



UIT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Kryssdiskrimineringsforbudet

En gjennomgang av likestillingslovens forbud mot kryssdiskriminering sett i sammenheng med eldre kvinners pensjonsrettigheter.

Elisabeth Sørvin Kristensen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet.....	1
1.3	Rettskildebildet og metodiske spørsmål	2
1.4	Fremstillingen videre	3
2	Hvorfor er diskriminering forbudt?.....	4
2.1	Generelt	4
2.2	Kjønn	6
2.3	Alder	7
2.4	Kryssdiskriminering	9
3	Er pensjonsreglene kryssdiskriminerende?	12
3.1	Introduksjon.....	12
3.2	Foreligger det forskjellsbehandling?	12
3.3	Er forskjellsbehandlingen knyttet til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag?	19
3.4	Er behandlingen likevel tillatt?.....	24
4	Utfordringene med kryssdiskriminering	30
4.1	Manglende kunnskap/bevisstgjøring	30
4.2	Rettsstrategier, ressurser og bevis	33
5	Rettsfølgene av kryssdiskriminering	35
5.1	Hva blir rettsvirkningene?	35
5.2	Er diskrimineringsvernet forsterket?	37
6	Avsluttende bemerkninger	40
	Kildeliste	42

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Ethvert menneske har flere identiteter. Vi har alle et kjønn, en alder, en etnisitet, en seksuell orientering og en funksjonsevne. Dette gjør oss utsatt for kryssdiskriminering.

Kryssdiskriminering er ulovlig forskjellsbehandling på flere grunnlag i en og samme situasjon. Først nå i 2018, fremkommer det av likestillingsloven at det også er forbudt å diskriminere på grunn av kombinasjonen av de opplistede diskrimineringsgrunnlagene.¹

Denne avhandlingen omhandler begrepet kryssdiskriminering. Det skal her ses på hva kryssdiskriminering innebærer med utgangspunkt i saker som gjelder kjønn og alder i arbeidslivet. Fokuset vil ligge på kvinners opparbeidelse av pensjon i forhold til menns. Statistikken viser at kvinner stiller dårligere enn menn i livets siste fase. Problemstillingen er om tilføyelsen av kryssdiskriminering i lovtteksten, medfører at dagens pensjonsordning er diskriminerende. Det skal også ses på hvilke rettsfølger en eventuell kryssdiskriminering får for offeret og for den/de som diskriminerer.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Temaet for avhandlingen er aktuelt, og er både av vitenskapelig og samfunnsmessig betydning. Tilføyelsen av kryssdiskrimineringsforbud i lovtteksten er med på å synliggjøre forholdet mellom diskrimineringsgrunnlagene. Individene kan karakteriseres på mer enn bare ett grunnlag, og kryssdiskriminering får dermed frem hvordan individer faktisk er og hvordan diskriminering oppleves. At det er en sammenheng mellom grunnlagene er ikke noe nytt, men med lovfesting kreves det økt forståelse av hvilke konsekvenser dette kan få. Avhandlingen skal dermed bidra til å øke kunnskapen om fenomenet og hvilke virkninger kryssdiskriminering har for diskrimineringsvernet.

Jeg har valgt å se på kryssdiskriminering gjennom reglene om pensjon. Kravet om likestilling gjelder på alle stadier i livet. Det en får i pensjon, er det en skal leve av når en blir gammel. Det er dermed avgjørende at denne fordeles rettferdig. I og med at Norge har et kjønnsdelt arbeidssamfunn og et lønnsgap mellom kvinner og menn, foreligger det ulikheter i

¹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven - likestillingsloven) § 6

fordelingen av lønnsinntekt. Som det skal gjøres rede for i avhandlingen, forplanter denne ulikheten seg ved utbetalingen av pensjon.

Tall viser at de fleste minstepensjonistene er kvinner.² Eldre kvinner er en ressurs svak gruppe, som gjennom livet har måttet kjempe for sine rettigheter. Dersom man kan konkludere med at pensjonssystemet virker diskriminerende på grunnlag av alder og kjønn, er dette et samfunnsproblem. Dette må løses for å oppnå målet om reell likhet. En slik konklusjon vil altså forbedre situasjonen til eldre kvinner.

Videre er hvilke rettsfølger en påvist kryssdiskriminering får et uavklart rettsspørsmål. Nemnda og domstolene står her overfor en situasjon hvor de skal skape ny rettstilstand. Det er dermed av interesse å se på hvilke hensyn og argumenter som ligger til grunn for svaret på spørsmålet.

1.3 Rettskildebildet og metodiske spørsmål

Avhandlingen avgrenses til å gjelde saker om kjønn og alder i arbeidslivet.

Det tas utgangspunkt i de juridiske rettskildene og argumentene som fremkommer av disse. Rettskildevekten av de ulike kildene vil basere seg på argumentets verdi, slik Ketscher legger opp til i artikkelen «Mod en argumentativ ret».³

For å løse problemstillinger knyttet til kryssdiskriminering er det relevant å bygge på lov og forarbeider på området. Utgangspunktet er den nye likestillings- og diskrimineringsloven som trådte i kraft ved årsskiftet. Forarbeidene til de tidligere, nå opphevede lovene, er også av relevans da de har overføringsverdi til dagens lovgivning.

Avhandlingen vil også baseres på internasjonal lovgivning. Hva angår de internasjonale reglene har jeg i mangel av plass og tid, valgt ut de viktigste og mest avgjørende konvensjonene og direktivene. Det er dermed ikke slik at kryssdiskriminering ikke nevnes eller reguleres i andre kilder. De internasjonale kildene er av betydning, da Norge er forpliktet til å følge disse gjennom implementering, presumsjonsprinsippet og jus cogens.

² Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018)

³ Ketscher (2000)

Da de færreste diskrimineringsaker tas hele veien til domstolene, foreligger det ikke særlig mye rettspraksis på området – spesielt ikke saker om kryssdiskriminering. Avhandlingen vil derfor basere seg på praksis fra nemnd og internasjonale domstoler.

Det vil i det følgende også vises til juridisk litteratur, både nasjonal og internasjonal.

Begrepene «kryssdiskriminering», «sammensatt diskriminering» og «dobbel diskriminering» anvendes om hverandre i avhandlingen og henviser til diskriminering på flere grunnlag, både multippel og interseksjonell diskriminering.

1.4 Fremstillingen videre

Med unntak av innledningen består avhandlingen av fem kapitler. I det neste kapitlet redegjøres det for hvorfor vi har forbud mot diskriminering. Redegjørelsen er delt opp og behandler først spørsmålet på generelt grunnlag, så for hvert av diskrimineringsgrunnlagene kjønn og alder, og til sist for kryssdiskriminering.

I kapittel tre tar jeg for meg avhandlingens hovedspørsmål. Problemstillingen er om pensjonssystemet er kryssdiskriminerende. For å finne ut av dette gjennomgås de tre vilkårene som må være på plass for å slå fast at det foreligger diskriminering. Vilkårene tas hver for seg i de påfølgende delkapitlene.

I avhandlingens kapittel fire ser jeg på noen av de utfordringer kryssdiskriminering står overfor i dagens rettssystemer. Avslutningsvis er kapittel fem delt i to. Det stilles først spørsmålstegn til hvilke rettsfølger en eventuell påvist kryssdiskriminering får, og etterpå vurderes det om innføringen av kryssdiskriminering i lovteksten har forsterket diskrimineringsvernet.

2 Hvorfor er diskriminering forbudt?

2.1 Generelt

Rettsvitenskapen bygger på at man har grunnleggende rettigheter i kraft av å være menneske. Disse er udelelige og umistelige. De synliggjøres, men skapes ikke gjennom de positive rettskildene.⁴ Det betyr at de ikke kan hierarkiseres eller avskaffes og den enkelte kan heller ikke si fra seg disse.⁵ En av de grunnleggende rettighetene er likhetskravet som omfatter retten til ikke å bli diskriminert. Ikke-diskrimineringsprinsippet er grunnlovfestet i GrL. § 98 og innebærer et forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.⁶ At en forskjellsbehandling er usaklig, betyr at den baserer seg på et kriterium som er rettsstridig.⁷ I norsk rett betegnes disse kriteriene som diskrimineringsgrunnlag. De lovfestede diskrimineringsgrunnlagene fremkommer av likestillingsloven § 6. Bestemmelsen omfatter blant annet kjønn og alder, samt kombinasjonen av to eller flere av de opplistede grunnlagene.

Diskrimineringsvernet bygger på et individbasert utgangspunkt.⁸ Det betyr at ethvert menneske har rett til å bli vurdert som et individ, ikke som en del av en gruppe. Diskrimineringsforbudene skal med andre ord bidra til å forebygge fordommer (forhåndsinnstilte følelser) og stereotyper (fastlåste oppfatninger). Ifølge jusprofessoren Schiek er det nettopp dette som legitimerer forbud mot diskriminering.⁹ Forskjellsbehandling gjennom stereotypisering kan undergrave menneskers ønske om å utvikle en egen identitet.¹⁰ Hensynet til individualisering begrunner altså diskrimineringsforbud, da dette muliggjør mennesker til å velge forbi de stereotypiene som pålegges en. En annen legitimeringsgrunn er anerkjennelsen av verdigheten til enhver til tross for ulikheter, siden alle fortjener likebehandling.¹¹

Målet med diskrimineringsforbudene er å oppnå reell likhet. Reell likhet skiller seg fra formell likhet. Ved formell likhet får alle de samme *rettighetene*, mens ved reell likhet får alle de samme *mulighetene*. I likestillings- og diskrimineringsloven § 1 defineres likestilling som

⁴ Ketscher (2008) s. 105

⁵ Ketscher (2008) s. 106

⁶ Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)

⁷ Ketscher (2008) s. 113

⁸ Blaker Strand og Larsen (2015) s. 111

⁹ Schiek (2011) s. 781

¹⁰ Schiek (2011) s. 781

¹¹ Schiek (2011) s. 781

likeverd, like muligheter og like rettigheter. For å oppnå reell likhet kreves det at like tilfeller behandles likt, og at ulike tilfeller noen ganger behandles ulikt.¹²

For å slå fast om det foreligger diskriminering må tre vilkår være oppfylt. Først og fremst må det foreligge en situasjon med forskjellsbehandling. Denne forskjellsbehandlingen må enten direkte eller indirekte ha sammenheng med en eller flere av de tidligere nevnte diskrimineringsgrunnlagene. Sist, men ikke minst, må den aktuelle forskjellsbehandlingen ikke bygge på en begrunnelse som likevel gjør den tillatt.

Diskriminering omfatter altså både direkte diskriminering og indirekte diskriminering. Direkte diskriminering foreligger når en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, jf. § 7. Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som stiller personer dårligere enn andre, jf. § 8.

Man sier gjerne at diskrimineringsvernet har to sider; en individuell og en strukturell side. Sidene fungerer i samspill og begge er nødvendige for å oppnå målet om likhet. Det individuelle vernet gir ethvert individ en personlig rett til ikke å bli diskriminert.¹³ Essensen er altså beskyttelse av enkeltpersoner i enkeltsaker. Det strukturelle vernet søker å gjøre noe med de underliggende strukturene i samfunnet som gjør at forskjellsbehandling finner sted.¹⁴ Gjennom analyse og ansvarliggjøring er formålet å eliminere forholdene som medfører diskriminering.

Diskrimineringsforbudene har en preventiv effekt, da de er ment å hindre at noen forskjellsbehandler på ulovlig vis. Ved å synliggjøre hvordan diskriminering kan oppstå, bidrar reglene til at befolkningen blir mer bevisst på sine holdninger og handlinger. En annen viktig bidragsyter er ombudets plikt til aktivt likestillingsarbeid gjennom veiledning og råd. Diskrimineringsforbudene og reglene om sanksjoner ved et eventuelt brudd, sikrer at de som diskriminerer blir ansvarliggjort, og reduserer risikoen for gjentatt diskriminering

¹² Blaker Strand og Larsen (2015) s. 109

¹³ Aune (2013) s. 133

¹⁴ Aune (2013) s. 134

2.2 Kjønn

Forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn innebærer at alle individer skal behandles likt, uavhengig av sitt kjønn. «Rett til likebehandling betyr ikke at alle har krav på likt resultat, men at konkurransevilkårene skal være like».¹⁵

Forbudet er rettslig sett det mest opparbeidede grunnlaget både med tanke på regulering og praksis.¹⁶ Diskrimineringsgrunnlaget fremkommer av alle konvensjonene som er gitt forrang etter menneskerettsloven § 3, jf. § 2.¹⁷ I de fleste konvensjonene er det et aksessorisk diskrimineringsvern, noe som betyr at vernet er tilknyttet de øvrige konvensjonsrettighetene. Et unntak er kvinnekonvensjonens art. 2, som gir et selvstendig vern.¹⁸ Etter bestemmelsen skal konvensjonspartene fordømme alle former for kvinnekondiskriminering og føre en politikk som tar sikte på å avskaffe slik diskriminering.

Kvinnekonvensjonen har en av de bredeste definisjonene på hva diskriminering omfatter, og forbyr både direkte og indirekte diskriminering. I tillegg til å gi individuell beskyttelse, har konvensjonen også en strukturell side. Art. 5 er banebrytende da den pålegger statene plikt til å treffe alle nødvendige tiltak for å endre og avskaffe adferdsmønstre, fordommer og praksis som bygger på stereotype kjønnsroller. Ifølge konvensjonens fortale, er det nødvendig å endre den tradisjonelle manns- og kvinnerollen i samfunnet og familien, for å oppnå full likestilling mellom kjønnene.

