminering ved ansettelse, men likevel er det ingen grunn til å anta at dette skyldes at det ikke skjer.

Direkte og indirekte aldersdiskriminering er forbudt etter norsk lov. Det er derfor i utgangspunktet ikke tillatt å vektlegge alder ved en ansettelse for å skille to kandidater fra hverandre, men unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven åpner for at diskriminering kan være lovlig dersom det kan sies å foreligge en saklig grunn, og dersom det ikke er uforholdsmessig mot den som forskjellsbehandles. Dette unntaket åpner for en tilsidesette av det som i utgangspunktet er et klart forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder.

Den norske lovgivningen er basert på EU sitt likebehandlingsdirektiv og målsetningen er at de norske reglene skal være i tråd med disse, derfor er EU-domstolens tolkning av direktivet av stor betydning. Det rettslige spørsmålet er: Hvilke hensyn er saklige og hvor langt kan man gå i forsøket på å oppnå de saklige hensynene for det er uforholdsmessig mot den som rammes av forskjellsbehandlingen? Direktivet nevner noen enkelte hensyn som vil være saklige, men det er i EU-domstolens sin praksis man finner de nærmere vurderingene. Fra denne rettspraksisen kan det utledes noe nærmere om hvilke grunnlag som ville kunne være i tråd med loven, selv i tilfeller der de ikke tidligere har vært prøvd i norsk rett eller hos EU-domstolen.

Det er noen saker som handler om diskriminering av eldre ved ansettelser¹⁰⁹, mange har derimot alder som et element fordi ansatte blir tvunget til å gå av med pensjon, fordi stillingsvernet deres svekkes på grunn av alder eller fordi det skjer oppsigelser og de eldre blir valgt ut til å måtte gå¹¹⁰. Fordi dommene går ut på forskjellsbehandling på grunn av alder er de likevel relevante også for en ansettelsessituasjon.

Spørsmålet blir: I hvilke tilfeller kan arbeidsgiver sies å ha saklig grunn til å diskriminere på grunnlag av alder?

I det følgende gjennomgås en del tenkte problemstillinger der den hypotetiske problemstillingen holdes opp mot vernet mot diskriminering på grunn av alder. Disse problemstillingene gjennomgås med følgende overskrifter: "Alder alene som saklig grunn", "Økonomiske hensyn som saklig grunn", "Aldersspredning blant de ansatte som saklig grunn", "Å gjøre arbeidsmarkedet lettere tilgjengelig for yngre søkere som saklig grunn", "Egenskaper avhengig av alder som saklig grunn".

7.1 Alder alene som saklig grunn

Kan det tenkes at dersom to tilnærmede likt kvalifiserte søkere står igjen ved endt intervju og så kan arbeidsgiver likevel se hen til alder for å skille kandidatene? Alle har en alder, slik at det kan lett tenkes som en faktisk omstendighet som vektlegges.

I Case C-441/14 (Dansk Industri/Ajos) aksepterte ikke domstolen en ordning der ansatte som ble sagt opp og som samtidig hadde rett til pensjon mistet retten til en kompensasjon som egentlig ble gitt til alle ansatte som hadde jobbet i bedriften over en viss tid ved oppsigelse. Ordningen gikk i for stor grad kun på alder, fordi retten til pensjon er avhengig av alder, rammet regelen kun eldre. Uten at det var noen nærmere vurdering inne i bildet. Det generelle prinsippet i EU-retten som kommer til uttrykk i likebehandlingsdirektivet om forbudet mot aldersdiskriminering var til hinder for at en slik ordning kunne basere seg på alder alene for å frata personer retten til kompensasjon.

¹⁰⁹ Case C-258/15 (Sorondo), Case C-416/13 (Perez) og Case C-229/98 (Wolf)

¹¹⁰ Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler), Case C-141-11 (Hörnfeldt) og Case C-447/09 (Prigge)

Dommen viser at alder alene ikke kan være en saklig grunn etter direktivet. Dersom det kun er vektlagt alder vil det være aldersdiskriminering og i strid med forbudet.

