

## **Diskriminering**

### **2.13 Alder og kjønn**

**Eksempel** på en besvarelse:

Problemstillingen denne oppgaven reiser er hvorvidt begrunnelsen for valg av Tove Berg til stillingen som økonomikonsulent, er juridisk holdbar. Jeg vil i denne oppgaven behandle personalkonsulentens ulike begrunnelser for valg av Berg en etter en.

Avtalefrihet

Det juridiske utgangspunkt for å stifte et arbeidsforhold er avtalefrihet. Kommunen står fritt med hensyn til hvilke krav den vil stille, noe som ofte framgår av utlysningsteksten. I denne oppgaven er utlysningsteksten ikke kjent. Det finnes dog både rettsregler og andre forhold (tariffavtale) som begrenser kommunens frihet ved ansettelser.

### **Kvalifikasjonsprinsippet**

Det finnes ingen formelle utdannings- eller praksiskrav ved ansettelse av økonomikonsulent til sosialsektoren. Men grunnprinsippet i norsk rett ved ansettelser i det offentlige er at dette skal skje etter konkurranse mellom søkerne ut fra disses kvalifikasjoner. Med andre ord gjelder et kvalifikasjonsprinsipp.

Også hovedoverenskomstens (KS-området) § 2 fastslår at det i første rekke er dette som skal tillegges vekt. Ifølge samme paragraf skal en slik vurdering være basert på søkerens teoretiske utdanning, praksis og skikkethet for stillingen.

Det framgår ikke av oppgaven hvilke kvalifikasjoner som er lagt til grunn i stillingsutlysningen. Jeg vil anta at høyere utdanning ikke har vært en forutsetning siden den 57-årige mannen bare har videregående utdanning. Hva gjelder lengde på utdanning og praksis stiller Berg likt med den 35-årige søkeren. Hvorvidt Berg er mer skikket til stillingen enn de to andre er vanskelig å vurdere ut i fra opplysningene i oppgaven (altså vurderinger av søkerens personlige egenskaper). Slike kriterier er også ofte vanskelig å dokumentere. Ut fra oppgaveteksten synes det for meg som at kvalifikasjonsprinsippet her gir et rom for arbeidsgiverens frie skjønn i valget mellom disse tre.

**Konklusjon:** Juridisk begrunnelse basert på praksis og teori er her juridisk holdbar.

## **Kjønn**

Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 fastslår at forskjellsbehandling av menn og kvinner ikke er tillatt. Men lovens § 11 tillater ulik behandling/positiv særbehandling, hvis det skjer for å fremme likestilling og det ikke er helt uproporsjonalt. I hovedoverenskomsten (KS) § 2 pkt. 2.2 andre ledd blir dette også presisert i de tilfeller hvor søkere av begge kjønn står kvalifikasjonsmessig likt / tilnærmet likt. Siden jeg har vurdert søkerne likt kvalifikasjonsmessig, er det en forsvarlig begrunnelse å foretrekke kvinner framfor menn (moderat kjønnskvoltering) forutsatt underrepresentasjon. Hva som ligger i begrepet underrepresentert i tariffavtalen er ikke videre forklart, men for kvinners del vil det typisk være å rekruttere kvinner inn i stillinger hvor det fra før av er overvekt av menn, typisk for eksempel ledende stillinger, høyere lønte stillinger, stillinger innenfor teknisk sektor etc. Dette gjelder en økonomikonsulentstilling knyttet til sosialetaten – en etat tradisjonelt med mange kvinner, men kanskje ikke i økonomistilling.

**Konklusjon:** Hvis jeg forutsetter underrepresentasjon, mener jeg at denne typen begrunnelse fra Cecilia er juridisk holdbar.

## **Født og bosatt**

Den videre begrunnelsen for valg av Berg er at hun er født og oppvokst, og nå bosatt med mann og barn, i kommunen. Utgangspunktet for å kunne prioritere noen søkergrupper fremfor andre må være fastsatt eller forutsatt i lov eller ha klare saklige grunner for seg. En kommune kan derfor ikke legge til grunn som et alminnelig prinsipp at kommunale stillinger skal forbeholdes lokale søkere. Det ville jo være å bryte med elementene i kvalifikasjonsprinsippet. På den annen side kan kjennskap til lokale forhold være en kvalifikasjon som bør telle med. Forutsetningen må imidlertid være at slik kjennskap er av betydning for stillingen og ikke kan erverves i løpet av relativt kort tid. Jeg vil ikke si at kjennskap til lokale forhold er av betydning for en stilling som økonomikonsulent.