Konvensjonens bestemmelser gjelder i den offentlige, så vel som den private sfære. Art. 11 omhandler likestilling mellom kvinner og menn innenfor arbeidslivet. Jf. bestemmelsen skal kvinner ha rett til de samme sysselsettingsmulighetene, rett til lik lønn og rett til trygd i forbindelse med blant annet pensjonering.

Norge er gjennom konvensjonen forpliktet til å sende statsrapporter til kvinnekomiteen minst hvert fjerde år, jf. art. 18. Kvinnekomiteen behandler de innsendte rapportene og utarbeider en uttalelse. For Norges del ble den siste rapporten sendt inn i 2016.¹⁹ I sin uttalelse til rapporten kritiserer komiteen staten, blant annet for at lønnsgapet mellom kvinner og menn kun har blitt

¹⁵ Aune (2013) s. 97

¹⁶ Ketscher (2008) s. 113

¹⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

¹⁸ FNs kvinnekonsensjon (kvinnekonsensjonen – KDK)

¹⁹ Norges landsrapport nr. 9

reduisert noe.²⁰ I tillegg rettes det et kritisk blikk på den uforholdsmessig høye andelen kvinnelige minstepensjonister.²¹ Kvinnekomiteen utarbeider også generelle anbefalinger som konvensjonspartene er forpliktet til å følge. I denne avhandlingen er det spesielt anbefalingene nr. 27 og 28 som får betydning.²² Anbefalingen nr. 27 tar for seg eldre kvinners rettigheter, og nr. 28 redegjør om statenes plikter etter konvensjonens art. 2.

2.3 Alder

Diskriminering på grunn av alder er også forbudt, og beskytter både unge og eldre. Tidligere gjaldt forbudet kun i arbeidsforhold, men har etter innføringen av den nye loven fått anvendelse på alle samfunnsområder.

Forbudet legitimeres gjennom at alder noen ganger fører til feilaktige eller falske stereotypiseringer av eldre personer.²³ Disse stereotypiene grunner i menneskers tanker om alderdommen. Det å bli eldre vekker negative følelser hos oss, og de færreste jubler over å bli seksti år. At alderen påvirker både kropp og helse er ingen hemmelighet, men poenget er at dette skjer i ulikt tempo for hver enkelt. En skal dermed ikke bli utsatt for at alle eldre skjæres over en kam. Den eldre befolkningen er like mangfoldig som enhver annen aldersgruppe.²⁴

Aldersdiskriminering kan være vanskelig å få øye på, da noen av stereotypiene er godt innarbeidet i arbeidslivet, både hos arbeidsgivere og de eldre selv. Det kan være forestillinger om at eldre ikke er tilstrekkelig effektive eller er lite tilpasningsdyktige, at de ikke evner å lære seg ny teknologi og har høyt sykefravær. Slike forankrede stereotyper kan forhindre at personer over en viss alder velger utfordrende yrker.²⁵ Det kan også presse eldre til å fremstå som yngre enn de er, og med dette kaste bort tid og ressurser på å opprettholde en slik fasade.²⁶

Dagens samfunn er gjennomsyret av aldersgrenser. Det er bestemmelser som gjelder både med tanke på om du er for ung eller for gammel til noe. Unge under atten kan ikke få seg

²⁰ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 9 (2017) avsnitt D36

²¹ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 9 (2017) avsnitt D40

²² Generell anbefaling nr. 27 (2010) og Generell anbefaling nr. 28 (2010)

²³ Schiek (2011) s. 781

²⁴ Sargeant (2011) s. 7

²⁵ Schiek (2011) s. 781

²⁶ Schiek (2011) s. 781

fører kort, og eldre over seksti kan ikke fortsette i arbeidet som brannkonstabel. Slike grenser er barrierer oppkonstruert av samfunnet, på bakgrunn av oppfatninger om befolkningens erfaringer og modenhet ved ulike aldre. Noen av disse aldersgrensene er helt nødvendige og også lovlige, da de kan begrunnes i f.eks. sikkerhetshensyn. Aldersdiskrimineringsforbudet er altså ikke absolutt, og det kan gjøres unntak. Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 må forskjellbehandlingen ha et saklig formål, ikke være uforholdsmessig inngripende, og være nødvendig.²⁷ Det er imidlertid i de tilfellene hvor slike grenser ikke er lovlige, at de kan begrense for eksempel eldres yrkesdeltakelse.

Arbeidsmiljøloven kapt. 13 gjennomfører EUs rammedirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.²⁸ Direktivet forbyr diskriminering blant annet på grunnlag av alder. Direktivet er et minimumsdirektiv, jf. art. 8 nr. 1. Det betyr at staten kan fastsette sterkere vern enn det som fremkommer av direktivet. Siden Norge har gjennomført direktivet, har EU-domstolens avgjørelser om saker som omfattes av direktivet stor gjennomslagskraft i Norge.²⁹ EU-domstolen har behandlet flere saker om alder. Etter en gjennomgang av disse har Schiek stilt spørsmål om EU-domstolen behandler aldersdiskrimineringssaker mildere enn andre diskrimineringssaker.³⁰

Ifølge henne er samfunnets omfattende bruk av aldersgrenser, og at alder anses som et viktig element for medlemsstatenes arbeids- og sosialpolitikk faktorer som bidrar til nettopp det. Dette til tross for at politikken bygger på en utdatert tanke om menneskers livssyklus, som for lengst ble forlatt ved overgangen fra et industrisamfunn til et mer kunnskapsbasert samfunn.³¹ Schiek konkluderer med at et slikt resultat er uakseptabelt, da det kan få konsekvenser i kryssdiskrimineringssaker. Konsekvensen er at det i slike saker oppstår spørsmål om hvilket vern som skal legges til grunn i lovlighetstesten.³² Velger man terskelen for aldersdiskriminering, får den diskriminerte et svakere vern enn for eksempel ved terskelen for kjønn, som er mer beskyttet. Schiek argumenterer derfor for at kryssdiskrimineringssaker skal behandles etter det nivået som settes av det mest beskyttede vernet.³³

²⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)

²⁸ Dir 2000/78/EF

²⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2015) s. 10

³⁰ Schiek (2011) s. 779

³¹ Schiek (2011) s. 782 og 783

³² Schiek (2011) s. 797

³³ Schiek (2011) s. 797

2.4 Kryssdiskriminering

Kryssdiskriminering har det siste tiåret seilt frem som en ny dimensjon i diskrimineringsretten. Årsaken er at diskrimineringslovgivningen har blitt kritisert for ikke å få frem helheten i mennesker.³⁴

Det uttales følgende i forarbeidene: «Realiteten er at de fleste mennesker kan besitte opptil flere av egenskapene som er vernet av diskrimineringslovgivningen. Dette medfører risiko for at mennesker kan bli utsatt for forskjellsbehandling på grunn av flere diskrimineringsgrunnlag samtidig eller på grunn av en unik kombinasjon av flere diskrimineringsgrunnlag, men som ikke kan knyttes til ett isolert grunnlag».³⁵

Kryssdiskriminering er altså ulovlig forskjellsbehandling på flere grunnlag i en og samme situasjon. Begrepet omfatter to typetilfeller: multippel diskriminering og interseksjonell diskriminering. Multippel diskriminering oppstår når forskjellsbehandlingen er basert på flere diskrimineringsgrunnlag, og disse kan vurderes separat. Interseksjonell diskriminering oppstår når det er kombinasjonen av flere diskrimineringsgrunnlag som utgjør grunnlaget for diskrimineringen.³⁶

Kryssdiskriminering er altså en identitetsteori, som anerkjenner at mennesker har flere identiteter, da alle har et kjønn, en alder, en seksuell orientering, og så videre. Disse ulike identitetskategoriene kan krysse og sameksistere i det samme individet.³⁷ Basert på noen karakteristikk kan en person oppleve privilegier, mens basert på andre kan samme person oppleve undertrykkelse.³⁸ Dette medfører eksempelvis at kryssdiskriminering anerkjenner at den diskrimineringen en eldre kvinne opplever, kan både være lik og ulik fra den andre *kvinner* opplever, og den andre *eldre* opplever. I slike tilfeller kan man ikke fjerne verken kjønn eller alder fra situasjonen, uten å miste et vesentlig aspekt ved den faktiske diskrimineringen.³⁹

³⁴ Blaker Strand og Larsen (2015) s. 112 og 113

³⁵ Prop. 81 L (2016-2017) s. 113

³⁶ Blaker Strand og Larsen (2015) s. 113

³⁷ Smith (2016) s. 73

³⁸ Campbell (2016) s. 7

³⁹ Roseberry (2011) s. 37

Før likestillingsloven trådte i kraft, fantes det ikke et kryssdiskrimineringsforbud i lovteksten. Det er imidlertid ingen tvil om at det gjaldt et forbud også før innføringen. Det samme gjelder for de internasjonale konvensjonene. Til tross for at det ikke nevnes i noen av konvensjonsartiklene, har alle FN-komiteene understreket at konvensjonene også gir et vern mot kryssdiskriminering.⁴⁰ Diskriminering på flere grunnlag anerkjennes videre som et problem i noen av konvensjonsforvaltningsdirektivene og EUs direktiver.

Den juridiske teorien om kryssdiskriminering er for det meste konsentrert om de interseksjonelle diskrimineringstilfellene. Dette er fordi at man i dagens rettssystemer ikke anser multipl diskriminering for å være en utfordring.⁴¹ Disse sakene behandles på samme måte som i de tilfellene hvor det kun er påberopt ett grunnlag – grunnlagene vurderes hver for seg. Innføringen av interseksjonell diskriminering har imidlertid vist seg å være mer utfordrende, da rettssystemene tvivler på det Ben Smith omtaler som «single-axis models».⁴² I mangel på et bedre norsk begrep, har jeg valgt å oversette dette til endimensjonale modeller.

De endimensjonale modellene er et produkt av utviklingen til diskrimineringslovgivningen. Historisk sett har diskrimineringsgrunnlag oppstått som følge av at man har kjempet for rettighetene til én gruppe, basert på én karakteristikk.⁴³ Eksempler på dette er feminismen, de homofiles rettigheter og antirasisme. En slik gruppetilnærming, som beskrevet grundigere i forarbeidene, har medført til at man frem til nylig har hatt en endimensjonal diskrimineringslovgivning.⁴⁴ Den norske lovgivningen bar frem til 2018 preg av dette, ved at de ulike diskrimineringsgrunnlagene var lovfestet i fire separate lover.

Smith er kritisk til de endimensjonale modellene, og mener at kryssdiskriminering adresserer og avhjelper problemene som oppstår ved anvendelsen av disse. Et problem oppstår nettopp fordi man bare fokuserer på én karakteristikk. Dette ensidige fokuset medfører at modellene ikke evner å ta høyde for ulikhetene innad i en gruppe.⁴⁵ Et eksempel er kvinnekampen, hvor kvinner blir sett på som en homogen gruppe. Når man ikke ser ulikhetene som eksisterer innenfor et diskrimineringsgrunnlag, får man kun frem behovene til de mest privilegerte i

⁴⁰ Prop. 81 L (2016-2017) s. 114, med henvisning til FN's kvinnekomites generelle anbefaling nr. 28 (2010)

⁴¹ Smith (2016) s. 80

⁴² Smith (2016) s. 74

⁴³ Smith (2016) s. 74

⁴⁴ NOU 2009: 14 s. 95

⁴⁵ Smith (2016) s. 74

gruppen.⁴⁶ De endimensjonale modellene rammer med andre ord de svakeste innad i en gruppe, da deres problemer blir oversett. Kryssdiskriminering løser problemet ved å få frem at det foreligger ulikheter også innad i en identitetsgruppe.⁴⁷ Anerkjennelsen av kryssdiskriminering er altså nødvendig for å sikre likhet for alle.⁴⁸

Videre kritiserer Smith modellene for at de ikke evner å adressere diskrimineringen slik den oppleves av den som blir dobbeltdiskriminert.⁴⁹ Idet man må knytte den forskjellsbehandlingen man opplever til ett og ett beskyttet grunnlag, blir man i kryssdiskriminering tvunget til å bare velge det ene, eller måtte bevise at diskriminering har foregått på to eller flere diskrimineringsgrunnlag. I interseksjonelle tilfeller vil et slikt valg ikke være mulig, da det er selve kombinasjonen av to grunnlag som skaper forskjellsbehandlingen.⁵⁰ Med innføringen av kryssdiskriminering mener altså Smith at domstolene i større grad vil evne å imøtegå diskriminering slik den faktisk oppleves i realiteten.⁵¹

Et annet problem er at de endimensjonale modellene overser betydningen makt har i mellommenneskelige relasjoner.⁵² Modellene tar utgangspunkt i at det er en norm hvorfra forskjell måles.⁵³ Da normen har oppstått ut ifra de med makt i samfunnet, medfører dette at privilegier blir usynliggjort. Med kryssdiskriminering får vi derimot et fokusskifte, der likestillingsspørsmål stilles som spørsmål om makt og undertrykkelse, istedenfor ulikhet og likhet.⁵⁴ Domstolene vil med dette måtte undersøke de strukturelle årsakene som ligger bak diskrimineringen, og vurdere individets eller gruppens nåværende situasjon og samfunnets behandling av disse gjennom tidene.⁵⁵ Kryssdiskriminering er altså et konsept som fremhever undertrykkelse, og et verktøy som kan anvendes for å motvirke dette.⁵⁶

⁴⁶ Smith (2016) s. 75

⁴⁷ Smith (2016) s. 101

⁴⁸ Smith (2016) s. 100

⁴⁹ Smith (2016) s. 74

⁵⁰ Smith (2016) s. 81

⁵¹ Smith (2016) s. 98

⁵² European Commission (2016) s. 32

⁵³ Smith (2016) s. 79

⁵⁴ Smith (2016) s. 79

⁵⁵ Smith (2016) s. 84

⁵⁶ Smith (2016) s. 78

3 Er pensjonsreglene kryssdiskriminerende?

3.1 Introduksjon

Problemstillingen er om pensjonsreglene er kryssdiskriminerende. Som nevnt tidligere, må tre kumulative vilkår være oppfylt for å fastslå diskriminering. Det må foreligge forskjellsbehandling, denne må enten direkte eller indirekte være i sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag, og den må ikke bygge på en begrunnelse som likevel gjør den tillatt.

