

Positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne

*Hvilke grenser gjelder for arbeidsgiver til å
utøve positiv særbehandling ved ansettelse etter
gjeldende rett?*

Kandidatnummer: 229

Antall ord: 14 978



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema.....	2
1.1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.1.2 Problemstillingens bakgrunn og aktualitet.....	5
1.1.3 Overordnende hensyn.....	5
1.2 Avgrensninger.....	6
1.3 Metodeavsnitt.....	7
1.4 Videre fremstilling.....	8
2 Rettskilder.....	10
2.1 Folkeretten.....	10
2.1.1 Internasjonale menneskerettigheter.....	10
2.1.2 EU-retten.....	12
3 Adgangen til positiv særbehandling ved ansettelser.....	15
3.1 Hovedregelen om arbeidsgivers styringsrett.....	15
3.2 Er det en rett eller en plikt for arbeidsgiver?.....	16
3.2.1 Dtl.....	16
3.2.2 Delkonklusjon.....	20
3.3 Er det adgang til moderate, radikale eller rene kvoter?.....	21
3.3.1 Dtl.....	21
3.3.2 Delkonklusjon.....	34
3.4 Kvalifikasjonsprinsippet som begrensning på adgangen til positiv særbehandling.....	35
3.4.1 Generelt.....	35
3.4.2 Betydningen av særhjemmelen I forskriften til tjenestemannsloven § 9.....	38
Spørsmålet er om det gjelder et saklighetskrav i privat sektor som kan begrense arbeidsgivers adgang til å legge vekt på funksjonsnedsettelse.....	40
3.5 Gjelder det et saklighetskrav i privat sektor?.....	40
3.6 Utgjør Grl § 98 en selvstendig begrensning for bruk av særtiltak etter dtl § 7.....	41
3.7 Gjennomføring av “retten til arbeid”, jf CRPD art 27.....	41
4 Avslutning- oppsummering og de lege ferenda vurdering.....	46
Litteraturliste.....	49

1 Innledning

1.1 Tema

1.1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er adgangen til bruk av positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne ved ansettelse etter gjeldende norsk rett. Problemstillingen som reises er i hvilken grad arbeidsgiver har adgang til å anvende positiv særbehandling som et særtiltak for å fremme likestilling for denne gruppen.

Rettslig utgangspunkt for analysen er diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (heretter ”dtl”)¹ som regulerer vernet mot diskriminering for personer med nedsatt funksjonsevne. Dtl § 7 angir vilkårene for positiv særbehandling og vil tjene som rettslig grunnlag. For statlig sektor er adgangen til positiv særbehandling også regulert i Forskrift til tjenestemannsloven (heretter ”Forskriften til tjml”) § 9 som angir egne vilkår.²

Hovedregelen etter norsk og internasjonal rett er usaklig forskjellsbehandling (diskriminering) på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt. I norsk rett er dette hjemlet i dtl § 5, og Grunnloven (heretter ”GrL”) § 98³. Internasjonalt har forbudet mot diskriminering status som menneskerettslig grunnprinsipp og er hjemlet i menneskerettighetskonvensjoner. Forbudet har også status som internasjonal sedvanerett, og er således bindende for alle stater.⁴ I denne analysen er FN’s konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)⁵ og EU’s rammedirektiv 2000/78/EC⁶ (heretter ”Rammedirektivet”) sentrale folkerettslige rettskilder.

¹ Lov 21. juni 2013 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

² Forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til lov om statens tjenestemenn m.m.

³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov

⁴ Anne Hellum og Kirsten Ketscher (2008), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, s.18

⁵ UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities: resolution/adopted by the General Assembly*, 24. januar 2007, A/RES/61/106

⁶ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Positiv særbehandling, jf dtl § 7, er et unntak fra forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, jf dtl § 5, og legitimerer saklig forskjellsbehandling av denne gruppen dersom vilkårene er oppfylt.

Etter § 7 er ”positiv særbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne (...) ikke i strid med forbudet i § 5 dersom:

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

Ingen av diskrimineringslovene legaldefinerer ”positiv særbehandling”, men forarbeidene til dtl beskriver det som;

”For å oppnå formålet om faktisk likestilling, kan det være nødvendig med en viss forskjellsbehandling. Det kan i noen tilfeller være ønskelig å behandle personer eller grupper, som når det gjelder resultatene stiller svakere enn andre, formelt bedre enn flertallet, for å styrke posisjonen til disse personene eller gruppene. Denne typen forskjellsbehandling kalles gjerne positiv særbehandling”.⁷

Positiv særbehandling er et særtiltak som ”bygger på en erkjennelse av at forbud mot diskriminering ikke er tilstrekkelig for å oppnå reell likestilling”,⁸ og søker å kompensere for ulemper personer med nedsatt funksjonsevne opplever på grunn av sin funksjonsnedsettelse.⁹ I en arbeidsrettslig kontekst betyr det at arbeidsgiver lovlig kan vektlegge nedsatt funksjonsevne ved ansettelse. Arbeidsgiver anvender da særtiltak for å øke integreringen av en gruppe med nedsatt funksjonsevne som opplever vanskeligheter med å bli ansatt, og som etter resultatene stiller svakere enn andre på grunn av sin funksjonsnedsettelse. Særtiltaket skal styrke deres posisjon på arbeidsmarkedet.