At Bergs bakgrunn og nåværende familiesituasjon vektlegges er utenfor det som naturlig faller innenfor kvalifikasjonsprinsippet, og kan fort oppleves som et «urettferdig» konkurransekriterium for andre søkere. Jeg vil også svekke tyngden av argumentet ved å betvile at hun nødvendigvis vil bli et mer stabilt element i administrasjonen enn f.eks. mannen i høy alder, i så fall bør dette kunne dokumenteres bedre før dette vektlegges. Videre synes jeg at det er

rimelig at søkerne utenfra eventuelt blir gjort kjent med at slike vurderinger/kriterier kan spille inn, slik at de også får anledning til å legge fram sine «framtidstanker».

**Konklusjon:** I dette tilfellet vil jeg ikke si at lokal prioritering er saklig grunn, jfr. drøftelse foran. Dette momentet anses ikke som juridisk forsvarlig.

### **Alder**

I arbeidsmiljøloven er alder regnet opp som diskrimineringsgrunn i aml. § 13-1 første ledd. Dette betyr at som hovedregel er det ikke tillatt for Cecilia å argumentere med alder. Det finnes imidlertid en unntaksbestemmelse i aml. § 13-3 andre ledd. Er vektlegging av alder i dette tilfellet nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke uforholdsmessig inngripende?

Det saklige formålet kan knyttets til personalpolitiske målsettinger. Hvis Midland kommune har utarbeidet en personalplan hvor det viser seg at tyngden av arbeidsstokken er rundt pensjonsalderen, så er det ønskelig at yngre medarbeidere foretrekkes fremfor eldre for å ikke komme i et dilemma ved at mange slutter samtidig. Dog mener jeg at en slik praksis vil være uforholdsmessig inngripende for eldre søkere. Kommunen må tiltrekke seg så sterke yngre søkere at disse vinner "kvalifikasjonskonkurransen" skal de kunne oppnå å få mer aldersspredning i personalet. Hvis vurderingen av alderen til den ene søkeren her ble utslagsgivende i hans disfavør, er dette et "yrkesforbud", selv om han normalt har ca. 10 år igjen i arbeidslivet. At Berg som er 27 år skal gå foran søkeren som er 35 år ut fra alder, synes jeg overhodet ikke er et holdbart argument. De har henholdsvis 32 og 39 arbeidsår før pensjonsalderen, slik at aldersforskjellen her har etter min vurdering ingen betydning.

**Konklusjon:** Jeg mener at unntakskriteriene i aml. § 13- 3 andre ledd dermed ikke er oppfylt, og at alder her ikke lovlig kan brukes som begrunnelse.

### **2.14 Underrepresentasjon**

Forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke er tillatt, jf. hovedregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd. Dette understøttes av § 29 bokstav a) i kapittel 5 om særlige regler i arbeidsforhold, som viser konkret til at dette også gjelder utlysning av stilling. En oppfordring til menn om å søke er en forskjellsbehandling i henhold til diskriminerings- og likestillingsloven og rammes av forbudet i hovedregelen.

Loven åpner imidlertid for positiv særbehandling i § 11, forutsatt at alle tre vilkår i lovteksten er oppfylt. Den ulike behandlingen må ut fra § 11 bokstav a) være egnet til å fremme lovens formål. Formålsbestemmelsen framgår av likestillings- og diskrimineringsl. § 1, og tredje ledd poengterer at loven tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling.

I dette tilfellet viser oppgaveteksten til at menn er underrepresentert i bedriften. Spørsmålet er imidlertid om lovens formålsbestemmelse her kan begrunne å særbehandle menn. Tradisjonelt er det oppfordring til kvinner om å søke som har blitt godtatt. Forarbeidene sier dog direkte at selv om loven særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling, skal ikke dette være til hinder for å positivt særbehandle menn, men viser til at i praksis vil positiv særbehandling være mest aktuelt for kvinner da de møter flere diskriminerende barrierer enn menn.<sup>1</sup> I tradisjonelle kvinneyrker i helsesektoren og oppvekstsektoren har behovet for å rekruttere flere menn vært fokusert. Et perspektiv på likestilling handler om et kjønnsdelt arbeidsmarked. Det å få menn raskere inn i tradisjonelle kvinnedominerte arbeidsarenaer bl.a. ved hjelp av kvotering av menn, kan dermed være et viktig skritt.

Det framgår av lovteksten i § 11 bokstav b) at det må være en viss forholdsmessighet mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende dette er for den som stilles dårligere. I dette tilfellet gjelder særbehandlingen bare det å oppfordre det ene kjønn spesielt til å søke og i bokstav c) at særbehandling må opphøre når formålet er oppnådd. Etter mitt syn er disse punktene ikke problematisert i denne oppgaven.