3.2 Foreligger det forskjellsbehandling?

Første spørsmål er altså om det foreligger forskjellsbehandling. Forarbeidene definerer forskjellsbehandling som «enhver handling som har som formål eller effekt at noen kommer i en dårligere stilling eller behandles dårligere enn andre».⁵⁷ Det forutsettes her at det må foretas en sammenligning mellom to eller flere personer.⁵⁸ Det kan sammenlignes med andre faktiske personer, eller en tenkt person.⁵⁹

I vårt tilfelle er det pensjonssystemet som skal under søkelyset. Det reises spørsmål om eldre kvinner stilles dårligere enn andre, som følge av systemets oppbygging. Pensjonssystemet vil dermed behandles kort.

Norges pensjonssystem består av tre elementer: Folketrygdens alderspensjon, tjenestepensjon og individuelle pensjonsordninger. Sagt med andre ord, kan en opparbeide seg pensjon gjennom statens pensjonskasse, arbeidsgiver og egen sparing.

Hovedpoenget er at både alderspensjonen og pensjonen fra arbeidsgiver, i utgangspunktet baserer seg på yrkesaktivitet og inntekt.

Formålet med folketrygdens alderspensjon er å sikre inntekt for personer i alderdommen, jf. folketrygdloven §§ 19-1 og 20-1.⁶⁰ Etter formålsbestemmelsen i § 1-1 skal folketrygden,

⁵⁷ NOU 2009: 14 s. 39

⁵⁸ NOU 2009: 14 s. 39

⁵⁹ NOU 2009: 14 s. 39

⁶⁰ Lov 28. feb 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.)

inkludert pensjonen, virke omfordelende ved å «bidra til utjevning av inntekt og levekår ... mellom grupper av personer». Omfordelingen skjer både mellom generasjoner og fra menn til kvinner.⁶¹ Generasjonsomfordelingen ses ved at det er dagens yrkesaktive som finansierer dagens pensjonsutbetalinger. Regler om garantipensjon (tidligere minstepensjon) for de som ikke har vært yrkesaktive, samt pensjonsopptjening ved omsorgsarbeid, medfører omfordeling fra menn til kvinner. Dette kommer jeg tilbake til lengre ned i delkapittelet.

Historisk sett har pensjon med tanke på kvinner alltid vært en utfordring. Årsaken er at pensjonssystemet opprinnelig ikke ble utformet for kvinner direkte.⁶² Kvinner skulle kun få indirekte tilgang til pensjon gjennom ekteskapet til deres mann.⁶³ Dette lot seg gjøre i en tid hvor menn var hovedforsørgere, kvinner hjemmeværende og ekteskapene livsvarige. Med velstandsøkningen har kvinner inntatt yrkeslivet og begynt å tjene sin egen pensjon. Først gjennom deltidsstillinger for å bidra med en biinntekt til husholdningen, til nå å ha fulltidsjobber, på lik linje med menn. Til tross for kvinners økende evne til å akkumulere egne pensjonsrettigheter, er dette stadig vekk problematisk. Årsaken er at pensjonssystemene fortsatt tar utgangspunkt i typiske mannlige karrieremønstre ved beregningen av pensjon.⁶⁴ Siden kvinner ofte følger et annet mønster, for eksempel gjennom omsorgsarbeid, resulterer dette i at mannlige karriereløp gir bedre pensjonsuttelling.

Norges myndigheter har forsøkt å gjøre noe med denne ulikheten. I 2011 ble pensjonssystemet reformert fordi befolkningen lever lengre enn før.⁶⁵ Man fryktet økte trygdeutgifter og så behovet for å stimulere til høyere yrkesdeltakelse.⁶⁶ Med reformen ble spesielt tre endringer innført; vi fikk en ny opptjeningsmodell, fleksibel uttaksalder og levealderjustering.

I årene rundt innføringen av reformen, ble det av flere uttrykt bekymring om at det nye systemet ville være mindre gunstig for kvinner enn det gamle. Blant disse var FNs kvinnekomite. I uttalelsen fra 2012, ytret komiteen dyp bekymring for at det å erstatte besteårsregelen med alleårsregelen ville øke risikoen for indirekte diskriminering av

⁶¹ Narvland (2018) s. 22-25

⁶² Vlachantoni (2011) s. 67

⁶³ Vlachantoni (2011) s. 67

⁶⁴ Vlachantoni (2011) s. 68

⁶⁵ Ot.prp. nr. 37 (2008–2009) s. 7

⁶⁶ Ot.prp. nr. 37 (2008–2009) s. 7

kvinner.⁶⁷ Andre fryktet at en større tilknytning mellom pensjonsopptjening og lønnsinntekt gjennom livet ville slå uheldig ut for kvinner.⁶⁸ Dette fordi et slikt system gjør at ulikheter i fordelingen av arbeidsinntekt slår direkte ut i fordelingen av hva en vil få som pensjonist.⁶⁹

Siden kvinner tjener mindre enn menn, foreligger det utvilsomt ulikheter i lønnsinntektsfordelingen. Ifølge tall fra Statistisk sentralbyrå utgjør kvinners gjennomsnittlige månedslønn 86,7 prosent av menns lønn.⁷⁰ Deler av denne lønnsforskjellen kan forklares med at Norge har et kjønnsdelt arbeidsmarked. Kort sagt sier man at kvinner jobber i offentlig sektor, og menn i privat sektor.⁷¹ Arbeidsstyrken er stort sett delt opp i typiske kvinne- og mannsyrker, da kun 15 % arbeider i såkalte kjønnsnøytrale yrker.⁷² Menn er sterkt representert i yrker som ingeniør, elektriker og håndverker, mens det er flest kvinner som arbeider som pleie- og omsorgsarbeider, renholder og i akademiske yrker.⁷³ Man kan dermed se at kvinner ofte har lavere betalte yrker i forhold til menn.⁷⁴

Videre er det klart flest kvinner som arbeider deltid. Målt i prosent er andelen kvinner med deltidsstillinger over dobbelt så stor som andelen for menn.⁷⁵ Bruken av deltid er større i kvinnedominerte yrker, og det legges også opp til dette i disse bransjene.⁷⁶ Kvinner jobber altså deltid i bransjer der dette er normalen, og i bransjer hvor dette ikke er tilfellet.⁷⁷ FNs kvinnekomite har tidligere kritisert den norske stat for å overvurdere i hvilken grad dette er frivillig fra kvinners side.⁷⁸ Å arbeide deltid medfører at kvinner i mindre grad er selvforsørgende.⁷⁹ I tillegg får de også en dårligere tilknytning til arbeidslivet. Deltidsarbeid resulterer i lavere lønn, og følgelig også lavere pensjonsopptjening. Da de fleste deltidsarbeidende er kvinner, tilføres det et kjønnsperspektiv ved problemstillinger knyttet til deltidsarbeiders rettigheter.⁸⁰

⁶⁷ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 8 (2012) avsnitt C29

⁶⁸ Amundsen (2018)

⁶⁹ Amundsen (2018)

⁷⁰ SSB Lønnsforskjeller (2018)

⁷¹ SSB Kvinner og menn (2018)

⁷² Helleland (2018)

⁷³ SSB Arbeid (2018)

⁷⁴ SSB Lønnsforskjeller (2018)

⁷⁵ SSB Kvinner og menn (2018)

⁷⁶ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 16

⁷⁷ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 16

⁷⁸ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 8 (2012) avsnitt C29

⁷⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 18

⁸⁰ Aune (2013) s. 18

En av årsakene til at kvinner arbeider deltid, er at de har omsorgen for barn eller syke foreldre. Det er fremdeles slik at «kvinner langt oftere enn menn kombinerer sitt lønnsarbeid med familiens omsorgsansvar».⁸¹ I tradisjonelle, fastgrodde kjønnsroller, foreligger det et forventningspress om at kvinner skal ta størst andel av barneomsorgen. Hvis ikke, risikerer hun å møte fordommer og bli stemplet som karrierекvinne og dårlig mor. Å jobbe deltid for å prioritere barneomsorg gir kvinner en usammenhengende karriere og kortere arbeidsforløp. Hvis man i småbarnsfasen velger bort yrkeslivet, er det en utfordring å komme seg inn igjen på arbeidsmarkedet. Med andre ord taper kvinner muligheter i arbeidslivet fordi de får barn, på tross av at det er et forbud mot dette.⁸²

Disse tre faktorene er primært det som er med på å skape ulikheter mellom kvinner og menn ved pensjonsopptjening. Ulikhetene ses først idet man når pensjonsalder. Det er langt flere menn enn kvinner som tar ut førtidspensjon før fylte 67 år, da kvinner har for lav opptjening til å oppfylle vilkårene.⁸³ I tillegg har forskjellene med tanke på disse tre faktorene historisk sett vært enda større. Dette medfører at det er nettopp eldre kvinner som kommer skjevt ut. Skjevheten synliggjøres ved at det er vesentlig flere kvinner enn menn som er minstepensjonister.⁸⁴ I 2017 utgjorde minstepensjonister 16,8 prosent av alle alderspensjonister.⁸⁵ Av minstepensjonistene var hele 86 prosent kvinner.⁸⁶

Ettersom disse sammenhengene lenge har vært kjent, var staten og lovgiverne bevisst på virkningene idet man utarbeidet reformen. Det er derfor lagt inn flere omfordelingsmekanismer som skal motvirke disse konsekvensene. Ifølge Vlachantoni kan pensjonssystemers suksess hva angår pensjonsopptjening for kvinner måles i hvilken grad ulike omfordelingsmekanismer er innarbeidet i lovgivningen.⁸⁷

Som tidligere nevnt, virker reglene om minstepensjon omfordelende fra menn til kvinner. Siden pensjonsutbetalinger finansieres av de som arbeider, og det er flere menn enn kvinner i arbeid, skjer det her en omfordeling.⁸⁸ Minstepensjon, eller minste pensjonsnivå som det nå

⁸¹ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 17

⁸² Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 17 og 18

⁸³ Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018) s. 4

⁸⁴ Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018) s. 7

⁸⁵ Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018) s. 6

⁸⁶ Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018) s. 7

⁸⁷ Vlachantoni (2011) s. 83

⁸⁸ SSB Kvinner og menn (2018)

heter, er den minste ytelsen en kan forvente å få fra folketrygden som pensjonist. Denne gis for å sikre de som ikke har hatt tilstrekkelig inntekt i løpet av livet. Da kvinner i større grad var hjemmeværende før, er det flere av dagens eldre kvinner som ikke har hatt særlig til arbeidskarriere. Minste pensjonsnivå sikrer disse et livsgrunnlag, selv med manglende arbeidserfaring. Ordningen motvirker med andre ord fattigdom blant eldre. Siden kvinner i dag deltar mer i arbeidslivet, synker antallet minstepensjonister for hvert år.⁸⁹ Dette er en utvikling man forventer vil fortsette fremover.⁹⁰

Pensjonsreformen innførte som sagt levealdersjustering. Dette betyr at all oppsamlet pensjon deles på et tall basert på forventet levealder, et tall som øker for hvert år. Delingstallet er kjønnsnøytralt, til tross for at kvinner statistisk lever lengre enn menn.⁹¹ Kjønnsnøytraliteten medfører at kvinners oppsparte pensjon ikke fordeles over flere år enn hva som er tilfellet for menn.⁹² At levealderjusteringen er kjønnsnøytral er altså med på å utjevne forskjellene mellom kjønnene og er den omfordelingsmekanismen som gir størst effekt.⁹³

Forskjellene er også forsøkt redusert ved at man tjener pensjon ved omsorgsarbeid. Etter ftrl. § 20-8 opptjener medlemmer med omsorg for barn under seks år en årlig pensjon tilsvarende 18,1 prosent av 4,5 G (folketrygdens grunnbeløp). I 2018 utgjør dette 78 911 kroner. Det samme gjelder om man har utført omsorgsarbeid for «en syk, en funksjonshemmet eller en eldre person ...». I og med at det er kvinner som tar hovedansvaret for barneomsorgen, er dette noe som kommer kvinner til gode.⁹⁴ Kvinnekomiteen bemerker i sin seneste rapport til Norge at staten har tatt høyde for dette, men de er fortsatt bekymret for at det er en uforholdsmessig stor andel kvinner som er minstepensjonister.⁹⁵ Komiteen anbefaler derfor staten å adressere problemet og treffe ytterligere tiltak for å jevne ut kjønnsforskjellene.⁹⁶

Videre er det en omfordelingsmekanisme i bestemmelsen om pensjonstak. Jf. § 20-5 regnes det bare med inntekt opp til 7,1 ganger grunnbeløpet. Siden langt flere menn enn kvinner tjener over dette beløpet, er pensjonstaket med på å utjevne kjønnsforskjellene.⁹⁷ En annen

⁸⁹ Halse (2018) s. 12

⁹⁰ Halse (2018) s. 12

⁹¹ SSB Kvinner og menn (2018)

⁹² Amundsen (2018)

⁹³ Amundsen (2018)

⁹⁴ Amundsen (2018)

⁹⁵ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 9 (2017) avsnitt D 40

⁹⁶ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 9 (2017) avsnitt D 41

⁹⁷ Amundsen (2018)

medvirkende faktor er at menns gjennomsnittlige lønnsinntekt bærer preg av at det er noen menn som har svært høye utbetalinger.⁹⁸ Uten pensjonstaket ville disse fått særdeles gunstige pensjoner, som ville bidratt til enda større forskjeller mellom kjønnene enn i dag.