7.1.1 Vurdering de lege ferenda

Dersom vernet mot aldersdiskriminering skal være reelt og skal være et verktøy for å sikre arbeidssøkere i alle aldre like muligheter må denne linjen være et minimum. Dersom rene aldersbetraktninger skulle kunne være nok til å forskjellsbehandle vil den fremtidige eldrebølgen føre til en svært utsatt situasjon for mange. Det må ses på som et godt tegn for fremtidig vern at EU-domstolen i Case C-441/14 (Dansk Industri/Ajos) er så tydelig på at det ikke er i tråd med direktivet, selv når saken gjaldt en spesiell kompensasjonsordning som trådte i kraft først ved oppsigelse. Nettopp fordi en slik ordning må sies å være en bedre gjemt form for aldersdiskriminering sammenlignet med større avgjørelser som ansettelsen eller selve avgjørelsen om oppsigelse.

7.2 Økonomiske hensyn som saklig grunn

Kan økonomiske hensyn i forbindelse med alder vektlegges? Eldre arbeidstakere har lengre erfaring og derfor i de aller fleste tilfeller rett til høyere lønn på grunnlag av kollektive avtaler. Eldre personer har også kortere tid til å kunne bidra til bedriften, de har færre år igjen før de når pensjonsalder. Det vil derfor enkelt kunne være i arbeidsgiver sin økonomiske interesse å velge en yngre søker. Kan bedriften vektlegge slike rene økonomiske hensyn når de skal velge hvilken kandidat de skal ansette?

På spørsmålet om økonomiske hensyn kan være at saklig formål har EU-domstolen fremholdt at budsjettmessige hensyn kan være en del av vurderingen dersom det samtidig ses hen til politiske, sosiale og demografiske hensyn, forutsatt at dette gjøres i tråd med det generelle prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering¹¹¹.

Det er altså rom for å begrunne aldersdiskriminering i økonomiske formål, men kun der det gjøres i en større sammenheng.

Videre i den samme dommen understreker EU-domstolen poenget sitt ovenfor med å uttale at selv om økonomiske hensyn kan være en del av en helhetlig valgt sosial politikk for en medlemstat, og at økonomien kan påvirke hvor langt den enkelte stat velger å bruke sine

¹¹¹ Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) Avsnitt 73

virkemidler, så er det likevel slik at: ”such considerations cannot in themselves constitute a legitimate aim within the meaning of article 6 (1) of Directive 2000/78”.¹¹²

Å begrunne ulik behandling av søkere med forskjellig alder i bare økonomiske hensyn er altså ikke tillatt i henhold til direktivet og praksis fra EU-domstolen. En arbeidsgiver som ønsker å spare inn penger ved å ansette yngre arbeidstakere må derfor finne en annen løsning dersom de skal lykkes med å samtidig gjøre ansettelsen i tråd med forbudet mot aldersdiskriminering.

7.2.1 Vurdering de lege ferenda

Å tillate at rene økonomiske hensyn skulle kunne vektlegges ved aldersdiskriminering ville ha skapt et uholdbart press på stillingsvernet til eldre arbeidssøkere. Fordi eldre i svært mange tilfeller har gjort seg fortjent til høyere lønn i forbindelse med mer erfaring og kompetanse ville mange bedrifter kunne blitt fristet til å velge yngre og billigere arbeidskraft. Dersom man skiller arbeidsgivere i to slik som i innledningen av oppgaven der noen ønsker mangfold og andre ønsker å omgå regelverket for å opprettholde fordommenes sine vil utvilsomt den siste typen arbeidsgivere ha større handlingsrom og kanskje være mer fristet til å forskjellsbehandle. Ved å tillate rene økonomiske betraktninger vil også den første typen arbeidsgiver kunne være mer fristet til å se bort fra mangfold og like muligheter. Dersom det var i tråd med regelverket ville de også hatt ryggdekning fra kritikk av kunder som er opptatt av sosial rettferdighet.