⁷ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) punkt 9.12.1 s.121

⁸ Prop. 81 L (2016-2017) punkt 17.2.2 s.165

⁹ Prop.81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling og diskrimineringsloven) punkt 17.2.3.2 s.166 /Ot.prp.nr.44 (2007-2008) pkt 6.2.3 s.60

I norsk rett begrenses arbeidsgivers adgang til å positivt særbehandle gjennom diskrimineringslovgivningen og det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet i offentlig sektor.¹⁰ I en arbeidsrettslig kontekst skilles det hovedsakelig mellom tre typer tiltak som faller innenfor begrepet ”positiv særbehandling”¹¹, og som i forskjellig grad gjør unntak fra diskrimineringsforbudet og kvalifikasjonsprinsippet. Hvilket tiltak som er lovlig avgjøres konkret basert på en proporsjonalitetsvurdering.¹²

De tre type tiltakene er;

- *Moderat kvotering* vil si at vedkommende må være likt, eller tilnærmet likt, kvalifisert som den best kvalifiserte søkeren.
- Ved *radikal kvotering* må vedkommende være tilstrekkelig kvalifisert, det vil si at vedkommende oppfyller kvalifikasjonskravene.
- Ved *rene kvoter* er det kun personer med nedsatt funksjonsevne som kan søke på stillingene.¹³

I hvilken grad det kan gjøres unntak fra formell likhet og tillatte positiv særbehandling varierer mellom rettskildene, og avgjøres i stor grad ut fra om formålet til rettskilden er formell eller faktisk likhet. Hellum omtaler sistnevnte som et strukturelt diskrimineringsvern hvor det ikke er tilstrekkelig med et individrettet forbud mot direkte og indirekte diskriminering, men at det også er nødvendig at arbeidsgiver oppfyller aktivitetsplikten og iverksetter særtiltak for å oppnå faktisk likestilling.¹⁴

Min tese er at arbeidsgiver har større adgang til å positivt særbehandle enn det som er lagt til grunn for andre diskrimineringsgrunnlag. Jeg vil i min analyse vise at forarbeidene til dtl har misforstått EU-retten og at kvalifikasjonsprinsippet ikke nødvendigvis vil stenge for kvotering av denne gruppen.

¹⁰ Se mer under punkt 3.1

¹¹ Liisberg, Maria Ventegodt, *Disability and Employment – A contemporary disability human rights approach applied to Danish, Swedish and EU law and policy*, School of Human Rights Research Series, Volume 43, 2011s.164

¹² I følge Hellum er proporsjonalitetskravet et menneskerettslig grunnprinsipp. (kilde Hellum (2008) , s. 396) og det skal derfor alltid innfortolkes i alle bestemmelser som regulerer adgangen til positiv særbehandling.

¹³ Hellum (2008), s.398

¹⁴ Hellum (2008) s.377

1.1.2 Problemstillingens bakgrunn og aktualitet

Personer med funksjonsnedsettelse opplever i stor grad å bli ekskludert fra arbeidsmarkedet til tross for ønske om deltakelse i arbeidslivet. Dette bekreftes av tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) hentet 2 kvartal 2016. Tallene viser at 44 prosent av personer med nedsatt funksjonsevne er i arbeid, mens 24 prosent av de ikke-sysselsatte ønsker å arbeide. Totalt var 73 prosent av befolkningen i arbeid, mens 32 prosent av de ikke-sysselsatte ønsker å arbeide.¹⁵ At ekskludering er en internasjonal utfordring fremgår også av en rapport fra det Europeiske parlamentet som viser at under 50 prosent av personer med nedsatt funksjonsevne er i arbeid, mens 70 prosent av dem *uten* er i arbeid. 18,3 prosent av personer *med* er arbeidsledige, sammenlignet med kun 9,9 prosent av dem *uten*.¹⁶

Målsetningen om økt inkludering er et sentralt og samfunnsaktuelt tema som ofte fremheves i både media og politikken.¹⁷ Til tross for dette er det fortsatt høy arbeidsledighet blant denne gruppen, og temaet er komplisert og uavklart. Målet med avhandlingen er derfor å gjøre det enklere for arbeidsgiver å benytte seg av særtiltaket, jf dtl § 7 og forskriften til tjml §9, ved å forklare reglene.

1.1.3 Overordnende hensyn

Hensynene som taler for bruk av særtiltak er for det første at personer som tilhører denne gruppen har vanskeligere enn andre for å oppnå yrkesdeltakelse, og et særtiltak skal hindre eller kompensere for at denne gruppen opplever konkrete ulemper ved samfunnets holdninger til deres tilstand (fordelingsrettferdighet). Ekskluderingen har også negative konsekvenser for individene som opplever det som en stor psykisk påkjenning å bli holdt utenfor arbeidsmarkedet, samtidig som de går glipp av relevant arbeidserfaring. Samfunnet går på sin side glipp av store og viktige ressurser samtidig som ikke-sysselsetting blir en stor økonomisk belastning for stor samfunnet i form av utbetalinger av stønader. Videre er det samfunnsøkonomisk å utnytte tilgjengelig arbeidskraft.

¹⁵ SSB, *44 prosent av de funksjonshemmede i arbeid* (2016) (2.september 2016), <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/akutu> (lest 21. mars 2017)

¹⁶ European Parliament Report, A8-0225/2016 (2016). s.7 punkt O.