Ifølge en studie utført for EVAPEN er omfordelingsmekanismene nevnt overfor så sterke at kjønnsforskjellene for de som omfattes av den nye reformen kun er sju prosent.⁹⁹ Denne forskjellen ville vært langt høyere uten disse mekanismene. Forskningsrådet mener derfor at kvinner kommer godt ut av det nye pensjonssystemet.¹⁰⁰ Selv om sju prosent er relativt lite er dette fortsatt et bevis på strukturelle forhold som medfører forskjellsbehandling. Reformen er altså bare et skritt i riktig retning. Man har fortsatt en vei å gå før man oppnår diskrimineringsvernets mål om reell likestilling.

Videre er det et paradoks at et så nytt system viderefører elementer som oppfordrer til å opprettholde tradisjonelle kjønnsroller.¹⁰¹ Ifølge forsker Axel West Pedersen bidrar både garantipensjonsordningen og ordningen med omsorgsopptjening til dette.¹⁰² Årsaken er at «par som skjevdeler sin deltakelse i lønnet arbeid og sin innsats i uformelt omsorgsarbeid kommer bedre ut pensjonsmessig enn par som deler likt».¹⁰³ Ombudets vurdering er i overensstemmelse med dette.¹⁰⁴ Ombudet slår fast at de «strukturelle forholdene gjør det irrasjonelt å bryte med det tradisjonelle kjønnsrollemønsteret».¹⁰⁵ Mannen tjener mer og jobber under stort press, mens kvinnens yrkesvalg og jobbmuligheter ofte er tilrettelagt for barneomsorg. Det blir dermed naturlig at det er kvinnen som tar omsorgsansvaret for å få hverdagen til å gå opp.

Ombudet retter med dette kritikk mot staten. De mener at staten ikke gjør nok for å endre på disse mønstrene. Ombudet påstår videre at dette er i strid med KDK art. 5 og 11. Som nevnt tidligere, krever art. 5 at statspartene skal treffe alle nødvendige tiltak for å endre og avskaffe atferdsmønstre og praksis som bygger på stereotype kjønnsroller. Art. 11 krever at kvinner og menn skal ha lik lønn og den samme retten til trygd i forbindelse med pensjoning.

Bestemmelsene forbyr altså strukturer som er basert på kjønnsstereotypi og kjønnshierarki.¹⁰⁶

⁹⁸ SSB Lønnsforskjeller (2018)

⁹⁹ Amundsen (2018)

¹⁰⁰ Amundsen (2018)

¹⁰¹ Amundsen (2018)

¹⁰² Amundsen (2018)

¹⁰³ Amundsen (2018)

¹⁰⁴ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 18

¹⁰⁵ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) s. 18

¹⁰⁶ Wærstad (2017) s. 198

Idet Norge har et relativt nytt pensjonssystem som belønner par som handler etter de tradisjonelle kjønnsrollene, er dette i strid med regelen i art. 5. Lavere pensjon for kvinner kontra menn, medfører også en overtredelse av art. 11. Det er dermed klart at vi her står ovenfor en forskjellsbehandling.

Det som er gjennomgått gjelder for opptjening gjennom statens pensjonsordning. Noen av de samme forholdene gjør seg dog gjeldende også for arbeidsgivers pensjonssparing for arbeidstakere. Dette vil ikke behandles inngående her. Det kan imidlertid bemerkes at avtalepensjon ofte har innmeldingsterskler som går utover deltidsansatte og de som er midlertidig ansatt.¹⁰⁷ For å bli innmeldt i den obligatoriske tjenstepensjonsordningen (OTP), må man ha fylt 20 år, jobbe i minst 20 prosent stilling og ha stått i jobben i minst 12 måneder. Først da får man pensjonsopptjening for den delen av inntekten som overstiger 1 G.

Som tidligere nevnt er deltidsansatte i hovedsak kvinner, dermed er det nettopp kvinner disse tersklene går mest utover. Dette er en av grunnene til at samtidig som denne avhandlingen skrives pågår en debatt om denne ordningen skal endres eller ikke. Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti har sammen fremmet et stortingsforslag om pensjonsopptjening fra første krone.¹⁰⁸ En slik lovendring vil få betydning for pensjonen til en million nordmenn.¹⁰⁹ Slik ordningen står i dag rammer den hardere jo mindre du tjener. Kvinners pensjonsopptjening innenfor avtalepensjonsordningene er altså også dårligere enn menns. Kvinner er derfor helt avhengige av å spare til egen pensjon for å være på høyde med sine mannlige jevnaldrende.

Dette delkapittelets redegjørelse viser at pensjonssystemets oppbygging har den effekt at eldre kvinner stilles i en dårligere stilling enn andre. I tråd med forarbeidens definisjon, foreligger det altså en forskjellsbehandling. Delkonklusjonen er dermed at det første vilkåret er oppfylt.

¹⁰⁷ Se Aune (2013) kap. 7.4 s. 255-294

¹⁰⁸ Hoffengh (2018)

¹⁰⁹ Hoffengh (2018)

3.3 Er forskjellsbehandlingen knyttet til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag?

Idet man har fastslått at det foreligger forskjellsbehandling, er spørsmålet om denne behandlingen knytter seg til ett eller flere beskyttede diskrimineringsgrunnlag. Vilkår nummer to er altså et krav om årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget. Gruppen som her kommer dårlig ut i forhold til andre er eldre kvinner. Tvilen knytter seg derfor til om de er en beskyttet gruppe.

I dette tilfellet er det to regelsett som overlapper hverandre; likestillings- og diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven. Likestillings- og diskrimineringslovens § 6 regulerer diskriminering på alle samfunnsområder, og inkluderer både diskrimineringsgrunnlagene kjønn og alder, samt kryssdiskriminering. Da pensjon utvilsomt omfattes av likestillingsloven § 29 bokstav d og arbeidsmiljøloven § 13-2 bokstav c om lønns- og arbeidsvilkår, er også arbeidsmiljølovens bestemmelser relevant. Arbeidsmiljøloven regulerer aldersdiskrimineringsforbud i arbeidslivet og henviser til den gamle likestillingsloven for kjønnsdiskriminering, jf. § 13-1. De to lovene dekker altså ikke helt det samme og må derfor anvendes i kombinasjon.

Bevisbyrderegelen i aml. § 13-8 og likestillings- og diskrimineringsloven § 37 er tilnærmet sammenfallende i sitt innhold. For at diskriminering skal anses å ha skjedd må det foreligge omstendigheter «som gir grunn til å tro» at diskriminering har funnet sted. Dersom dette foreligger, er det opp til den ansvarlige å «sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering». Bevisbyrden er med andre ord delt.

Det er altså klager som i utgangspunktet har bevisføringsrisikoen. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven kreves det at klager etablerer «en presumsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjoner på dette».¹¹⁰ Etter nemndas praksis kreves det noe mer enn bare en påstand om at diskriminering har funnet sted. Det må være ytterligere holdepunkter i saken for at bevisbyrden skal gå over på innklagede.¹¹¹ Det er her ikke et krav om sannsynlighetsovervekt.¹¹²

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328

¹¹¹ Se f.eks. Diskrimineringsnemnda sak 49/2014

¹¹² Prop. 81 L (2016-2017) s. 336

At bevisbyrden snus, betyr at tvil i saken nå går utover innklagede.¹¹³ Det påligger nå den innklagede å sannsynliggjøre at lovstridig diskriminering likevel ikke har funnet sted. «Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet».¹¹⁴ Beviskravet er altså den samme som i andre saker. Tilsvarende gjelder også for bevisbedømmelsen og «utgangspunktet om at det er det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn for en avgjørelse»¹¹⁵. Etter praksis fra nemnda foretas det her en totalvurdering ut ifra den framlagte dokumentasjonen og partenes skriftlige og muntlige forklaringer. Det kreves at denne dokumentasjonen er etterprøvbar og tidsnær.¹¹⁶

For vårt tilfelle er påstanden at eldre kvinner blir kryssdiskriminert på grunnlag av kjønn og alder når de når pensjonsalder. I forarbeidene fremgår det at det i kryssdiskrimineringstilfeller «må bevises at det er den aktuelle kombinasjonen av diskrimineringsgrunnlag som har ført til forskjellsbehandling».¹¹⁷

Det uttales videre at «det ikke skal være tilstrekkelig å foreta en skjønsmessig helhetsvurdering av om diskrimineringen kan ha sin bakgrunn i enkelte elementer av ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. Forutsetningen er at de aktuelle grunnlagene faktisk har spilt en avgjørende rolle. Det er ikke tilstrekkelig å vise til at man er vernet av flere diskrimineringsgrunnlag».¹¹⁸

At eldre kvinners identitet omfattes av både kjønns- og aldersgrunnlaget er altså ikke nok. For at klager skal bli hørt i henhold til påstanden, må klager vise til at begge grunnlagene er relevant og avgjørende for ens situasjon. Det må med andre ord bevises at andre uten de påståtte grunnlagene ikke behandles eller har blitt behandlet på samme måte.

I dette tilfellet er det spesielt aml. § 15-13 bokstav a første ledd og ftrl. § 3-15 tredje ledd som får betydning. Etter aml. § 15-13 bokstav a første ledd kan arbeidsforhold bringes til opphør når en arbeidstaker fyller 72 år. Det betyr at arbeidsgiveren kan si opp den ansatte uten krav til saklig grunn.¹¹⁹ En arbeidstaker mister altså sitt stillingsvern ved fylte 72 år. Eldre stilles dermed dårligere enn yngre på grunn av sin alder. Dette utgjør direkte diskriminering, jf. § 6.

¹¹³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 336

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329

¹¹⁵ Prop. 81 L (2016-2017) s. 336

¹¹⁶ Se f.eks. Diskrimineringsnemnda sak 49/2014 s. 7

¹¹⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹¹⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85

Dog er det i § 9 om lovlig forskjellsbehandling fastsatt i tredje ledd at aldersgrenser som følger av lov ikke er i strid med forbudet. Det betyr at aldersgrensen i seg selv altså ikke er forbudt etter likestillingslovens bestemmelser.

Det samme gjelder for aldersgrensen som er fastsatt for pensjonsopptjening. Jamfør ftrl. § 3-15 fastsettes pensjongivende inntekt med en øvre og nedre aldersgrense. Etter bestemmelsen kan man tjene pensjon fram til det året man fyller 75 år. Vi står dermed igjen med en bestemmelse som begrenser en arbeidstakers rettigheter ene og alene på grunn av personens alder. Likevel er det slått fast at dette ikke utgjør aldersdiskriminering. En klager vil derfor ikke bli hørt med en påstand om diskriminering utelukkende på grunnlag av alder.

Det samme vil gjelde for en påstand om diskriminering bare på grunnlag av kjønn. Aldersgrensene er kjønnsnøytrale, og gjør seg gjeldende også for eldre menn. I tillegg påvirkes ikke alle kvinner av bestemmelsene på et gitt tidspunkt, siden ikke alle er over de fastsatte aldersgrensene. Det foreligger dermed heller ikke bare kjønnsdiskriminering. Idet verken kjønns- eller aldersgrunnlaget lar seg påvise alene, er spørsmålet om tilfellet omfattes av kryssdiskrimineringsforbudet.

Den europeiske unions domstol har tidligere hatt en lignende situasjon i Rosenblatt-saken.¹²⁰ Saken omhandlet opphør av arbeidsforhold på grunn av nådd aldersgrense. En kvinnelig renholdsarbeider hadde blitt sagt opp som følge av at hun hadde fylt 65 år, og dermed oppnådd pensjonsalder. Spørsmålet i saken var om tariffavtaler som tillater automatisk opphør av arbeidskontrakter på grunn av alder er i strid med forbudet mot aldersdiskriminering.

Allerede i avsnitt 37 slo domstolen fast at slike bestemmelser innebærer en direkte forskjellsbehandling på grunn av alder. Problemstillingen videre var derfor om disse likevel var lovlige etter unntaksbestemmelsen i art. 6 nr. 1. Tyske myndigheter argumenterte for dette ved å påstå at opphør av eldres arbeidskontrakter kom de yngre til gode, og ga de eldre en verdig avgang.¹²¹ Domstolen aksepterte disse formålene som saklige, og slo fast at opphøret ikke var et uforholdsmessig inngrep.¹²² Dette til tross for at domstolen bemerket at opphøret ville ramme Rosenblatt i særdeleshet, da hun ikke hadde opparbeidet tilstrekkelig pensjon for

¹²⁰ Sak C-45/09

¹²¹ Sak C-45/09 (avsnitt 43)

¹²² Sak C-45/09 (avsnitt 45 og 47)

å dekke det nødvendige.¹²³ Domstolen la her vekt på at Rosenbladt ikke var tvunget til å gå ut med pensjon, og kunne finne seg en ny jobb.¹²⁴ Konklusjonen ble derfor at opphøret av arbeidskontrakten ikke var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering.