7.3 Egenskaper avhengig av alder som saklig grunn

Med økende alder er det en vanlig oppfatning at en person gradvis mister sin mentale og fysiske kapasitet. Kan det tenkes at en arbeidsgiver kan vektlegge faren for at den ansatte i fremtiden ikke vil kunne prestere godt nok i stillingen i utvelgelsen av hvem de skal ansatte. Og dermed begrunne aldersdiskriminering av en søker med egenskaper som kan knyttes til alder generelt. Vil det være en saklig grunn?

I Case C-258/15 (Sorondo) vurderte EU-domstolen om det var i strid med direktivet og artikkel 6 at kandidater som søkte seg til stillingen som politi måtte være under 35 år. Fordi arbeidsoppgavene til stillingen krevde en stor fysisk kapasitet vurderte domstolen ordningen etter artikkel 4 i direktivet og spurte om den fysiske kapasiteten var et ”genuine and determining occupational requirement” slik at det likevel ikke var aldersdiskriminering. I

¹¹² Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) Avsnitt 74

arbeidsmiljøloven er denne delen av direktivet tatt inn i § 13-3 (1) og har ordlyden ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”.

Domstolen anerkjenner at fysisk kapasitet har sammenheng med alder og til en rekke andre tidligere dommer der alder og egenskaper knyttet til alder har vært oppe til vurdering¹¹³. Deretter vises det til nødvendigheten av at politiet har en tilstrekkelig ”operational capacity” og at å ha en godt nok fungerende politistyrke med god nok fysisk kapasitet er en saklig grunn etter artikkel 4 i direktivet¹¹⁴.

Forholdsmessigheten til aldersgrensen i den aktuelle saken ble så vurdert og funnet å være i tråd med direktivet ut fra informasjonen som EU-domstolen hadde fått fremlagt. De viser til at ordningen er ”appropriate” og necessary” etter deres vurdering og sendte saken tilbake til den nasjonale domstolen for endelig vurdering av faktum¹¹⁵. Fordi domstolen ikke fant at det forelå aldersdiskriminering etter artikkel 4 fant de det ikke nødvendig å vurdere om det forelå saklig grunn og forholdsmessighet etter artikkel 6¹¹⁶.

Dommen viser at aldersdiskriminering kan tillates etter direktivet, ved at aldersbetingende egenskaper er saklige å vektlegge der stillingen sin natur krever høy fysisk kapasitet.

7.3.1 Vurdering de lege ferenda

Vurderingen i dommen vil for de aller fleste andre arbeidsgivere bli annerledes fordi de ikke er politiet og har ansvar for befolkningen sin sikkerhet med de medfølgende krav det stiller til fysisk kapasitet. Men dommen viser likevel at dersom det kan begrunnes godt nok kan den klare hovedregelen om forbud mot aldersdiskriminering tilsidesettes så mye at selv en aldersgrense på 35 år for arbeidssøkere aksepteres. I slike tilfeller vil det være helt sentralt at vurderingene som gjøres av de aldersbetingende egenskapene er objektive og godt dokumenterte. Dersom kravene ikke stilles høyt nok vil det risikeres at fordommer og stereotypier om eldre påvirker hvilke egenskaper som regnes som betinget av alder. Om like muligheter skal være en realitet for den enkelte vil ikke det være holdbart.

¹¹³ Case C-258/15 (Sorondo) Avsnitt 34

¹¹⁴ Case C-258/15 (Sorondo) Avsnitt 38

¹¹⁵ Case C-258/15 (Sorondo) Avsnitt 48

¹¹⁶ Case C-258/15 (Sorondo) Avsnitt 49

7.4 Å gjøre arbeidsmarkedet lettere tilgjengelig for yngre søkere som saklig grunn

I case C-141-11 (Hörnfeldt) trekker domstolen frem at å gjøre det lettere for unge mennesker å komme inn på eller holde seg på arbeidsmarkedet vil kunne være et saklig formål¹¹⁷.