¹⁷ Se mer under punkt 3.7

På den andre siden taler hensynet til rettferdighet og forutberegnelighet mot å ansette personer som ikke er best kvalifisert. I tillegg taler hensynet til effektivitet og ønsket om en faglig sterk forvaltning, for å ansette de som er best kvalifisert. Til slutt kan positiv særbehandling innebære en bekreftelse på at det er risiko å ansette personer med nedsatt funksjonsevne. Dette kan oppleves negativt for de personene som ønsker å bli behandlet likt som andre i samfunnet.

1.2 Avgrensninger

Jeg har valgt å avgrense avhandlingen til positiv særbehandling ved ansettelse av hensyn til at det blir for omfattende å dekke særtiltak under hele arbeidsforholdet og på flere samfunnsområder.

Videre har jeg valgt å fokusere på offentlig sektor fordi det er stor usikkerhet i teorien om det faktisk gjelder noen begrensninger for private arbeidsgivere ut over det som følger av diskrimineringslovgivningen. Jeg vil imidlertid gjennomgå hovedargumentene til sentrale teoretikere.

Det er flere internasjonale konvensjoner som regulerer forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, og i variert omfang hjemler retten til arbeid og adgang til bruk av særtiltak. Utenom CRPD, er de relevante menneskerettighetskonvensjonene FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)¹⁸ og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)¹⁹, Den reviderte europeiske sosialpakt (ESP)²⁰, og den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).²¹ Jeg har valgt å kun anvende CRPD og Rammedirektivet i analysen under 3. Hoveddelen. Begrunnelsen er at det blir for omfattende å dekke dette i avhandlingen.

¹⁸ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 desember 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p.171

¹⁹ UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, 16 Desember 1966, United Nations Treaty Series, vol. 993, p.3

²⁰ European Social Charter (revised), Strasbourg, 03/05/1996, EST No. 163

²¹ The European Convention on Human Rights, Roma 4. November 1950

1.3 Metodeavsnitt

Oppgavens formål er å avklare og analysere gjeldende rett på området ved bruk av metoden norsk Høyesterett i plenum vil anvende.

Jeg har delt inn kapitlene etter hovedpunktene jeg har avdekket i analysen.

Jeg har tatt utgangspunkt i ordlyden til dtl §7, og sentrale rettskilder for tolkningen av bestemmelsen er forarbeider, etterarbeider, og juridisk teori, samt folkeretten med tilhørende rettskilder.

Jeg har valgt å anvende Prop. (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringloven)²² som uttrykk for gjeldende rett siden den gir uttrykk for nyeste og gjeldene rettsoppfatning, men jeg vil samtidig henwise til dtl sine forarbeider da Prop.81 L (2016-2017) enda ikke er blitt vedtatt av Stortinget. Alene vil proposisjonen ha vekt som etterarbeider til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008). Jeg har også valgt å henwise til Prop. 94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansattloven) de steder hvor departementet har gitt uttrykk for gjeldende rett.

Avhandlingen særpreges av at folkeretten utgjør en viktig del av rettskildebildet. Dette krever anvendelse av folkerettslig metode som består av andre tolkningsprinsipper enn alminnelig norsk rettskildemetode, jf Wien-konvensjonen om traktatretten (wien-konvensjonen)²³ som regulerer inngåelse, tolkning og opphør av traktater.²⁴ Art 31-33 hjemler prinsippene for tolkning, og sentralt i vurderingen av grensene til positiv særbehandling er konvensjonens formål, jf art 31.²⁵ Selv om Norge ikke har ratifisert konvensjonen, gir den uttrykk for folkerettslig sedvanerett, og er således bindende for norske rettsanvendere.²⁶

En metodisk utfordring er hvilken vekt uttalelser fra FNs organer om tolkningen av konvensjoner skal ha. Det fremgår ikke av konvensjonen selv eller av wien-konvensjonen om

²² April 2017 fremmet Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) forslag om å erstatte alle diskrimineringslovene med en felles diskrimineringslov. Saken er per dags dato (mai 2017) ikke behandlet i Stortinget. Adgangen til positiv særbehandling er foreslått videreført i § 11.

²³ Wien-konvensjonen om traktatretten, 23 mai 1969, vol. 1155, I-18232

²⁴ Les mer i Morten Ruud og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett*, 4. Utg., 2011 s.52-54

²⁵ Etter art 31 skal konvensjoner tolkes ”in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and *in the light of its object and purpose*”. (min kursiv)

²⁶ Ruud og Ulfstein (2011) s.70

statene er folkerettslig forpliktet til å følge praksis eller uttalelser fra komiteene.²⁷ I relasjon til SP og ØSK uttalte lovgiver i et rundskriv at General Comments ”som utfyller konvensjonen og gir uttrykk for komiteens samlede syn, så må de i folkerettslig sammenheng tillegges betydelig vekt”.²⁸ Tilsvarende standpunkt tok Høyesterett i Rt. 2016 s. 2591 avsnitt 57. Høyesterett viser til Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81 hvor domstolen uttrykker at FNs menneskerettighetskomité sine uttalelser i utgangspunktet kan ha betydelig vekt som rettskilde etter en konkret vurdering. Det er verdt å nevne at Rt. 2008 s. 1764 gjaldt tolkning gitt av FNs menneskerettighetskomité i en individklagesak om SP som er gitt forrang i menneskerettighetsloven § 3. CRPD er ikke gitt tilsvarende forrang og er et argument for at uttalelsene ikke får tilsvarende vekt. Siden rettighetene i CRPD er en presisering av de rettighetene som allerede følger av SP og ØSK tilsier det at uttalelsene tilsvarende er av betydelig vekt. Jeg legger til grunn at dette er prinsipielle uttalelser som gjelder tilsvarende for CRPD. I tillegg er det relevant å se hen til bestemmelser i andre konvensjoner ved tolkningen av CRPD.²⁹

Det eksisterer ingen rettspraksis i verken folkeretten eller norsk rett som behandler min problemstilling.