Schiek argumenterer for at domstolen i denne saken uttrykkelig aksepterer aldersstereotypisering.¹²⁵ Regler som oppmuntrer, eller til og med krever at ansatte slutter ved en viss alder er ofte basert på antakelser om den menneskelige aldringsprosessen.¹²⁶ Stereotypien er at personer over pensjonsalder ikke lenger er kapable til å utføre jobben skikkelig. Idet tyske myndigheter blir hørt med at opphør av arbeidskontrakter er til det beste for eldre, er det nettopp denne stereotypien domstolen aksepterer. Det legges her til grunn at eldre alltid vil bli ute av stand til å utføre arbeidet. Videre nødvendiggjør dette en paternalistisk tilnærming, slik at eldre ikke blir utsatt for ydmykelse ved å bli erklært uegnet for arbeidet.¹²⁷ Rosenbladt ble i denne saken avskjediget uten at det ble undersøkt om hun fortsatt mestret å utføre jobben. Ved ikke å bli vurdert som et enkeltindivid, ble hun et offer for aldersstereotypisering.

Schiek tar til orde for at Rosenbladt-saken er et bevis på en pensjonsak som kunne, eller til og med burde ha vært behandlet som et tilfelle av kryssdiskriminering.¹²⁸ Ifølge henne kunne saken også vært behandlet som indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn i kombinasjon med alder.

Påstanden ville da vært at på grunn av begrensede pensjonsrettigheter vil kvinner oftere være tilbøyelige til å arbeide etter fylte 65 år.¹²⁹ Når dette nektes blir de satt i en særlig ufordelaktig situasjon i forhold til menn.¹³⁰ Årsaken er at den generelle arbeidsmodellen, som tar utgangspunkt i menns karriere- og livsløp, legger opp til at man har opparbeidet seg nok pensjon når man når en viss alder.¹³¹ De som er strukturelt ekskludert fra tradisjonelle karrieremønstre, for eksempel kvinner som har jobbet mindre på grunn av barneomsorg, har

¹²³ Sak C-45/09 (avsnitt 71)

¹²⁴ Sak C-45/09 (avsnitt 75)

¹²⁵ Schiek (2011) s. 786

¹²⁶ Schiek (2011) s. 786

¹²⁷ Schiek (2011) s. 793

¹²⁸ Schiek (2011) s. 795

¹²⁹ Schiek (2011) s. 795

¹³⁰ Schiek (2011) s. 795

¹³¹ Schiek (2011) s. 795 i kombinasjon med s. 782

ofte ikke opparbeidet seg tilstrekkelige rettigheter.¹³² Disse ønsker derfor å fortsette å arbeide.¹³³

Det var nettopp dette som var tilfellet for Rosenbladt. Som domstolen påpekte hadde hun ikke opparbeidet seg nok pensjon til å dekke det nødvendige. Hun ville derfor bli hardt rammet av kontraktsopphøret. Rosenbladt ønsket å arbeide videre, men ble nektet. En slik situasjon er en typisk for kvinnelige arbeidstakere, og praksisen må derfor anses å være indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn.

Schieks argumentasjon gjør seg gjeldende også for de norske bestemmelsene. Som vist i forrige delkapittel har kvinner ofte ikke tjent opp like mye pensjon som sine mannlige jevnaldrende. Dette bekreftes av kvinnekomiteen, som uttaler at den diskrimineringen kvinner møter i arbeidslivet har en kumulerende effekt i alderdommen.¹³⁴ Kvinner får lavere inntekt, og dermed lavere pensjon enn menn.¹³⁵ Flere norske kvinner ønsker derfor å arbeide lenger for å spare opp mer. Når dette nektes grunnet aldersgrenser, stilles eldre kvinner i en dårlig situasjon. Aldersgrensene for pensjonsopptjening og arbeidsopphør grunnet alder treffer med andre ord skjevt både med tanke på alder og kjønn. Det er her klart at begge diskrimineringsgrunnlagene spiller en avgjørende rolle for å få frem forskjellsbehandlingen. Vi står dermed overfor et kryssdiskrimineringstilfelle.

En slik konklusjon er i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Kvinnekomiteen har spesifikt fastslått at eldre kvinner er en gruppe som er særlig utsatt for å bli diskriminert på flere grunnlag.¹³⁶ Siden diskrimineringsforbudet i kvinnekonvensjonen gjelder på alle stadier av kvinners liv, er eldre kvinner en beskyttet gruppe som omfattes av forbudsbestemmelsene. Kvinnekonvensjonen er av semikonstitusjonell karakter og dermed av høyere rang enn både arbeidsmiljøloven og trygdeloven. Kvinnekonvensjonen skal altså gå foran ved motstrid. Dette er også i tråd med likestillingslovens formål, i og med at loven tar sikte på å bedre kvinners stilling, jf. § 1.

Delkapittelets gjennomgang har med dette vist at det foreligger årsakssammenheng mellom behandlingen og to diskrimineringsgrunnlag. Hovedspørsmålets andre delkonklusjon er

¹³² Schiek (2011) s. 795

¹³³ Schiek (2011) s. 795

¹³⁴ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 20

¹³⁵ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 20

¹³⁶ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 13

dermed at den forskjellsbehandlingen eldre kvinner utsettes for gjennom pensjonssystemet, er kryssdiskriminerende på grunnlag av alder og kjønn. Vilkår nummer to er med andre ord også oppfylt.

3.4 Er behandlingen likevel tillatt?

Siden de to første vilkårene er oppfylt, er forskjellsbehandlingen i utgangspunktet ulovlig. Det tredje vilkåret og det siste delspørsmålet er derfor om denne behandlingen er begrunnet i en argumentasjon som likevel gjør den tillatt. Unntaksadgangen fremgår direkte av likestillingsloven § 9 som fastsetter at:

«Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 6 når den a) har et saklig formål, b) er nødvendig for å oppnå formålet og c) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles».

Unntaksadgangen gjelder også for bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, jf. § 13-3. Vilkårene er de samme som over. Forarbeidene fastslår at unntaksadgangen skal tolkes strengt og i overensstemmelse med EF-domstolen.¹³⁷ Til tross for at det ikke fremkommer av konvensjonsteksten, har også kvinnekonvensjonen en slik unntaksadgang. Her er adgangen innfortolket gjennom håndhevingsorganenes praksis. Dette fremgår for eksempel av den tidligere nevnte Rosenblatt-saken. Oversatt må de samme tre vilkårene foreligge for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig.

Hva angår vurderingen av lovens unntak i kryssdiskrimineringsaker, uttaler forarbeidene at dersom «det skal mer til for at en forskjellsbehandling skal være lovlig på ett grunnlag enn på et annet grunnlag, skal det sterkeste vernet legges til grunn».¹³⁸ Det uttales videre; «for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må den være knyttet til hvert diskrimineringsgrunnlag».¹³⁹ Da vi i dette tilfellet har to samvirkende diskrimineringsgrunnlag, må altså vilkårene være oppfylt både for alders- og kjønnsgrunnlaget. Siden likestillingsloven § 9 tredje ledd og aml. § 13-3 andre ledd åpner for en videre unntaksadgang for alder, er kjønnsgrunnlaget her det sterkeste grunnlaget. Det betyr

¹³⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327

¹³⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 117

¹³⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 117

at dersom vilkårene er oppfylt for kjønn, er de også oppfylt for alder. Vilkårene vil derfor bli behandlet hver for seg på bakgrunn av kjønnsgrunnlaget.

Det første spørsmålet er om forskjellsbehandlingen ivaretar et saklig formål.

Etter forarbeidene vil formålet saklighet bero «dels på om begrunnelsen er sann og dels på en konkret vurdering av om det er legitimt i det konkrete tilfelle». ¹⁴⁰ Dersom begrunnelsen er korrekt, stilles det spørsmål om denne ivaretar en beskyttet interesse. ¹⁴¹ Det må her foretas en skjønnspreget vurdering. Videre må det også «vurderes om formålet er av slik art at prinsippet om likebehandling bør vike». ¹⁴²

Forskjellsbehandlingen av eldre kvinner er en konsekvens av de to tidligere nevnte bestemmelsene. Man må derfor først se på årsaken til hvorfor man har fastslått aldersgrenser både for pensjonsopptjening og for når man mister sitt stillingsvern.

Som nevnt tidligere er det en 75-årsgrense med tanke på pensjonsopptjening, jf. ftrl. § 3-15. Av forarbeidene fremkommer det at flere høringsinstanser var imot innføringen av denne. Departementet mente derimot at det burde være en øvre grense for å forhindre svært høye pensjonsnivåer. ¹⁴³ Man fryktet at man uten en slik grense ville oppleve store forskjeller mellom de som pensjonerer seg tidlig og de som har anledning til å fortsette sin yrkeskarriere opp i høy alder. ¹⁴⁴ Departementet innførte dermed aldersgrensen, og argumenterte for at denne var høy nok til å gi de som av ulike grunner ikke har opptjent tilstrekkelig pensjon muligheten til å opparbeide seg dette. ¹⁴⁵

Det er ikke tvilsomt at den andre begrunnelsen er korrekt. Jo høyere aldersgrensen er, jo lengre tid får en til å tjene opp til et akseptabelt pensjonsnivå. Videre viser departementet selv til hvorfor også den første begrunnelsen er sann. I forarbeidene uttales det at ens pensjon påvirkes av to forhold dersom man velger utsettelse. For det første får man flere år med opptjening, og dermed høyere pensjon. ¹⁴⁶ For det andre skal de opparbeidede pensjonsrettighetene fordeles på en kortere forventet gjenstående levetid. ¹⁴⁷ Siden forholdene

¹⁴⁰ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁴¹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁴² Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁴³ Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 35

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 35

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 35

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 35

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 35

virker sammen og øker med alderen, vil dette være med på å skape ulikheter. Begge begrunnelsene oppfyller dermed kravet om sannferdighet.

Videre er spørsmålet om formålene er legitime. Departementet ønsker å forhindre høye pensjonsnivåer, slik at det ikke skal oppstå store forskjeller mellom ulike grupper. De ønsker også å hjelpe de som av ulike årsaker ikke har tjent opp nok pensjon. Aldersgrensen er med dette et tiltak som er med på å motvirke klasseforskjeller. Formålene må derfor anses å være legitime. Da utjevning av forskjeller tjener samfunnet som helhet, kan det argumenteres for at begrunnelsene også ivaretar en beskyttet interesse. Til sist er spørsmålet om formålet er av en slik art at prinsippet om likebehandling bør vike. I og med at formålet i dette tilfellet nettopp bunner i et ønske om å skape et mer likt resultat for alle, får vi her et tilfelle hvor likebehandlingsprinsippet ikke fravikes. Det må derfor kunne legges til grunn at også dette kravet er oppfylt.

Alle kravene for å oppfylle vilkåret om saklig formål er med dette tilfredsstilt for aldersgrensen hva angår pensjonsopptjening. Spørsmålet videre blir dermed om dette også gjelder for aldersgrensen om opphør av arbeidsforhold etter aml. § 15-13 a. De samme vilkårene som over vil derfor bli gjennomgått på nytt.

Arbeidstakere mister stillingsvern ved fylte 72 år. Av forarbeidene synes dette å være begrunnet i et ønske om at eldre skal stå lengre i arbeid.¹⁴⁸ Aldersgrensen var tidligere satt til sytti år, men ble forhøyet i 2015. Dette for å bidra til bedre sammenheng i regelverket, og gi en signaleffekt for å bidra til økt yrkesdeltakelse for eldre i et lengre perspektiv.¹⁴⁹

En slik begrunnelse er utvilsomt korrekt. Ved å beholde sitt stillingsvern, og dermed ikke bli sagt opp i en alder av sytti år, blir flere eldre stående i arbeid. Videre er dette en legitim begrunnelse, da den har grunnlag i et overordnet mål om «å skape et arbeidsliv for alle, der seniorer ikke diskrimineres».¹⁵⁰ Siden ikke-diskrimineringsprinsippet er lovregulert både i Grunnloven og menneskerettighetskonvensjonene ivaretar denne begrunnelsen en beskyttet interesse. På samme måte som for aldersgrensen for pensjonsopptjening får vi igjen et tilfelle hvor likebehandlingsprinsippet ikke fravikes. Vurderingens siste krav må derfor anses å være oppfylt.

¹⁴⁸ Prop. 48 L (2014-2015) s. 39

¹⁴⁹ Prop. 48 L (2014-2015) s. 39

¹⁵⁰ Prop. 48 L (2014-2015) s. 39

Alle kravene for å tilfredsstillere vilkåret om saklig formål er med dette også oppfylt for aldersgrensen om opphør av arbeidsforhold grunnet alder.

Den første konklusjonen er derfor at forskjellsbehandlingen ivaretar et saklig formål.

Videre er spørsmålet om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå formålet.