Forutsatt at situasjonen i det aktuelle arbeidsmarkedet eller i stillingen for øvrig er slik at antallet ansatte som påvirkes er begrenset¹¹⁸. I den aktuelle saken vurderte EU-domstolen det til at de også fantes en rekke andre grunner for at regelen om obligatorisk oppsigelse ved fylte 67-år hadde et saklig formål og ikke var uforholdsmessig¹¹⁹. Derfor er det ikke enkelt å si presist hvor terskelen ligger for at et bestemt arbeidsmarked eller en stillingstype skal kunne åpne for aldersdiskriminering, med begrunnelsen at det vil gjøre markedet lettere tilgjengelig for yngre søkere.

Selv om ikke den nærmere terskelen nødvendigvis er så klar ut fra dommen gir den noen forutsetninger. Arbeidsmarkedet eller stillingstypen må være i en situasjon der er et nødvendig tiltak. Dette følger av uttalelsen i dommen der det sies at det kan være en saklig grunn og følger av den påfølgende vurderingen av om ordningen er ”appropriate” og ”necessary” som må gjøres etter artikkel 6 i likebehandlingsdirektivet¹²⁰. En forutsetning vil derfor være at en arbeidsgiver som skal bruke denne begrunnelsen har oversikt over situasjonen i markedet som de opererer innenfor. Hvor inngående denne kartleggingen må være vil ha stor betydning for hvor langt begrunnelsen vil kunne rekke alene. Her hviler det en usikkerhet, men det er en saklig grunn alene og at den kan kombineres med andre begrunnelser. Dette følger klart av Case C-141/11(Hörnfeldt).

7.4.1 Vurdering de lege ferenda

Dersom en arbeidsgiver i større eller mindre grad kan vise til at det er nødvendig å diskriminere på grunnlag av alder for å slippe til yngre arbeidssøkere, vil de allerede ha måtte gjort en kartlegging. Nettopp hvor omfattende den må være vil ha mye å si for vernet for eldre søkere, særlig i fremtiden når befolkningen blir eldre. Det vil være viktig at denne terskelen ikke settes for lavt for likebehandlingsdirektivet skal kunne fungere som et verktøy for å

¹¹⁷ Case C-141/11 (Hörnfeldt) Avsnitt 29

¹¹⁸ Case C-141/11 (Hörnfeldt) Avsnitt 34

¹¹⁹ Case C-141/11 (Hörnfeldt) Avsnitt 39, 40, 42 og 44.

¹²⁰ Case C-141/11 (Hörnfeldt) Avsnitt 34

skape like muligheter. Med eldrebølgen på vei må også vurderingen sikre at kartleggingen av markedet ses nærmere i sammenheng med den skiftende aldersdemografien i samfunnet for øvrig.

7.5 Aldersspredning blant de ansatte som saklig grunn

Det neste underkapittelet har en noe lik begrunnelse med den forrige, men er mer på sammensetningen i den enkelte bedriften kontra i markedet som den forrige. Noe overlapping vil kunne tenkes, men for et helhetlig bilde behandles de hver for seg.