Jeg har valgt å bruke en offisiell oversettelse av CRPD som er tilgjengelig på lovdata.³⁰ Videre har jeg valgt å bruke den danske offisielle oversettelsen av Rammedirektivet.³¹ Jeg har valgt dette av hensyn til oppgavens lesbarhet.

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven er delt inn i fire deler. I Del I ble det gitt en innledning.

I Del 2 har jeg valgt å lage et eget delkapittel hvor jeg gir en kort innføring i forholdet mellom norsk rett og folkeretten, deretter gir jeg en kort oversikt over de folkerettslige rettskildene

²⁷ Rundskriv G-45/99 Dato: 31 mai 1999, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/g-4599/id108526/> avsnitt 21 under ”Til §3”

²⁸ Rundskriv G-45/99 avsnitt 24-25 under ”Til §3”.

²⁹ Rundskriv G-45/99 Avsnitt 12 under ”til § 3”.

³⁰ ”Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne”, 13. desember 2006 nr 34 Multilateral

³¹ Tilgjengelig på; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0078>

som er brukt i hoveddelen (CRPD og Rammedirektivet), og forholdet dem i mellom. Dette har jeg gjort for å øke forståelsen av de folkerettslige rettskildene i hoveddelen.

Del 3 er hoveddelen (` Adgangen til positiv særbehandling ved ansettelse `) hvor jeg har delt inn kapitlene etter hovedfunnene i analysen.

I 3.1 gjennomgås reglene om arbeidsgivers styringsrett.

I 3.2 vurderer jeg i hvilken grad dtl begrenser arbeidsgivers disposisjoner ved å undersøke om det er en rett eller plikt for norske arbeidsgivere til å iverksette særtiltak.

I 3.3 behandles spørsmålet om dtl § 7 hjemler adgang til moderate, radikale og rene kvoter.

I 3.4 vurderer jeg i hvilken grad kvalifikasjonsprinsippet begrenser adgangen til positiv særbehandling herunder forskrift til tjml § 9.

I 3.5 vurderer jeg om det gjelder et saklighetskrav i privat sektor.

I 3.6 drøfter jeg i hvilken grad Grl § 98 utgjør en begrensning på arbeidsgivers adgang til å iverksette særtiltak.

I 3.7 vurderer jeg Norges gjennomføring av ”retten til arbeid” etter CRPD.

Til slutt vil jeg i Del 4 foreta en oppsummering, samt foreta en de lege ferenda vurdering av gjeldende rett.

2 Rettskilder

2.1 Folkeretten

2.1.1 Internasjonale menneskerettigheter

Norges forhold til internasjonale menneskerettigheter

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp.³² Det vil si at folkeretten og norsk rett anses som to adskilte rettssystemer, og ved motstrid skal norsk rett gå foran. For at folkeretten skal bli en del av norsk intern rett så må den enten inkorporeres eller transformeres.³³ Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid av presumsjonsprinsippet, jf GrL § 92.³⁴

Etter GrL § 92 skal statens myndigheter ”sikre og respektere menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettighetene.”

Plikten til ”å sikre og respektere” rettighetene innebærer både at staten selv skal avstå fra å krenke rettighetene. I tillegg er den gitt en aktivitetsplikt.³⁵ Staten skal gjennom tiltak og lovgivning sørge for at individers rettigheter ikke blir krenket av andre.³⁶

Bestemmelsen skal også ha symboleffekt, være politisk retningsgivende for myndighetene, og en rettslig skranke slik at myndighetene ikke kan handle politisk i strid med menneskerettighetene”.³⁷

Presumsjonsprinsippet fremgår av ordlyden ”(...) og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”, og pålegger rettsanvendere å tolke norsk rett i overensstemmelse med

³² Ruud og Ulfstein (2011) s.55

³³ Jon Gisle, *Jusleksikon*, 4. Utgave (2010) Kunnskapsforlaget ANS s.83

³⁴ Ruud og Ulfstein (2011) s.63

³⁵ Kierulf Norsk lovkommentar av GrL § 92, sist endret 15.11.2016

<https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gL18140517z2EzA792?noteid=gN18140517z2E197A3,gN18140517z2E197A2> (sist lest 01.04.2017)

³⁶ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. Utg, Fagbokforlaget, 2015 s.55

³⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven punkt 12.2 s.64

Norges folkerettslige forpliktelser så langt det er mulig.³⁸ I følge HR-2016-2554- P (Holshipdommen) medfører ikke inkorporering gjennom § 92 at menneskerettighetskonvensjonene gis grunnlovs rang (avsnitt 70).