**Konklusjon:** Oppfordring til menn om å søke i dette tilfellet kan være egnet til å fremme likestilling, og stillingsannonsen er derfor ikke i strid med likestillings- og diskrimineringsloven.

### *2.15 Gravid*

Stikkord til løsning: -- Vektlegging av graviditet må vurderes ut fra likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd første setning. Å vektlegge graviditet er direkte diskriminering, og det spiller ingen rolle at både Helga og Berit er kvinner.

---

<sup>1</sup> Ot.prp. 81 L (2016–2017) s. 318.

Merk for øvrig bestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven § 23, som gir gravide rett til individuell tilrettelegging og § 30, som bl.a. innebærer at arbeidsgiveren ikke skal be en søker om opplysninger om graviditet, familieplanlegging etc.

### *Oppgave 2.16 Nedsatt funksjonsevne*

Når det gjelder Lene Viks angrepspunkter, vil jeg begynne med hennes anklager om diskriminering grunnet hørselshemming. Er hun diskriminert pga. sin funksjonshemming?

Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd forbyr diskriminering på grunn av funksjonshemming. Med diskriminering mener loven forskjellsbehandling som ikke er lovlig, og både direkte og indirekte diskriminering er forbudt, jf. § 6 siste ledd Det er arbeidsgiveren som sitter med bevisbyrden når det gjelder å sannsynliggjøre at søkeren ikke har vært utsatt for diskriminering, dersom det er grunn til å tro at diskriminering har forekommet (delt bevisbyrde), jf. § 37. Arbeidsgiveren må sannsynliggjøre at hørselshemming ikke har fått betydning, f.eks. ved å vise til at andre søkere har bedre kvalifikasjoner. Er årsaken til at Lene ikke når opp hennes hørselshemming, eller er andre årsaker sannsynlig? Oppgaveteksten gir liten anledning til å bedømme dette, da vi ikke vet noe om andre søkere. Jeg velger å tro på kommunen når den presiserer at funksjonshemmingen ikke ble tillagt vekt ved ansettelsesvedtaket. I det praktiske liv måtte dette utsagnet dokumenteres nærmere. Hvis jeg forutsetter at Lene Vik ville blitt behandlet på samme måte selv om hun ikke hadde vært hørselshemmet, blir konklusjonen at hun ikke er diskriminert.

Lene Vik hevder også at opplysninger om funksjonshemming ikke hører hjemme i en søkerliste. Regler om søkerliste finner vi henholdsvis i offentleglova § 25 og i forskrift om partsoffentlighet ved tilsetting § 15. Offentleglova § 25 sier at en søkerliste skal inneholde søkerens navn, alder, stilling eller yrkestittel og bosteds- eller arbeidskommune. Denne søkerlisten er offentlig, og enhver kan kreve å få gjøre seg kjent med innholdet, jf. offentleglova § 3. Opplysninger om funksjonshemming hører ikke hjemme i en slik søkerliste.

I forskrift om partsoffentlighet ved tilsetting reguleres innholdet i en såkalt utvidet søkerliste i § 15. Det er kun parter i saken (søkerne) som har rett til å gjøre seg kjent med denne. Listen skal inneholde søkerens navn og alder samt fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i

offentlig og privat virksomhet. Opplysninger om funksjonshemning hører heller ikke hjemme i en slik søkerliste.

Lene Vik anfører at hun har fortrinnsrett til stillingen grunnet sin funksjonshemning fordi hun er kvalifisert. Aml. har regler om fortrinnsrett i § 14-2 og § 14-3, men disse fanger ikke inn Lenes situasjon. Aml. § 4-6 omhandler arbeidstakere med redusert arbeidsevne, men heller ikke her finnes bestemmelser om plikt til å ansette yrkeshemmede dersom de er kvalifisert. Arbeidsgivere har en plikt til å tilrettelegge arbeidet for funksjonshemmede, men det må også være klart at det å ansette og å si opp folk ligger under arbeidsgivers styringsrett. Så lenge en arbeidsgiver ikke bryter regler i lov eller tariffavtale, står arbeidsgiveren fritt til å ansette den man vil. Her har kommunen fulgt kvalifikasjonsprinsippet i Hta. § 2, og Lene Vik nådde ikke opp.

Likestillings- og diskrimineringsloven skal hindre diskriminering pga. funksjonshemning, men sier ikke at arbeidsgivere har plikt til å tilsette funksjonshemmede dersom de er kvalifisert. Reglene om positiv særbehandling, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 11, gir heller ikke arbeidsgiveren en plikt, men bare en tillatelse til å særbehandle Lene. Jeg mener derfor at Lene Vik tar feil når hun hevder å ha krav på stillingen.