Sammensetningen av alderen til de ansatte i en bedrift er for mange arbeidsgivere en viktig langsiktig investering. Dersom alle ansatte går ut i pensjon samtidig vil det være svært problematisk. Er det en saklig grunn til å diskriminering på grunnlag av alder at den ene kandidaten bidrar i større grad enn den andre, til at bedriften har et mangfold i alderssammensetning? Dersom bedriften allerede har mange eldre ansatte vil det derfor bli aktuelt for arbeidsgiver å forskjellsbehandle eldre søkere. På den andre siden er det ikke gunstig for en bedrift at den har for mange yngre ansatte. Gjennomsnittsalderen for når personer får barn vil kunne føre til at en bedrift mister for mange ansatte i fødsels-, mamma- og pappa-permisjon samtidig. Kan dette tenkes å være et saklig hensyn? Bedriften har utvilsomt en interesse av å begrense antallet vikarer for å sikre seg best mulig kvalitet på arbeidet som skal gjøres. I et slikt scenario vil det være aktuelt å forskjellsbehandle yngre søkere på grunn av alder.

I lys av at befolkningen stadig øker i alder vil mangfoldet i alderen til de ansatte få en økt relevans for arbeidsgivere i tiden som kommer. Derfor er det interessant å se på hvilke grunnlag som er saklige når en arbeidsgiver skal forsøke å navigere seg gjennom ”eldrebølgen”. På grunn av dette er det særlig eldre søkere som vil kunne være utsatt. Eller kan det sosiale på arbeidsplassen sies å være et saklig grunnlag i sammenheng med diskriminering på grunnlag av alder? En bedrift kan ha dokumentert at det er viktig at de ansatte går overens og at det har vært problemer når de ansatte har for mange år mellom seg. Vil det være et sterkt nok argument for å velge bort enkelte arbeidssøkere at de ikke passer inn i bedriften sitt sosiale miljø på grunn av alder?

I Joined Cases C-250/09 og C-268/09 (Georgiev) handlet saken om tvunget pensjonsalder ved fylte 68 år og tidsbestemte arbeidskontrakter etter fylte 65 år. Dommen tar opp hva som er legitime grunner for forskjellsbehandling på grunn av alder og er derfor relevant.

Her sier EU-domstolen at forskjellsbehandling på grunn av alder som søker å sikre den best mulige spredningen mellom generasjoner, ved å særlig ansette unge professorer vil kunne være et saklig formål¹²¹. Det ble også stilt spørsmål om en spredning i alder blant de ansatte ville kunne være et saklig formål dersom det var gjort for å fremme utveksling av erfaringer og innovasjon blant de ansatte på arbeidsplassen, for å dermed sikre utvikling av kvaliteten på arbeidet som ble gjort. På grunn av tvil om dette faktisk var et formål som var forsøkt oppnådd i saken tok ikke EU-domstolen stilling til spørsmålet, men sendte det tilbake til den nasjonale domstolen for vurdering av om det stemte at det var slik saken forelå. At begrunnelsen ikke ble avist indikerer at EU-domstolen vil kunne være åpen for en slik argumentasjon.

Kan det dermed tenkes at en arbeidsgiver velger bort kandidater ved ansettelse på grunn av alder og kan argumentere med at det er viktig for dem med spredning i alderen til de ansatte totalt sett?

I Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) tolker domstolen sin egen praksis i C-268/09 (Georgiev) først til at: ”according to the case-law, encouragement of recruitment undoubtedly constitutes a legitimate aim...in particular when the promotion of access of young people to a profession is involved¹²²”

Dersom formålet med aldersdiskrimineringen til en bedrift er å kunne lettere rekruttere yngre ansatte vil det derfor være et saklig formål i henhold til EU-domstolen sin tolkning av direktivet.

Videre i samme dom sier EU-domstolen at: ”The Court has, moreover, held that the mix of different generations of employees can also contribute to the quality of the activities carried out, inter alia by promoting the exchange of experience”¹²³.

Her anerkjennes det at en mangfoldig alderssammensetning på arbeidsplassen kan bidra til at erfaringer i større grad kan utveksles mellom de ansatte og at det kan gjøre at kvaliteten på arbeidet som gjøres totalt sett blir bedre.