Norske bestemmelser som regulerer positiv særbehandling skal derfor i utgangspunktet tolkes i overensstemmelse med folkeretten, og det må ses hen til hvordan norsk lovgiver har gått uttrykkelig imot de folkerettslige reglene som er relevant for tolkningen av dtl § 7. I tillegg begrenser Grl § 92 offentlige myndigheter fra å føre tiltak eller legitimere bruk av positiv særbehandling som medfører diskriminering av andre personer i strid med diskrimineringsforbudet i Grl § 98 eller internasjonale konvensjoner. Bestemmelsen er politisk veiledende til å følge de menneskerettighetene som er sentrale for å øke inkluderingen av personer med nedsatt funksjonsevne på arbeidsmarkedet.

I 2006 forhandlet FNs medlemsland frem CRPD som en spesiell menneskerettighetskonvensjon for mennesker med nedsatt funksjonsevne, og er hovedsakelig en presisering av rettighetene gitt i SP og ØSK.³⁹

Forbudet mot diskriminering er hjemlet i art 5(1), og adgangen til bruk av positiv særbehandling er hjemlet i art 5(4);

”Særlige tiltak som er nødvendige for å framskynde eller oppnå faktisk likhet for mennesker med nedsatt funksjonsevne, skal ikke anses som diskriminering etter denne konvensjon”.

Retten til arbeid fremgår av art 27. Etter art 27 a) skal staten sikre og fremme retten til arbeid ved hensiktsmessige tiltak, også i lovs form uten diskriminering. Dette inkluderer etter art 27g) ansettelse i offentlig sektor og etter h) å fremme ansettelse i privat sektor gjennom for eksempel positiv særbehandling. Etter art 2 har staten en relativ plikt til å arbeide aktivt for å inkludere mennesker med nedsatt funksjonsevne inn i arbeidslivet uten diskriminering, jf art 27 jf art 4 (2) jf art 3. At statens plikt er relativ betyr at statene skal oppfylle rettighetene

³⁸ Ruud og Ulfstein (2011) s.63-65

³⁹ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13.desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, s.11, og 5-6

gradvis ved å bruke de ressursene de har, i tillegg har staten en viss skjønnsmargin til å bestemme hva den ønsker å prioritere.⁴⁰

Norge ratifiserte konvensjonen i 2013, jf Prop.106 S (2011-2012) og den innfortolkes gjennom Grl § 92. I HR-2016-2591-A, som gjaldt spørsmålet om en psykiatrisk pasient kunne fratras sin rettslige handleevne, ble spørsmålet om forholdet mellom norsk rett og CRPD satt på spissen. Høyesterett la vergemålsloven § 22(2) til grunn til tross for at den var i strid med CRPD. Det må påpekes at det forelå en tolkningserklæring hvor lovgiver hadde tatt forbehold mot CRPD sin bestemmelse. I tillegg var ikke vergemålsloven § 22(2) i strid med Grl § 102 eller EMK art 8. Dommen må derfor ikke legges ukritisk til grunn for å fravike CRPD ved motstrid og at den modifierer presumsjonsprinsippet.

2.1.2 EU-retten

Rammedirektiv 2000/78/EC

Innenfor EU/EØS-retten er EUs Rammedirektiv om likebehandling på arbeidsmarkedet relevant for analysen. Direktivet er hjemlet i Lisboatraktaten art 19⁴¹ som er utenfor EØS-avtalen, og er derfor ikke en folkerettslig forpliktelse for Norge. Norge likevel å gjennomføre direktivet gjennom da gjeldende Arbeidsmiljølov av 1977 (heretter ”aml”) kapittel 13⁴² jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m og senere gjennom diskrimineringslovgivningen.⁴³

Konsekvensen av at direktivet ikke er en folkerettslig forpliktelse er at Norske rettanvedere ikke må følge direktivet eller tilhørende rettspraksis.⁴⁴ Imidlertid har lovgiver bestemt at

⁴⁰ Prop.106 S (2011-2012) punkt 1.3 s.6

⁴¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306, 17.12.2007, p.1-271

⁴² Lov av 4. februar 1977 nr. 4 1977 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.

⁴³ Prop. 81 L (2016-2017) pkt 6.2.3.2 s. 46/ ot.prp.nr.44 (2007-2008) punkt 6.1 s.59-60

⁴⁴ Prop.81 L (2016-2017) pkt 6.2.2 s.45

Norge skulle ha et vern tilsvarende som i EU. "(...).⁴⁵ EU-rettslige rettskilder knyttet til forståelsen av direktivet vil derfor ha betydning for tolkningen av norsk rett.⁴⁶

Direktivet gir rammebestemmelser for å bekjempe diskriminering på grunnlag av blant annet funksjonsnedsettelse på arbeidslivets område ved å gjennomføre prinsippet om likebehandling hos medlemsstatene, jf art 1. Art 2 jf art 1 hjemler forbud mot diskriminering, og etter bestemmelsen gjennomføres "prinsippet om likebehandling" gjennom forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Direktivet gjelder hele ansettelsesforholdet, jf art 3 (1) a), og i både privat og offentlig sektor, jf art 3 (1).

Adgangen til positiv særbehandling er hjemlet i art 7 "positiv særbehandling særforanstaltninger" som et unntak fra art 2.⁴⁷

Jeg legger til grunn at "særforanstaltninger" tilsvarer positiv særbehandling til tross for at det i overskriften til den danske versjonen står "positiv særbehandling og særforanstaltninger" (min kursiv).

I art 7 heter det

1. "For at sikre fuld ligestilling i arbejdslivet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde."
2. "For så vidt angår handicappede er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integration".