I forarbeidene defineres nødvendighetskravet som et minste inngreps prinsipp. Det uttales her at dersom det er et annet handlingsalternativ som er egnet til å oppnå formålet, er dette et tungtveiende argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig.¹⁵¹ Argumentet gjelder så lenge alternativet ikke er uforholdsmessig ressurskrevende å gjennomføre.¹⁵² I nødvendighetsvurderingen må det også innfortolkes et krav om at «forskjellsbehandlingen må være egnet til å nå det saklige formålet».¹⁵³

Hva angår aldersgrensen for pensjonsopptjening er det klart at 75-årsgrensen for å tjene opp mer pensjon, er egnet for å oppnå formålet om å motvirke klasseforskjeller. Det kan imidlertid argumenteres for at det foreligger andre handlingsalternativer som er mindre inngripende enn denne. I stedet for å nekte enhver å tjene opp mer pensjon etter fylte 75 år, kan man eksempelvis ilegge vilkår for om en er berettiget til å gjøre dette. Ved å utmåle om en har behov for å tjene opp mer pensjon, kan man unngå å forskjellsbehandle de som ikke har hatt muligheten til å spare opp i løpet av karrieren. Det vil her være tale om å iverksette noen vilkår, og sjekke om de som ønsker å fortsette å arbeide etter fylte 75 år oppfyller disse. Alternativet kan med dette ikke anses å være uforholdsmessig ressurskrevende.

Et annet alternativ er å ilegge et tak for hvor mye pensjon en kan tjene etter oppnådd pensjonsalder. Ettersom det finnes en grense for inntekt, kan man innføre noe lignende her. Med et tak gir man fortsatt eldre kvinner muligheten til å tjene opp mer pensjon, men stanser de som allerede har opparbeidet seg en komfortabel pensjonsbeholdning. Heller ikke dette alternativet er særlig ressurskrevende å gjennomføre, da man her sjekker ens pensjon utfra tall man allerede har.

Det kan også argumenteres for at det foreligger andre handlingsalternativer vedrørende aldersgrensen for opphør av arbeidsforhold. Den kan enten heves eller fjernes helt. Som det

¹⁵¹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁵² Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁵³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 119

fremgår av forarbeidene er regjeringen opptatt av at det på sikt skal vurderes om aldersgrensen skal heves ytterligere.¹⁵⁴ Fra de som var motstandere for oppjusteringen i 2015, ble det argumentert på samme måte som tyske myndigheter gjorde i Rosenblatt-saken. Man påstod at aldersgrensen var fordelaktig av hensyn til verdig avgang for eldre og yngres tilgang til arbeidsmarkedet. Departementet lot seg imidlertid ikke affisere, og viste til at de landene som har flest eldre i arbeid også har flest unge i arbeid.¹⁵⁵ De viste også til at hensynet til eldres verdighet tilsa en økning, da dette ville «sikre at de som faktisk ønsker det, gis mulighet til å fortsette i arbeid». Man kan derfor konkludere at grensen ikke er egnet for å oppnå formålet.

Det synes dermed ikke nødvendig å ha en slik aldersgrense. FNs kvinnekomite uttaler i sin generelle anbefaling at kvinner burde være underlagt en valgfri pensjonsalder.¹⁵⁶ Dette for å beskytte eldre kvinners rett til å fortsette å arbeide dersom de ønsker å akkumulere pensjonsytelser på nivå med menn.¹⁵⁷

Da det foreligger mindre inngripende handlingsalternativer, er nødvendighetskravet ikke oppfylt for noen av de to bestemmelsene.

Konklusjonen er derfor at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig for å oppnå formålet.

Sist, men ikke minst må forskjellsbehandlingen ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep overfor de som blir forskjellsbehandlet.

Forarbeidene krever med dette at de valgte midlene skal være forholdsmessig med det målet man ønsker å oppnå.¹⁵⁸ Det må her utføres en proporsjonalitetsvurdering hvor man avveier middel og mål.¹⁵⁹ Et viktig moment i denne vurderingen er «konsekvensene forskjellsbehandlingen har for den eller de som rammes».¹⁶⁰

For bestemmelsen om pensjonsopptjening er middelet at alle nektes å tjene mer pensjon ved fylte 75 år. Målet er å unngå at noen får store pensjonsutbetalinger, slik at det skapes klasseforskjeller. Som vi har sett medfører dette at eldre kvinner ender opp som

¹⁵⁴ Prop. 48 L (2014-2015) s. 49

¹⁵⁵ Prop. 48 L (2014-2015) s. 49

¹⁵⁶ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 20

¹⁵⁷ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 20

¹⁵⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁵⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

¹⁶⁰ Prop. 81 L (2016-2017) s. 315

minstepensjonister. Dette fordi aldersgrensen blir en fortsettelse av den diskrimineringen som kvinner utsettes for i arbeidslivet. Som bestemmelsen er i dag, skaper den nettopp det man ønsker å unngå – det oppstår klasseforskjeller mellom kvinner og menn.

Forskjellsbehandlingen som eldre kvinner utsettes for er belastende for den enkelte som ender opp med å ha lite penger å rutte med. Det kan med dette argumenteres for at de fordelene regelen er ment å fremme ikke kan veies opp for de ulempene forskjellsbehandlingen får for de som rammes. Kravet om forholdsmessighet er altså ikke tilfredsstillt for ftrl. § 3-15 tredje ledd.

Hva angår aml. § 15-13 første ledd bokstav a er middelet at vi har en pensjonsalder hvor en mister sitt stillingsvern når man fyller 72 år. Aldersgrensen ble for noen år siden økt fordi man ønsket at flere skal stå lengre i arbeid. Ettersom drøftelsen har vist at man kan oppnå målet uten å diskriminere, fremstår ikke regelen som en rimelig løsning. I og med at eldre kvinner utsettes for en strukturell og gjennomgående forskjellsbehandling utgjør bestemmelsen et uforholdsmessig inngrep for dem. Forholdsmessighetskravet er med dette heller ikke tilfredsstillt for denne bestemmelsen.

Siste konklusjon er altså at forskjellsbehandlingen utgjør et uforholdsmessig inngrep overfor de som blir forskjellsbehandlet.

Ettersom de tre kravene saklig formål, nødvendighet og ikke uforholdsmessig inngripende er kumulative krav, kan man ikke anvende unntaket i vårt tilfelle. Dette medfører at gjennomgangen har påvist at pensjonssystemets oppbygging er kryssdiskriminerende på grunnlag av alder og kjønn.

Hovedkonklusjonen er altså at det foreligger kryssdiskriminering.

4 utfordringene med kryssdiskriminering

Fordi rettssystemene tviholder på endimensjonale diskrimineringsmodeller, medfører dette utfordringer for innføringen og anvendelsen av kryssdiskriminering.

4.1 Manglende kunnskap/bevisstgjøring

En av utfordringene er manglende kunnskap og bevissthet om fenomenet kryssdiskriminering. Dette gjelder for alle parter; offeret selv, arbeidsgivere, lovanvendere og håndhevingsorganene.

Hva angår offeret selv, vil den enkelte gjerne ikke innse at en blir eller har blitt utsatt for diskriminering på flere grunnlag. Uten kunnskap om hvilke diskrimineringsgrunnlag som er vernet, og at disse kan virke i sammenheng, kan behandlingen en får oppfattes som noe en bare må akseptere.

For arbeidsgiveres del er det nødvendig med kunnskap om fenomenet, slik at arbeidsgivere kan minimere risikoen for at deres arbeidstakere blir utsatt for dobbel diskriminering. Arbeidsgivere har en plikt til å fremme likestilling og hindre diskriminering både fra ledelsen selv og andre kollegaer, jf. aktivitetsplikten i likestilling- og diskrimineringslovens § 26. Kombinasjonstilfellene nevnes ikke uttrykkelig her, men det er flere forhold som taler for at også disse inngår i plikten. Et av disse er det faktum at innføringen av kryssdiskrimineringsforbudet bare var ment å være en tydeliggjøring av gjeldende rett. Også det faktum at plikten er en samlet plikt, hvor alle grunnlagene omfattes, taler for dette. En slik innfortolkning er videre i tråd med pliktens formål om effektivitet. Arbeidsgivere må derfor se seg nødt til å være bevisst også på disse tilfellene.

Før lovendringen var det en årelang diskusjon om nødvendigheten av et uttrykkelig kryssdiskrimineringsforbud i lovteksten. I 2009 mente utvalget at dette ikke var nødvendig, siden forbudet allerede ble praktisert og fulgte tilstrekkelig ut ifra datidens lovtekst.¹⁶¹ Utvalget foreslo imidlertid at forbudet skulle komme klart frem i forarbeidene. Det samme synspunktet ble fulgt opp i det videre arbeidet.¹⁶² Først i 2016 anerkjente man at behovet for

¹⁶¹ NOU 2009:14 s. 192

¹⁶² Prop. 88 L (2012-2013) s. 92

et uttrykkelig vern var til stede. Dette fordi det ville ha informasjonsverdi ved å «tydeliggjøre gjeldende rett og skape større bevissthet om sammensatt diskriminering».¹⁶³

Det er avgjørende for offerets rettssikkerhet at de som anvender jussen er bevisst på tilfellene. Offeret har behov for at de han eller hun henvender seg til, er kjent med problemstillingen. Da det gjerne er lovanvenderen som avgjør hva som er veien videre i en sak, er det nødvendig at vedkommende ser behovet for kryssdiskriminering. Lovanvender må i hvert enkelt tilfelle vurdere om man står overfor en kryssdiskrimineringssak, og se hvilke diskrimineringsgrunnlag som gjør seg gjeldende i saken.

Også håndheverne må være bevisst på at grunnlagene kan oppstå i sammenheng. Ifølge Roseberry må alle mulige relevante diskrimineringsgrunnlag tas med i analysen for at domstolen skal kunne tilby en effektiv beskyttelse.¹⁶⁴ Alle identifiserbare grunnlag ved saksøker må vurderes for å avklare maktforholdet både mellom saksøker og saksøke, og saksøker og domstol.¹⁶⁵ Videre anser Roseberry at den største utfordringen med kryssdiskriminering er å lære dommere og lovanvendere å se den sammensatte identiteten både de selv og de øvrige parter representer. De må også kunne oppdage maktforholdene som ligger til grunn for diskrimineringen.¹⁶⁶

Domstolene må altså være oppmerksomme på at dersom det er påstått diskriminering på flere grunnlag må disse ikke bare vurderes separat, men også i kombinasjon. Schiek retter i sin artikkel kritikk mot EU-domstolen for ikke å ha sett kryssdiskrimineringstilfeller i tidligere avgjørelser.¹⁶⁷ I artikkelen gjennomgår Schiek tre avgjørelser: Parris, Achbita og Bougnaoui.¹⁶⁸

Parris-saken omhandlet en arbeidsgiver som nektet å gi etterlattepensjon til en ansattes ektefelle av samme kjønn. Nektelsen var basert på en generell regel som forhindret etterlattepensjon til de som giftet seg etter fylte 60 år. Siden registrering av homofile partnerskap først ble tillatt i Irland i 2011, medførte regelen ekskludering av homofile født før 1951. Generaladvokat Kokott fant i sitt forslag til avgjørelse at dette medførte indirekte

¹⁶³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹⁶⁴ Roseberry (2011) s. 38

¹⁶⁵ Roseberry (2011) s. 38

¹⁶⁶ Roseberry (2011) s. 38

¹⁶⁷ Schiek (2018)

¹⁶⁸ Parris: Sak C-443/15, Achbita: C-157/15 og Bougnaoui C-188/15

diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og direkte diskriminering på grunnlag av alder.¹⁶⁹ Domstolen var ikke enig, og avviste påstanden om indirekte diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, da regelen også rammet heterofile par.¹⁷⁰ Ved kun å vurdere grunnlagene separat, argumenterer Schiek for at både generaladvokaten og domstolen overså kombinasjonstilfellet som oppstod i skjæringspunktet mellom disse to grunnlagene.¹⁷¹

I både Achbita og Bougnaoui ble saksøker avskjediget fordi hun hadde bestemt seg for å bære hijab på jobb. I begge sakene kategoriserte generaladvokatene, Kokott og Sharpston, saken som diskriminering på grunnlag av religion.¹⁷² Det samme gjorde domstolen i avgjørelsene av disse sakene.¹⁷³ Schiek er overrasket over dette, da et hijabforbud også strider mot diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet.¹⁷⁴ Det er nettopp saker om hijabforbud som er blitt selve skoleeksempelet på interseksjonell diskriminering. Det synes derfor påfallende at selv de aller høyeste domstolene overser de kryssende diskrimineringsgrunnlagene som gjør seg gjeldende i slike saker.

Et lignende tilfelle fant nylig sted i Norge også. Diskrimineringsnemndas sak 30/2018 gjaldt en kvinne som ble oppsagt fordi hun brukte hijab i kombinasjon med uniform.¹⁷⁵ Også nemnda vurderte saken kun på grunnlag av religion. Det uttales fra en ansatt i nemnda at når det er påvist at en kvinne nektes bruk av hijab, vil dette i de fleste tilfeller være tilstrekkelig for å etablere presumsjonen «grunn til å tro».¹⁷⁶ Da nemnda, på lik linje med domstolene, søker å løse saker på enkleste måte, vil det i slike saker ikke være nødvendig å vurdere spørsmålet på flere diskrimineringsgrunnlag.¹⁷⁷ For at nemnda skal vurdere saker under interseksjonell diskriminering, må dette altså tilføre noe mer enn dersom saken kun vurderes på ett grunnlag. Som jeg skal komme tilbake til i neste kapittel, foreligger det flere hensyn som taler for at kryssdiskriminering tilfører noe mer til en sak.