¹²¹ Joined Cases C-250/09 og C-268/09 (Georgiev) Avsnitt 45

¹²² Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) Avsnitt 49 første setning

¹²³ Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) Avsnitt 49 andre setning

Deretter konkluderes det i dommen om det i den konkrete saken et foreligger saklig formål: ”In the same way, it must be concluded that the aim of establishing an age structure that balances young and older civil servants in order to encourage the recruitment and promotion of young people, to improve personnel management and thereby to prevent possible disputes concerning employees fitness to work beyond a certain age, while at the same time seeking to provide a high-quality justice service, can constitute a legitimate aim of employment and labour market policy¹²⁴”.

Konklusjonen viser at det ikke er tvil om at å lage en balansert aldersstruktur blant de ansatte vil kunne være et saklig formål i henhold til direktivet.

7.5.1 Vurdering de lege ferenda

Dersom formålet om at å lage en balansert aldersstruktur blant de ansatte skulle kunne påberopes i en potensiell sak, ville en arbeidsgiver for det første ha kunne vist til at dette formålet faktisk var en målsetning for bedriften. Uten et legitimt saklig formål vil det ikke kunne gå inn under unntaksbestemmelsen som tillater aldersdiskriminering. Derfor ville det blitt nødvendig for en arbeidsgiver å kunne vise til for eksempel til stillingsannonser, til et internt dokument om rekrutteringsstrategier eller årsrapporter eller lignende der denne målsetningen tydelig går frem. Helst bør nok en arbeidsgiver som ønsker å bruke denne delen av direktivet til å bygge en organisasjon med en spesiell aldersstruktur vise til målsetningen både i stillingsannonser og i interne styringsdokumenter. Fordi en eventuell aldersdiskriminering med dette formålet om en aldersstruktur også må være forholdsmessig vil nærmere vurderinger og statistikk knyttet til alderen til de allerede ansatte og alderen til søkerne være nyttig. Den tidligere gjennomgåtte avgjørelsen til nemda om den positive særbehandlingen NRK gjennomførte med sin stipendiatorordning kan være illustrerende for hvor grundige vurderinger som ville måtte gjøres av arbeidsgiver på forhånd.

At det stilles strenge krav om at målsetningen på forhånd må være uttalt er viktig for å sikre at det ikke er en unnskyldning som arbeidsgivere leter etter i etterkant av å ha diskriminering eldre søkere.

¹²⁴ Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler) Avsnitt 50

8 Avslutning

Retten til ikke-diskriminering står sterkt som et menneskerettslig prinsipp som har fått vern i en rekke konvensjoner som SP, ØSK og EMK. Svakheter ved rekkevidden av vernet i konvensjonene er gjort opp for ved at Norge har forpliktet seg ytterligere ved inkorporeringen av konvensjonene som norsk lov med menneskerettighetsloven og med en egen grunnlovsbestemmelse. Videre står rettigheten sterkt ved at Norge har forpliktet seg til et spesielt vern i arbeidslivet gjennom Likebehandlingsdirektivet og de påfølgende lovendringene som ble gjort i etterkant med arbeidsmiljøloven kapittel 13, diskrimineringslovene og opprettelsen av diskrimineringsombudet og diskrimineringsnemda.

Unntakene som gjøres i retten til ikke-diskriminering svekker i utgangspunktet vernet, men fremstår som nødvendige klausuler for at formålet om like muligheter skal kunne nås på sikt. Fleksibiliteten er større en den strenge tolkningen som EU-domstolen og lovgiver legger til grunn, men er avhengig av at arbeidsgiver har oversikt over hvilke målsetninger de ønsker å nå og hvorfor. Gjennom gode begrunnelser kan unntaket om saklig forskjellsbehandling og positiv særbehandling tas i bruk av arbeidsgiver ved ansettelser i større grad en det som kan se ut til å ha vært tilfellet tidligere, om antall saker som har gått til ombud og nemd legges til grunn. Dersom trenden med arbeidsgivere som er opptatt av sosial rettferdighet fortsetter er det norske systemet avhengig av økt fokus på informasjonsarbeid om regelverket til arbeidsgivere og til den enkelte søker for at det ikke skal oppstå ulovlig bruk av unntakene fra retten til ikke-diskriminering. På den andre siden, dersom det dreier seg om arbeidsgivere som ønsker å omgå retten til ikke-diskriminering for å gjøre ansettelser på bakgrunn av fordommer mot eldre, viser praksis fra EU-domstolen at det vil kunne være mulig med å peke på en rekke ulike saklige grunner for forskjellsbehandling.