Artikkel 7 består av to deler hvor den første gjelder alle diskrimineringsgrunnlagene, jf art 1, mens art 7 nr 2 er en spesialbestemmelse som kun gjelder for nedsatt funksjonsevne.

⁴⁵ Prop.81 L (2016-2017) punkt 6.2.2 s.45/ot.prp.nr.104(2002-2003) punkt 3.3.1 s.14

⁴⁶ Prop.81 L (2016-2017) punkt 6.2 s.44-46.

⁴⁷ Kommisjonen for det europeiske fellesskapet (1999) 565 Endelig Forslag til Rådets direktiv om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv – CNS 99/0225/

Ordlyden i nr 2 er vanskelig å tolke, og bestemmelsen er per dags dato ikke tolket av EU domstolen. I følge juridisk teori består den av to deler som begge gjør unntak fra formell likhet for å oppnå faktisk likestilling på arbeidsmarkedet for personer med nedsatt funksjonsevne.⁴⁸

Whittle mener begrunnelsen for den første delen i art 7 nr 2, jf ”bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen”, er uklar. Han tror bestemmelsen er ment å skulle oppfordre medlemsstatene til å vedta regler om helse og sikkerhet på arbeidsplassen.⁴⁹ I mangel av andre kilder for tolkningen av bestemmelsen, legger jeg Whittle sin forståelse til grunn. Denne delen av bestemmelsen relaterer seg ikke til bruk av særtiltak ved ansettelse, og er derfor ikke relevant for min analyse. Jeg vil derfor fokusere på del to av art 7 nr 2 under del 3 Hoveddelen.

Forholdet mellom EU-retten og CRPD

EU tiltrådte CRPD i 2009, og kom i kraft i 2011. Konsekvensen av tiltredelsen er at EUs medlemsland- og organer er bundet til å følge CRPD på lik linje med andre medlemsstater.⁵⁰

Forholdet er omtalt i Z-saken⁵¹ som gjaldt en kvinne som fikk barn ved hjelp av surrogat. Hun mente seg diskriminert på grunn av nedsatt funksjonsevne fordi hun ikke fikk lønn av arbeidsgiver etter barsel-og/eller adopsjonsloven. Domstolen uttalte i avsnitt 68 flg at Rammedirektivet må tolkes i overenstemmelse med CRPD så langt det lar seg gjøre, og ved motstrid vil CRPD gå foran direktivet (avsnitt 71).⁵²

I punkt 3.3 vil jeg diskutere hvordan tiltredelsen påvirker grensene for hvilke tiltak som er rettmessig etter dtl § 7.

⁴⁸ Marc De Vos, *Beyond formal equality- Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*. (2007) s. 28- 32. Den Europeiske kommisjonen har kommet med en tolkning av direktivet som er ment å hjelpe med tolkningen av relevante direktiver, men det er påpekt at den ikke representerer kommisjonens offisielle mening. Den vil derfor ha begrenset rettskilde verdi siden det ikke er en tolkning utarbeidet i enighet mellom landene jf Wien konvensjonen art 31-32.

⁴⁹ Richard Whittle, ”The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, *The European Law Review* (2002), volume 27, issue 3, pages 303-326 s. 319-320

⁵⁰ Council Decision 2010/48/EC (2009) (OJ 2010 L 23, p.35)

⁵¹ Case C-363/12, (Z saken)

⁵² Domstolen viser til Case C-366/10 (Air Transport – saken) avsnitt 50

3 Adgangen til positiv særbehandling ved ansettelser

3.1 Hovedregelen om arbeidsgivers styringsrett

Som en konsekvens av det arbeidsrettslige kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har arbeidsgiver som hovedregel styringsrett over arbeidsforholdet.⁵³ Prinsippet er ulovfestet og utviklet i teori og praksis. Det ble formulert av Høyesterett i Nøkk-dommen, Rt. 2000 s. 1602 avsnitt 34, som retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.⁵⁴ I følge Jakhelln omfatter prinsippet også retten til å ansatte.⁵⁵ Det vil si at arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten i utgangspunktet kan ansette hvem han vil uavhengig av om vedkommende har en funksjonsnedsettelse.

Tidligere ble adgangen til positiv særbehandling ansett å ligge innfor arbeidsgivers styringsrett, frem til den ble lovfestet i da gjeldende aml av 1977.⁵⁶ Adgangen er nå regulert i de forskjellige diskrimineringslovene. Det vil si at arbeidsgiver som et utgangspunkt kan utøve positiv særbehandling når han vil.

Styringsretten er imidlertid ikke absolutt, jf Nøkk-dommen avsnitt 34, og i følge Jakhelln begrenses styringsretten av et likebehandlingskrav og et saklighetskrav.⁵⁷ Nedenfor vil jeg diskutere i hvilken grad disse begrenser arbeidsgivers anvendelse av positiv særbehandling.

Likebehandlingskravet vil si at rettsstridig særbehandling utgjør diskriminering av andre søkere som er vernet av loven, jf dtl § 5. Saklighetskravet er ulovfestet og ble første gang fastslått av Høyesterett i Rt. 2001 s. 418 Kårstø dommen,⁵⁸ men definisjonen er ikke ment å være uttømmende.⁵⁹ I følge juridisk teori innebærer saklighetskravet at avgjørelser ikke kan

⁵³ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, 2007 s.23-24 og 48-51

⁵⁴ Dommen gjaldt spørsmålet om Stavanger kommune i kraft av styringsretten kunne omplassere to ansatte.