¹⁶⁹ Forslag til avgjørelse i Sak C-443/15 avsnitt 148

¹⁷⁰ Sak C-443/15 avsnitt 49

¹⁷¹ Schiek (2018) s. 11

¹⁷² Forslag til avgjørelse i Sak C-157/15 avsnitt 1 og Forslag til avgjørelse i Sak C-188/15 avsnitt 1

¹⁷³ Sak C-157/15 og Sak C-188/15

¹⁷⁴ Schiek (2018) s. 13

¹⁷⁵ Diskrimineringsnemnda sak 30/2018

¹⁷⁶ Hox (2018)

¹⁷⁷ Hox (2018)

4.2 Rettsstrategier, ressurser og bevis

Andre utfordringer knytter seg til rettsstrategier, ressurser og bevis. Effektivitetshensyn taler for at det er bedre å føre saken på ett grunnlag. Det er enklere å bevise, og tar kortere tid.

Velger man i tillegg det diskrimineringsgrunnlaget som er sterkest beskyttet, har man en god strategi for å vinne saken. Siden de endimensjonale modellene henger igjen i rettssystemet er det enklere å vinne frem på ett grunnlag, enn å argumentere for kryssdiskriminering og dens anerkjennelse.

Når denne arbeidsmåten følges, forsterkes bare effekten. Så lenge saker som kunne vært behandlet som kryssdiskrimineringssaker, blir behandlet på bare ett grunnlag, medfører dette underrapportering. Dette bidrar igjen til mangel på statistikk til bruk i neste sak. Vi får dermed en ond sirkel som hindrer både innføringen og anvendelsen av kryssdiskriminering.

Manglende registrering av klager og data bidrar altså til vedvarende usynlighet av fenomenet.¹⁷⁸ Her er dessverre både JURK og Likestillings- og diskrimineringsombudet bidragsyttere. JURK fører ikke statistikk på kryssdiskrimineringssaker.¹⁷⁹ På Likestillings- og diskrimineringsombudets nettside går statistikken fra 2007 til 2015, og her har man ikke en egen kategori for kryssdiskrimineringssaker.¹⁸⁰ Når ombudet i tillegg behandler åpenbare kryssdiskrimineringssaker som diskriminering på kun ett grunnlag, blir den statistikken som faktisk føres, misvisende.

Videre uttaler FNs kvinnekomite i sin generelle anbefaling at de savner tall på hvordan eldre kvinner påvirkes av strukturer i samfunnet.¹⁸¹ Manglende undersøkelser er altså en ytterligere faktor som hindrer bevisstgjøring av kryssdiskriminering i rettssystemer. Det er først i senere tid at man har begynt å se på hvilke grupper som er utsatt for dobbeldiskriminering.

Eksempler på dette er homofile minoriteter og unge / eldre funksjonshemmede. Å prioritere slike undersøkelser er med andre ord nødvendig for at kryssdiskriminering skal slå rot i rettssamfunnet.

I forlengelsen av dette er kritikken som rettes mot konseptet kryssdiskriminering. Til tross for sine fordeler, har kryssdiskriminering blitt kritisert for å skape nye problemer. Schiek tar i sin

¹⁷⁸ Smith (2016) s. 88

¹⁷⁹ Fjeldstad (2018)

¹⁸⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudet (udatert)

¹⁸¹ Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt 1 og 32

artikkel opp bekymringer for at anerkjennelsen av kryssdiskriminering skal føre til fragmentering.¹⁸² Ved å ta hensyn til alle mulige identitetsfaktorer, risikerer man en oppdeling av tilfeller som ellers bærer viktige likhetstrekk. Etterhvert som tilfeller deles opp i mindre og mindre undergrupper, svekkes muligheten for strukturell analyse.¹⁸³ Siden virkeligheten er slik at det er en styrke i å være mange, er homogeniseringen som de endimensjonale modellene legger opp til, nødvendig i politiske likestillingskamper.¹⁸⁴ Denne «essensialiseringen» må dog ikke bli et skalkeskjul for faktisk homogenisering, da gruppene, som nevnt tidligere, også er ulike innad.¹⁸⁵

¹⁸² Schiek (2018) s. 5

¹⁸³ Schiek (2018) s. 5

¹⁸⁴ Smith (2016) s. 82

¹⁸⁵ Smith (2016) s. 83

5 Rettsfølgene av kryssdiskriminering

5.1 Hva blir rettsvirkningene?

Rettsvirkningene av kryssdiskriminering er uavklart i spørsmålet om det medfører subsidiære rettsvirkninger eller supplerende rettsvirkninger.¹⁸⁶ Det stilles spørsmål om den diskriminerte skal kompenseres for overtredelsen av ett diskrimineringsforbud eller overtredelsen av samtlige forbud. Lovgiver har ikke gitt et svar på spørsmålet, og det er dermed opp til håndheverne å avklare dette.

I tidligere forarbeider er det foreslått at virkningene av kryssdiskriminering skal følge lovens alminnelige sanksjonssystem.¹⁸⁷ Det kan dermed kreves erstatning og oppreisning, jf. likestillingsloven § 38. Erstatningen skal dekke det økonomiske tapet som er oppstått som følge av diskriminering. Oppreisningen skal fastsettes til det som er rimelig ut ifra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

Videre uttaler forarbeidene til den nye loven at det skal vurderes konkret om kryssdiskriminering i det hele tatt skal vektlegges.¹⁸⁸ Dette støttes opp av de tidligere forarbeidene som krever en helhetsvurdering, hvor man blant annet ser på hvor grov krenkelsen har vært.¹⁸⁹ I denne vurderingen kan kryssdiskrimineringen få virkning i enkelte alvorlige saker, særlig dersom diskrimineringen har vært overfor grupper i særlig utsatt situasjon.¹⁹⁰

Ordlyden til § 38 og forarbeidene peker altså i retning av at kryssdiskriminering ikke skal påvirke erstatnings- og oppreisningsspørsmålet, med mindre dette medfører at krenkelsen blir grovere. Med andre ord taler ordlyden og forarbeidene for at rettsvirkningene av kryssdiskriminering skal være supplerende.

Det finnes flere motargumenter mot dette.

Først og fremst utgjør kryssdiskriminering en overtredelse av to eller flere forbud. Når man først har overtrådt flere forbud, er det rimelig at man sanksjoneres strengere enn dersom man

¹⁸⁶ Hellum og Ketscher (2008) s. 50

¹⁸⁷ NOU 2009: 14 s. 182 og 183 og Prop. 88 L (2012-2013) s. 94

¹⁸⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 117

¹⁸⁹ NOU 2009: 14 s. 182 og 183 og Prop. 88 L (2012-2013) s. 94

¹⁹⁰ NOU 2009: 14 s. 183 og Prop. 88 L (2012-2013) s. 94

kun har overtrådt ett forbud. Dette er i tråd med den allmenne rettsfølelsen. I forarbeidene fastslås det at sanksjoneringen skal være effektiv, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende virkning.¹⁹¹ Den avskrekkende virkningen vil ikke slå inn hvis man kun blir sanksjonert for ett brudd, og «kommer unna med» diskriminering på ytterligere grunnlag.

For det andre er erstatning og oppreisning en form for sanksjonering – en reaksjon på et lovbrudd. Spørsmålet kan dermed ses i sammenheng med strafferetten og sanksjonssystemet for øvrig. I strafferetten straffes man strengere dersom man har overtrådt flere straffebud, gitt at disse beskytter ulike interesser. De ulike diskrimineringsforbudene beskytter ulike sider av den personlige integritet. Det kan dermed argumenteres for at det er i tråd med sanksjoneringssystemet for øvrig at den som diskriminerer skal sanksjoneres for brudd på to forbud.

For det tredje kan det argumenteres for at hensynet til den diskriminerte taler for at kryssdiskriminering skal gi subsidiære rettsvirkninger. Den diskriminerte har vært utsatt for en større belastning når diskrimineringen utføres på grunnlag av flere sider ved vedkommendes identitet. Den krenkede vil oppleve det som at det ikke bare er én, men flere karakteristikk ved sin person som er «feil». Omfanget av diskrimineringen er dermed større. For at sanksjoneringen skal være effektiv, og faktisk ramme realiteten av den opplevde diskrimineringen, må derfor den som diskriminerer ilegges ansvar for brudd på alle forbudene.

Forarbeidene uttaler at det kun er i tilfeller hvor kryssdiskrimineringen er utført overfor en særlig utsatt gruppe, at det kan være aktuelt at kryssdiskrimineringen får innvirkning på grovhetsvurderingen.¹⁹² Det kan her argumenteres for at enhver gruppe som kan diskrimineres på to eller flere grunnlag, må kunne anses å være en særlig utsatt gruppe. På lik linje med for eksempel homofile samer og minoritetskvinner, er eldre kvinner særlig utsatt. Det uttrykkes bekymring for sistnevnte i kvinnekomiteens generelle anbefaling nr. 27. Legger man dette til grunn, vil det ikke bare være i enkelte alvorlige saker at kryssdiskrimineringen medfører at diskrimineringen blir ansett å være grovere. Dette taler ytterligere for at rettsvirkningene bør være subsidiære.

¹⁹¹ Prop. 80 L (2016-2017) s. 94

¹⁹² NOU 2009: 14 s. 182 og 183 og Prop. 88 L (2012-2013) s. 94

I og med at Diskrimineringsnemnda nettopp har fått kompetanse til å avgjøre erstatnings- og oppreisningsspørsmål i enkle saker, er nemnda i en overgangsfase. De har derfor ikke behandlet noen saker hvor det er blitt stilt spørsmål om å tilkjenne erstatning og/eller oppreisning. Etter innføringen av den nye loven, har heller ikke domstolene fått denne muligheten. Det vil dermed bli interessant å se hvordan nemnda og eventuelt domstoler behandler dette spørsmålet når det en gang dukker opp.

5.2 Er diskrimineringsvernet forsterket?

Etter denne gjennomgangen kan det stilles spørsmål om tilføyelsen av kryssdiskrimineringsforbud i lovteksten har forsterket diskrimineringsvernet. Siden kryssdiskrimineringsaker allerede har blitt behandlet i en årrekke, er innføringen ifølge forarbeidene kun ment å være en videreføring av dagens lovgivning. Det uttales at bestemmelsen ikke er «ment å tette hull i diskrimineringsvernet eller på andre måter regulere noe som ikke allerede er omfattet av diskrimineringsvernet»¹⁹³. Tilføyelsen ble altså innført på grunn av informasjonshensyn og ønsket om å synliggjøre sammenhengen mellom grunnlagene.

Det kan argumenteres for at en slik synliggjøring i seg selv er med på å styrke vernet. Med synliggjøring kommer kunnskap, og med kunnskap kommer makt – makt til å påvirke ens egen situasjon og gjøre noe med den. Likestillings- og diskrimineringsombudet formulerer det godt: lovfestingen bidrar til at lovgiver «anerkjenner at sammensatt diskriminering er en reell problemstilling».¹⁹⁴ Med større bevissthet om fenomenet kan man utarbeide bedre tiltak for å fremme likestilling og hindre diskriminering. Ombudets aktive likestillingsarbeid blir med andre ord enklere når man kan vise til en lovbestemmelse i informasjons- og påvirkningsøyemed.

Som det fremgår av forarbeidene, var tre høringsinstanser imot et uttrykkelig forbud mot sammensatt diskriminering: Finans Norge, Spekter og KS.¹⁹⁵ Finans Norge og KS uttalte i sine hørings svar at «et uttrykkelig forbud mot sammensatt diskriminering kan skape rettslig

¹⁹³ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹⁹⁴ Prop. 81 L (2016-2017) s. 115

¹⁹⁵ Prop. 81 L (2016-2017) s. 115

uklarhet, svak forutsigbarhet og svekket rettssikkerhet». ¹⁹⁶ Organisasjonene fryktet at en slik bestemmelse ville kunne senke terskelen for diskrimineringsvernet.

Finans Norge skrev følgende: «i tilfeller der man ikke kan påvise diskriminering basert på et separat diskrimineringsgrunnlag, vil det være enkelt å falle ned på at det allikevel foreligger sammensatt diskriminering. Det er en fare for at bevisterskelen blir for lav. Med en så uklar og lite forutsigbar bestemmelse blir det også vanskelig for bedriftene å arbeide systematisk og målrettet på diskrimineringsområdet». ¹⁹⁷

Synspunktene virker oppkonstruert, da dette ikke har vært tilfellet frem til nå.

Håndhevingsorganene har som nevnt behandlet kryssdiskrimineringsaker også før tilføyelsen, uten at disse påstandene har oppstått. En gjennomgang av praksis viser at man ikke har hatt saker hvor håndhevingsorganet fant at man ikke nådde opp på ett grunnlag, og dermed idømte at tilfellet var kryssdiskriminerende. Tendensen har heller vært den motsatte, ettersom håndhevingsorganer til stadighet overser tilfeller som er kryssdiskriminerende, og heller treffer vedtak om at det ikke har forekommet diskriminering. Det er dermed ikke noe som taler for at vi fremover vil oppleve radikale endringer etter tilføyelsen i lovteksten.

Det samme gjelder beviskravet. Som det fremkommer av forarbeidene skal terskelen forbli lik så lenge forutsetningen er at årsakskravet er oppfylt for alle de aktuelle grunnlagene. ¹⁹⁸ Igjen viser den foreliggende praksisen at det heller har vært vanskelig å få gehør for at man har vært utsatt for diskriminering på flere grunnlag. Finans Norge synes å undervurdere norske bedrifter når de mener at regelen vil komplisere bedriftenes arbeid for likestilling. Tilføyelsen av kryssdiskrimineringsforbudet medfører at arbeidsgivere skal evne å sette to eller flere diskrimineringsgrunnlag sammen, og være bevisst på at arbeidstakeres identiteter kan krysses. Et krav om å se sine arbeidstakere og hindre diskriminering kan da ikke være for mye å be om?