I det nye lovforslaget er alder som diskrimineringsgrunnlag foreslått vernet også utenfor arbeidslivet slik som flere har etterlyst tidligere. Det er en styrking av vernet men det vil vise seg i fremtiden i hvor stor grad det får praktisk betydning. Forslaget om en ny og samlet diskrimineringslov vil gjøre det lettere å orientere seg om hvilke rettigheter man har som individ, særlig positivt er det med et eget kapittel om hva som gjelder i arbeidsforhold. Her kan den enkelte lettere finne frem til hvilke regler som gjelder som arbeidssøker og som ansatt. Hvilken effekt det vil ha å samle lovene på lang sikt er vanskelig å spå. Det vil tror jeg avhenge mye av hvordan ombudet og nemda tilpasser seg det nye lovforslaget om deres utforming. Etter forslaget skal ombudet bli en ren pådriver på feltet og nemda skal bli den

eneste instansen der avgjørelser tas i konkrete saker. Målsetningen for nemda må være å kunne raskest mulig rette opp i hver enkelt sak der det skjer diskriminering. Om det vil gå raskere med det nye systemet er vanskelig å si. Hvor store ressurser som gis til gjennomføringen av saksbehandlingen vil være viktig. I årsrapporten for 2015 etterlyste nemda ressurser til å ansatte flere saksbehandlere¹²⁵. Og i den siste årsrapporten for 2016 vises det til at økningen i antall saker de siste årene har medført svært lang saksbehandlingstid¹²⁶.

¹²⁵ Årsrapport 2015 Likestillings- og diskrimineringsnemda – Del V. Vurdering av fremtidsutsikter – Side 15

¹²⁶ Årsrapport 2016 Likestillings- og diskrimineringsnemda – Del V. Vurdering av fremtidsutsikter – Side 15

9 Kilderegister

9.1 Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 10 juni 2005 nr. 40 om Likestillings. Og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda

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

Lov 21 juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene

Lov 21 juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn

Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne

9.2 Internasjonale kilder

Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. Desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. Desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. Desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. Desember 1979 om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner

Rådets direktiv 2009/78/EF af 27. November 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til besæftigelse og erhverv

De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 13. Desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

9.3 Lovforarbeider

Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 7 Særbehandling av det ene kjønn – ulik behandling som fremmer lovens formål – 7.2.1 Innledning Side 40

Ot. prp. nr. 33 (2004-2005)

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Kapittel 3 Bakgrunn og tilstandsbeskrivelse – Side 37

Diskrimineringsutvalget sin NOU 2009:14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern”

Menneskerettighetsutvalget sin ”Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven” Dok. Nr. 16(2011-2012) Kap. 26 Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet – 26.1 Innledende bemerkninger – Side 139

Prop. 88 L (2012-2013) Kapittel 20 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene – 20.2 Likestillingsloven - Til § 6 lovlig forskjellsbehandling – Side 170

Prop. 80 L (2016-2017) Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda

Prop. 81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering

9.4 Rettspraksis

9.4.1 Avgjørelser fra norske domstoler

HR-2000-48-B - Rt-2000-1602

HR-2000-868 - Rt. 2001-418

HR-2012-325-A - Rt-2012-219

9.4.2 Likestilling- og diskrimineringsnemda

LDN-2014-8

9.4.3 Avgjørelser fra EU-domstolen

Case C-450/93 (Kalanke)