⁵⁵ Jakhelln (2007) s.24

⁵⁶ Ot.prp.nr.104(2002-2003) punkt 8.5.1 s.42

⁵⁷ Jakhelln (2007) s.48- 60

⁵⁸ Saken gjaldt privat arbeidsgiver, men uttalelsen er relevant for offentlig arbeidsgivere.(s.428)

⁵⁹ Liv Torill Evenrud, ”Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling” i *Arbeidsrett* vol 6 nr. 4 (2009) s.228

bygge på utenforliggende og usaklige hensyn, avgjørelsen må være rimelig og forholdsmessig og til slutt ikke medføre usaklig forskjellsbehandling.⁶⁰

Ved ansettelser gjelder det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som et resultat av saklighetskravet.⁶¹ Prinsippet er et ulovfestet forvaltningsrettslig prinsipp som slår fast at det etter en helhetsvurdering av relevante momenter skal ansettes den som er best kvalifisert og at det kun er saklig å legge vekt på kvalifikasjonskrav oppgitt i stillingsannonser.⁶²⁶³ Prinsippet har lovsrang, og det krever enten lov eller hjemmel i lov for å fravike prinsippet. Dtl § 7 og forskrift til tjml § 9 gjør begge unntak fra prinsippet.

For private arbeidsgivere er styringsretten begrenset gjennom diskrimineringslovene. Under punkt 3.5 vil jeg belyse spørsmålet om det gjelder et saklighetskrav i privat sektor.

Først vil jeg nå diskutere om dtl § 7 begrenser arbeidsgivers styringsrett gjennom å pålegge bruk av positiv særbehandling eller om det er frivillig for arbeidsgiver.

3.2 Er det en rett eller en plikt for arbeidsgiver?

3.2.1 Dtl

I dtl § 7 heter det at ”Positiv særbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne er ikke i strid med forbudet i § 5 dersom:”

Det fremgår ikke av ordlyden i § 7 om det er frivillig eller omfattes av arbeidsgivers aktivitetsplikt, men i følge forarbeidene til dtl er anvendelse av positiv særbehandling frivillig for arbeidsgiver og faller utenfor aktivitetsplikten.⁶⁴

⁶⁰ Les mer i Gerd Engelsrud, ”Saklighetsprinsippet ved ansettelse- sammenligning mellom offentlig og privat sektor” s. 149-166 i *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Cappelen Damm Akademisk, 2009, s.149 flg

⁶¹ Engelsrud (2009) s.149-152

⁶² Prop. 94 L (2016-2017) punkt 9.1 s.70

⁶³ I prop.94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven) kap 9 har KMD fremsatt forslag om å lovfeste prinsippet. Jeg vil komme nærmere inn på det under punkt 3.3

⁶⁴ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) punkt 9.12.7 s.124-125

Spørsmålet er om det med hjemmel i folkeretten kan innfortolkes en plikt for arbeidsgiver, jf dtl § 7.

Rammedirektiv 2000/78/EC

For personer med nedsatt funksjonsevne heter det spesialbestemmelsen art 7 punkt 2 andre del at...

”(...) princippet om likebehandling ikke (er) *til hinder* for at medlemsstatene opprettholder eller vedtager (...) foranstaltninger, der tager sigte på at opprette eller opprettholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhversmæssige integration”. (min kursiv)

En naturlig språklig oversettelse av ”erhversmæssige integration” tilsier generell integrering i arbeidslivet. Dette samsvarer med formålet til bestemmelsen som i følge kommisjonen er å ”promote the professional integration of young people”⁶⁵ og er derfor et tungtveiende argument for en slik tolkning, jf Wien-konvensjonen art 31.

Etter bestemmelsen er ikke princippet om likebehandling ”til hinder for” at medlemsstatene opprettholder eller vedtar positiv særbehandling.

En naturlig språklig forståelse av ”til hinder for” tilsier at det er frivillig for statene. Dette er også bekreftet av kommisjonen i deres kommentarer knyttet til direktivet.⁶⁶

Til tross for at bestemmelsen ikke påbyr medlemsstatene å iverksette tiltak, så oppfordrer EU parlamentet statene til å iverksette lovgivning og politiske tiltak som gir bedre beskyttelse ut over rammedirektivet og som sikrer full likhet.⁶⁷ I en rapport fra juli 2016 om Rammedirektivet oppfordrer EU Parlamentet medlemsstatene til å opprette positive særtiltak for å inkludere personer med nedsatt funksjonsevne på arbeidsmarkedet. Medlemsstatene oppfordres her til å ta i bruk både en passiv politikk som å innføre skattelette eller insentiver til arbeidsgiver i tillegg til en aktiv arbeidsmarkedspolitikk ved for eksempel å gi veiledning, rådgivning, opplæring, og utdanning og trainee-ordninger. Parlamentet oppfordrer videre

⁶⁵ KOM (1999) 565 Endelig.