Innføringen av kryssdiskrimineringsforbud i lovteksten er i tråd med kvinnekomiteens anbefalinger. Komiteen har opptil flere ganger etterspurt et lovverk som også tar høyde for de interseksjonelle tilfellene. ¹⁹⁹ Et uttrykkelig forbud mot kryssdiskriminering er opplysende og synliggjørende. Det vil forhåpentligvis medføre at man fanger opp flere situasjoner enn det

¹⁹⁶ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹⁹⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 115

¹⁹⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 116

¹⁹⁹ Se f.eks. Generell anbefaling nr. 27 (2010) avsnitt C 9

man har gjort til nå. Tilføyelsen vil være med på å utvikle rettstilstanden, ved at flere saker tas opp til behandling. Vi kan dermed konkludere med at diskrimineringsvernet har blitt styrket.

6 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandlingen har gitt en oversikt over forbudet mot kryssdiskriminering. Ved årsskiftet fikk vi en samlet likestillings- og diskrimineringslov som uttrykkelig forbyr diskriminering på flere diskrimineringsgrunnlag. Departementet mente at dette var nødvendig for å synliggjøre gjeldende rett, og få frem sammenhengen mellom de lovfestede grunnlagene.

Realiteten er at mennesker har flere identiteter. Kryssdiskriminering er derfor avgjørende for rettssikkerheten til de som opplever forskjellsbehandling på to separate grunnlag, eller i kombinasjonstilfeller. Et diskrimineringsforbud mot flerdimensjonale tilfeller synliggjør maktstrukturene i samfunnet. Det kommer frem hvilke karakteristikk som gir privilegier, og hvilke som gir negative konsekvenser. En spesifikk kombinasjon av flere karakteristikk blir med dette ikke bare et heldig eller uheldig tilfelle, men noe lovgivningen kan sette søkelys på, og gjenopprette dersom det er behov for det. Fenomenet gjør at nemnd og domstoler evner å imøtegå diskrimineringen slik den faktisk oppleves.

For å belyse et tilfelle der kryssdiskriminering kan anvendes, har jeg sett på hvilke konsekvenser pensjonssystemets oppbygning har for eldre kvinner. Som gjennomgangen i kapittel tre viser utgjør bestemmelsene og virkningene av disse ulovlig forskjellsbehandling på to grunnlag i kombinasjon. Eldre kvinner blir satt i en dårligere stilling enn andre. Årsaken er den strukturelle kjønnsdiskrimineringen kvinner møter i arbeidslivet gjennom tradisjonelle kjønnsmonstre og dagens arbeidsmarked, som medfører at kvinner har en lavere inntekt enn menn. Ettersom pensjonsutbetalingene baserer seg på hva en tjener i løpet av karrieren, får kvinner lavere pensjonsutbetalinger. De omfordelingsmekanismene som er lagt inn er ikke tilstrekkelige for å fjerne disse virkningene. Kvinner er derfor mer tilbøyelige til å ønske å arbeide også senere i livet. Dette nektes imidlertid gjennom aldersgrenser for både tiden en kan tjene opp pensjon, og for når en er sikret stillingsvern. Eldre kvinner forskjellsbehandles derfor fordi de ikke får muligheten til å opparbeide seg like mye pensjon som menn.

Som det fremgår av analysen ville denne forskjellsbehandlingen ikke blitt synlig uten forbudet mot kryssdiskriminering. Det ville verken blitt ansett som kjønnsdiskriminering eller aldersdiskriminering. Både anerkjennelsen av, og kunnskapen om kryssdiskriminering er dermed nødvendig for at eldre kvinner skal få like muligheter som sine jevnaldrende menn. For å nå målet om reell likestilling, må altså alle parter i en mulig diskriminering være bevisst på fenomenet. Kryssdiskrimineringsforbudet har ikke bare relevans for eldre kvinner, men også for andre grupper som har behov for at kryssdiskriminering innarbeides som et reelt

«alternativ» til de endimensjonale tilfellene. For Norges del peker FNs kvinnekomite spesielt på minoritetskvinner.²⁰⁰

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at kryssdiskriminering anvendes, det må også ha en effektiv rettsvirkning. Hva som blir følgene av et påvist kryssdiskrimineringstilfelle er på dette tidspunktet uklart, og det er derfor nå opp til nemnd og domstolene å avklare dette. Flere hensyn taler for at overtredelse av kombinasjonsforbudet tilsier at man skal få en strengere irettesettelse enn for overtredelse av ett diskrimineringsgrunnlag. Et brudd er ikke et brudd om man bryter to forbud i en og samme handling. For at spørsmålet skal avklares, må det komme en sak opp for nemnda og eventuelt domstolen. Derfor må vi ganske enkelt vente på at dette skjer.

²⁰⁰ CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 8 (2012) avsnitt C 35

Kildeliste

Lover, konvensjoner og direktiver

Lovregister

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1997	Lov 28. feb 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 50 Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 51 Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven – likestillingsloven)

Konvensjoner og direktiver

FNs Kvinnekonvensjon	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner 18. desember 1979 (kvinnediskrimineringskonvensjonen) (KDK)
Dir 2000/78/EF	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [Rammedirektivet]

Forarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 37 (2008-2009)	Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon)
Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv)
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Prop. 88 L (2012–2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Prop. 48 L (2014-2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)
Prop. 80 L (2016-2017)	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
Prop. 81 L (2016–2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Rettspraksis

EU-domstolen

Sak C-45/09 <i>Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges</i>	ECLI:EU:C:2010:601
Sak C-443/15 <i>Dr. David L. Parris mot Trinity College Dublin m.fl</i>	ECLI:EU:C:2016:897
Sak C-157/15 <i>Samira Achbita og Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV</i>	ECLI:EU:C:2017:203
Sak C-188/15 <i>Asma Bougnaoui og Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA</i>	ECLI:EU:C:2017:204

Avgjørelser fra Generaladvokaten

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat J. Kokott, i Sak C-157/15 *Samira Achbita og Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV* ECLI:EU:C:2016:382

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat J. Kokott, i Sak C-443/15 *Dr. David L. Parris mot Trinity College Dublin m.fl* ECLI:EU:C:2016:493

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat E. Sharpston, i Sak C-188/15 *Asma Bougnaoui og Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micropole SA* ECLI:EU:C:2016:553

Forvaltningspraksis

Diskrimineringsnemnda sak 49/2014 Vedtak i sak 49/2014

Diskrimineringsnemnda sak 30/2018 Vedtak i sak 30/2018

Halse (2018) Halse, Bjørn (2018): *Utviklingen i alderspensjon per 30. september 2018*. [PDF fra: <https://www.nav.no/no/NAV+og+samfunn/>]

	Statistikk/Pensjon+--statistikk/Alderspensjon] [Sisert 10.12.2018]
Likestillings- og diskrimineringsombudet (udatert)	Likestillings- og diskrimineringsombudet. “Klagesaker etter diskrimineringsgrunnlag 2007-2015. Antall”, (udatert), http://www.ldo.no/nyheter-og-fag/ldos- statistikk/klagesaker/ [06.12.2018]
Likestillings- og diskrimineringsombudet (2015)	Likestillings- og diskrimineringsombudet (2015) <i>Aldersdiskriminering i arbeidslivet</i> , 16.09.2015. [http://www.ldo.no/globalassets/ brosjyrer-handboker- rapporter/aldersdiskriminering- notat---ema---16-september-2015-til-pdf- validert.pdf] [Sisert 19.10.2018]
Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017)	Likestillings- og diskrimineringsombudet (2017) <i>CEDAW 2017 Ombudets rapport til FNs kvinnekomité – et supplement til Norges niende periodiske rapport</i> . [http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer- handboker-rapporter/rapporter_analyser/ rapporter_diverse/cedaw2017.pdf] [Sisert 28.10.2018]
Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018)	Pensjonspolitisk arbeidsgruppe (2018) <i>Arbeid, pensjon og inntekt i den eldre befolkningen</i> , 05.05.2018. [https://www.regjeringen.no/contentassets/ d988e480cf2a462e9beb87446d1c0b0e/

Dokumenter fra FNs kvinnediskrimineringskomité (CEDAW-komiteen)

Generell anbefaling nr. 27 (2010)	General Recommendation No. 27 (2010), on older women and protection of their human rights (UN doc. CEDAW/C/GC/27, 2010)
Generell anbefaling nr. 28 (2010)	General Recommendation No. 28 (2010), on the core obligations of States parties under article 2 of the CEDAW (UN doc. CEDAW/C/GC/28, 2010)
CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 8 (2012)	Concluding Observations on the eighth periodic report of Norway (UN doc. CEDAW/C/NOR/CO/8, 2012)
Norges landsrapport nr. 9	Norway's state party report No. 9 (UN doc. CEDAW/C/NOR/9, 2016)
CEDAW-komiteens bemerkning til Norges rapport nr. 9 (2017)	Concluding Observations on the ninth periodic report of Norway (UN doc. CEDAW/C/NOR/CO/9, 2017)

Litteratur

Amundsen (2018)	Amundsen, Bård. <i>Kvinner, barn og unge er pensjonsreformens vinnere.</i> (2018),
-----------------	--

https://www.forskningsradet.no/prognnett-evapen/Nyheter/Kvinner_barn_og_unge_er_pensjonsreformens_vinnere/1254032831338 [Sisert 27.11.2018]

Aune (2013)

Aune, Helga, *Deltidsarbeid – Vern mot diskriminering på strukturelt og individuelt grunnlag*, (Oslo 2013)

Blaker Strand og Larsen (2015)

Blaker Strand, Vibeke og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (Oslo 2015)

Campbell (2016)

Campbell, Meghan. «CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering Approach to Intersectional Discrimination», *Working Paper* Vol. 2, No. 3 (2016)

<https://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/Working-Paper-Series-Vol-2-No-3.pdf>

Hellum og Ketscher (2008)

Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, (Oslo 2008)

Hoffengh (2018)

Hoffengh, Sissel. «LO demonstrerer: krever pensjon fra første krone», *Dagsavisen* [https://www.dagsavisen.no/innenriks/lo-demonstrerer-krever-pensjon-fra-forste-krone-1.1230090] [Sisert 12.12.2018]

- European Commission (2016) European Commission. (2016) *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law* May 2016
- [<https://www.equalitylaw.eu/downloads/3850-intersectional-discrimination-in-eu-gender-equality-and-non-discrimination-law-pdf-731-kb>] [Sisert 11.12.2018]
- Ketscher (2000) Ketscher, Kirsten, «Mod en argumentativ ret», *Jussens venner*, nr. 5-6, (2000) s. 272-287
- Ketscher (2008) Ketscher, Kirsten, *Socialret – principper, rettigheder, værdier*, 3. udgave (København 2008)
- Narvland (2018) Narvland, Runar, *Trygderett i et nøtteskall*, 2. udgave (Oslo 2018)
- Roseberry (2011) Roseberry, Lynn. «Multiple discrimination», i *Age Discrimination and Diversity*, Malcolm Seargent, London: Cambridge University Press, 2011, s. 16-40.
- <https://doi.org/10.1017/CBO9780511777196> (Sisert fra database: Cambridge Core)
- Seargeant (2011) Seargeant, Malcolm, «Ageism and age discrimination», i *Age Discrimination and Diversity*, Malcolm Seargent, London: Cambridge University Press, 2011, s. 1-15. <https://doi.org/10.1017/>

CBO9780511777196 (Sisert fra database:
Cambridge Core)

- Schiek (2011) Schiek, Dagmar. «Age discrimination before the ECJ – Conceptual and theoretical issues», *Common Market Law Review* nr. 48 (2011) s. 777-799
- Schiek (2018) Schiek, Dagmar. «On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)» *International Journal of Discrimination and the Law* September (2018) s. 1-22
- Smith (2016) Smith, Ben. «Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective», *Equal Rights Review* Volume 16 (2016) s. 73-102
- SSB Arbeid SSB. *Fakta om arbeid*. (2018), <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/faktaside/arbeid> [Sisert 25.11.2018]
- SSB Kvinner og menn SSB. *Dette er kvinner og menn i Norge*. (2018), https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/_attachment/341883 [Sisert 25.11.2018]
- SSB Lønnsforskjeller SSB. *Lønnsforskjellene mellom kvinner og menn fortsetter*. (2018), <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og->

publikasjoner/lonnsforskjellene-mellom-
kvinner-og-menn-fortsetter [Sisert 25.11.2018]

Vlachantoni (2011)

Vlachantoni, Athina. «Still disadvantaged? Women in modern pension systems», i *Age Discrimination and Diversity*, Malcolm Seargent, London: Cambridge University Press, 2011, s. 65-88. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511777196> (Sisert fra database: Cambridge Core)

Wærstad (2017)

Wærstad, Tone Linn, «Hvordan sikre kvinners diskrimineringsvern i møte med kulturelle praksiser gjennom forbudet mot strukturell diskriminering i kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK)», i *Ketsch me if you can: sociale rettigheter og ligestilling: hyldest til Kirsten Ketscher*, Helga Aune mfl. (red.), København: Karnov Group 2017 s. 196-209

Utilgjengelige kilder

Fjeldstad (2018)

Fjeldstad, Ingeborg Aasness, e-post, 17. september 2018

Helleland (2018)

Helleland, Linda Hofstad, tale ved åpning av LDOs årskonferanse 2018: Arbeidsliv uten kjønn. Oslo, 22. november 2018

Hox (2018)

Hox, Monica, telefonsamtale, 4. oktober 2018