Case C-409-95 (Marschall)

Case C-158-97 (Badeck)

Case C-229/98 (Wolf)

Case C-407/98 (Tham)

Case C-144/04 (Mangold)

Case C-45/09 (Rosenbladt)

Joined Cases C-250/09 og C-268/09 (Georgiev)

Case C-447/09 (Prigge)

Joined Cases C-159/10 (Fuchs) og C-160-10 (Köhler)

Case C-141-11 (Hörnfeldt)

Case C-416/13 (Perez)

Case C-258/15 (Sorondo)

9.5 Litteratur

”Gender stereotyping” edited by Rebecca J. Cook and Simone Cusack, University of Pennsylvania Press, Inc 2011

Age Discrimination and Diversity ” Cambridge University Press 2011 – Kapittel 1” Ageism and age discrimination” Malcolm Sargeant

Innføring i Arbeidsrett, Fanebust. 4. Utgave Kapittel V Styringsretten

”Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling” av Liv Evenrud
(<https://www.idunn.no/arbeid/2009/04/art04> Sist besøkt 19. April 2017

”Om deltid kvinnerett og arbeidsrett – Et essay om en avhandling” av Stein Evju
(<https://www.idunn.no/arbeid/2009/03/art01> Sist besøkt 19. April 2017

”Opplæringslovens og barnehagelovens formålsbestemmelser. Utdanning, likestilling og stereotype kjønnsroller” av Helga Aune, inntatt i boken – ”Utdanningsrettslige emner, artikler med utvalgte tema fra skole- og utdanningsrettens område” av Jakhelln og Welstad. Kapittel 6

Mary-Ann Hedlund – Bevisbyrde. Kapittel 11 i boken Diskriminerings- og likestillingsrett, Hellum og Ketcher (red)

9.6 Kilder fra internett

<http://www.likestillingsforskning.no/Om-CORE/Nyheter/Kjoennsubalanse-paa-toppen-i-naeringslivet> Sist besøkt 1. Mai 2017

<http://forskning.no/arbeid-ledelse-og-organisasjon/2012/01/vanskeligere-fa-jobbintervju-med-utenlandsk-navn> Sist besøkt 20. April 2017 – Link til rapporten:

<http://www.samfunnsforskning.no/Publikasjoner/Rapporter/2012/2012-001> Sist besøkt 20. April 2017

<http://forskning.no/arbeid-kjonn-og-samfunn-likestilling-skole-og-utdanning/2012/09/undervurderer-kvinnelige-jobbsokere> Sist besøkt 20. April 2017 - Link til rapporten: <http://www.pnas.org/content/109/41/16474.full> Sist besøkt 20 April 2017

<https://www.ssb.no/befolkning/nokkeltall/befolkning> - Se kulepunktet ”Eldrebølge på vei” – Sist besøkt 1. Mai 2017

<http://forskning.no/2008/02/agder-minst-likestilt> - Nettsiden sist besøkt 10. April 2017

https://www.nrk.no/norge/krf_-_uaktuelt-a-innfore-et-tredje-kjonn-1.13369895 Siste besøkt 19. April 2017

<https://www.nrk.no/norge/arbeiderpartiet-apner-for-hen-1.13361788> Sist besøkt 19. April 2017

<https://www.stortinget.no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64488> Sist besøkt 19. April 2017

Årsrapport 2015 Likestillings- og diskrimineringsnemnda – Del V. Vurdering av fremtidsutsikter – Side 15 - <http://www.diskrimineringsnemnda.no/nb/innhold/side/rapport> - Sist besøkt 2. Mai 2017

Årsrapport 2016 Likestillings- og diskrimineringsnemnda – Del V. Vurdering av fremtidsutsikter – Side 15 - <http://www.diskrimineringsnemnda.no/media/2030/aarsrapport-2016-scannet.pdf> - Sist besøkt 2. Mai 2017