Jeg nevner også likestillings- og diskrimineringsloven § 22 om særlig tilrettelegging for funksjonshemmede i arbeidsforhold, men fastslår at dette ikke gir en funksjonshemmet noen fortrinnsrett. Denne bestemmelsen er ikke ment å gjøre noe unntak fra at den best kvalifiserte skal ansettes. Men hadde Lene vært best kvalifisert, skulle forholdene blitt lagt til rette for henne slik at hennes funksjonshemning ikke ble et hinder for å kunne utføre jobben.

Å innkalle søkere til intervju er ikke regulert i aml. eller i Hta. Dette er et spørsmål om hvorvidt saksbehandlingen har vært god nok. Fvl. § 17 omhandler forvaltningsorganets utrednings- og informasjonsplikt. Her heter det at kommunen har plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Også ut fra reelle hensyn vil jeg mene at det å måle kvalifikasjoner krever at du kartlegger hver søker blant annet når det gjelder skikkethet. Hvor langt denne undersøkelsen og kartleggingen skal gå og om kommunen har overholdt dette, blir en vurderingssak. Det er klart at det som hovedregel er best å avholde intervjuer. Det vil komme fram flere opplysninger om søkerne, og man får møte dem personlig slik at det blir lettere å danne seg et bilde av deres skikkethet. Likevel er dette til syvende og sist opp til kommunen.

Dersom tidspress og økonomi taler for det, dersom skikkethet ikke er så avgjørende for den jobben som det skal tilsettes i, eller dersom kommunen føler at de har fått gode nok opplysninger gjennom f.eks. søknader, cv-er, attester, referanser, kjennskap til søkerne fra tidligere o.l., kan de altså velge ikke å avholde intervjuer.

## 2.17 *Pakistansk mann*

Stikkord til løsning:

Spørsmålene som reises må løses ut fra likestillings- og diskrimineringsloven:

Er Kamil diskriminert under ansettelsesprosessen?

- Hovedregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd fastslår at vektlegging av etnisitet er forbudt. Etnisitet forklares nærmere i § 6 første ledd siste setning. Spørsmålet blir hva som er årsaken til behandlingen av Kamil, er det hans kvalifikasjoner, eller er det at han er fra Pakistan?

- å vektlegge personlige egenskaper og derigjennom legge stor vekt på intervju er fullt tillatt og saklig, jf. kvalifikasjonsprinsippet. Sporveien A/S har her rett i at det ligger til styringsretten å bestemme hvem som er kvalifisert ut fra kravene de setter til sporbognsførere.

- pro/contra-drøftelse av om det er holdepunkter i oppgaveteksten som tilsier at dette ikke er den reelle beveggrunnen. Momenter mot diskriminering: vanlig ansettelsesprosedyre, Sporveien har fra før av mange ansatte fra Pakistan. Momenter i motsatt retning: oppgaveteksten kan tyde på diskriminering av pakistanere ved å si at referansen fra en pakistansk arbeidsgiver ikke er tilfredsstillende (avhengig av hvordan man leser oppgavetekst), rykter fra pauserommet (vanskelig å avgjøre betydning av).

- bevisbyrderregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37 gjør at uttalelsen fra vedkommende som ledet intervjuet kan gi indisier på diskriminering, og at arbeidsgiver da må gjøre det sannsynlig at diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Konklusjon: Bevisvurderingen er avgjørende for spørsmålet om Kamil er utsatt for diskriminering. Vanlige bevisbyrderregler gjelder ikke, men i stedet er bevisbyrden delt.

### Har Kamil krav på erstatning?

- Hvis vi forutsetter at likestillings- og diskrimineringsloven § 6 er overtrådt, gir likestillings- og diskrimineringsloven § 38 rett til å kreve oppreisning og erstatning uten at skyld er påvist hos arbeidsgiveren. Konklusjon: Forutsatt at Kamil er utsatt for diskriminering, har han krav på erstatning.

### Har arbeidsgiver begrunnelsesplikt?

- Ingen lov eller andre rettskilder pålegger en arbeidsgiver å begrunne ansettelsesvedtak. (Fvl. § 3 unntar begrunnelsesplikt også for offentlige arbeidsgivere.)

Likestillings- og diskrimineringsloven § 31 gir Kamil rett til å få opplysninger knyttet til den som har fått jobben – om utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner.

Konklusjon: Arbeidsgiveren har ingen begrunnelsesplikt, men må gi sentrale opplysninger om kvalifikasjoner knyttet til den som har blitt tilsatt.