⁶⁶ ”(...)the principle of equal treatment *shall not prevent*” positive action measures, which is clearly indicative of the *optional nature* (...)”. Kilde: ”Beyond Formal equality” (2007), s.28

⁶⁷ European Parliament Report, A8-0225/2016, dato: 01.07.2016. side 7, punkt L.

medlemsstatene til å gi arbeidsgivere som ansetter personer med funksjonsnedsettelse fordeler, både økonomisk og ved bistand knyttet til arbeidsforholdet. ⁶⁸

Rettspraksis knyttet til kjønn har slått fast at referansen til ”medlemsstater” betyr at staten både som lovgiver og arbeidsgiver kan praktisere positiv særbehandling. ⁶⁹

CRPD

Positiv særbehandling er hjemlet i art 5 ”Likhet og ikke-diskriminering” punkt 4 og art 27 ”Arbeid og sysselsetting” punkt g og h. ⁷⁰

I art 5 (4) heter det

”Særlige tiltak som er *nødvendige* for å framskynde eller oppnå faktisk likhet for mennesker med nedsatt funksjonsevne, skal ikke anses som diskriminering etter denne konvensjonen”. (min kursiv)

Det fremgår ikke av ordlyden om det er frivillig eller pålagt, men kun at positiv særbehandling som er nødvendig ikke vil medføre diskriminering i strid med Art 5 (1).

I følge Liisberg kan ”nødvendig” tolkes dithen at staten er pliktig til å utøve positiv særbehandling dersom det fremstår som nødvendig for å oppnå formålet om faktisk likestilling. Imidlertid sier hun videre at det er en vag definisjon av når positiv særbehandling er påkrevd siden det ytterst sjeldent vil oppnås faktisk likestilling for denne gruppen. ⁷¹

Det må vurderes om art 27 gir noen plikt.

Som tidligere nevnt er retten til arbeid hjemlet i art 27 om ”arbeid og sysselsetting”. I bestemmelsen heter det at;

”1. (...) Partene skal trygge og fremme virkeliggjøringen av retten til arbeid (...), ved å treffe *hensiktsmessige tiltak*, også i lovs form, blant annet for

g. å ansette mennesker med nedsatt funksjonsevne i offentlig sektor,

⁶⁸ European Parliament Report, A8-0225/2016, 01.07.2016, punkt 42 s.14.

⁶⁹ Case C-476/99 Lommers (2002) ECR I-2891, 39.

⁷¹ Liisberg (2011) s.165

h. å fremme ansettelse av mennesker med nedsatt funksjonsevne i privat sektor gjennom hensiktsmessige strategier og tiltak, som kan omfatte *positiv særbehandling*, stimulerings tiltak og andre tiltak.” (min kursiv)

En naturlig tolkning av ordlyden i g) er at staten er gitt en dobbeltrolle. For det første skal den som offentlig myndighet øke sysselsettingen i offentlig sektor gjennom tiltak og lovgivning, i tillegg skal den som offentlig arbeidsgiver opptre som en ”modellarbeidsgiver” gjennom å øke sysselsettingen av mennesker med nedsatt funksjonsevne jf formuleringen ”å ansette mennesker” til sammenligning med h) hvor det står ”å fremme ansettelse” (min kursiv).

Imidlertid kan bestemmelsen verken tolkes slik at den pålegger offentlig myndighet som lovgiver å påby bruk av positiv særbehandling i offentlig sektor eller at den pålegger offentlig myndighet som arbeidsgiver å bruke nettopp dette tiltaket.

Videre tilsier en naturlig språklig forståelse av art 27 h) at positiv særbehandling er ett av flere mulige tiltak staten kan legitimere for å fremme ansettelse i privat sektor, men ikke at det skal være en plikt for private arbeidsgivere til å bruke det jf formuleringen ”som *kan* omfatte”. (min kursiv).

Etter art 4 (1) a) er staten pålagt en aktivitetsplikt. Bestemmelsen forpliktet statene til å ”sikre og fremme full gjennomføring” av rettighetene gitt i konvensjonen for mennesker med nedsatt funksjonsevne uten diskriminering ved ”å treffe alle lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak som er hensiktsmessige for å virkeliggjøre” rettighetene gitt i konvensjonen. En naturlig språkligforståelse av ”sikre og fremme” tilsier at bestemmelsen pålegger staten både en negativ forpliktelse til å avstå fra å selv krenke rettighetene, i tillegg til en positiv forpliktelse til å sørge for at andre ikke bryter dem.⁷² I følge Justesen inntreer aktivitetsplikten når gruppen det gjelder trenger hjelp av staten for å få oppfylt menneskerettighetene.⁷³ Dette bekreftes av FNs rasediskrimineringskomité som hevder at staten har plikt når forholdene tilsier det.⁷⁴

⁷² Tilsvarende som Grl § 92

⁷³ Primærkilde: Teodor Meron, ”the Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination”, *American Journal of International Law*, vol 79, issue 2 (s.283-318): s.308, Sekundærkilde: Justesen (2005) s.109

⁷⁴ Primærkilde: General Assembly, *Concluding Observations: United States of America*, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination: UN Document A/56/18 par. 399. Sekundærkilde: Justesen (2005) s.109

Bestemmelsen definerer imidlertid ikke nærmere hvilke tiltak staten er pliktig til å iverksette. I relasjon til ØSK er det gitt eksempler på ”lovgivning, forvaltningsmessige tiltak og budsjettering”.⁷⁵ Aktivitetsplikten etter art 4 (1) er vag, og det er nærliggende å anta at staten er gitt en viss skjønnsmargin til å selv bestemme hvilke type tiltak som er ”hensiktsmessig”.

Det fremgår ikke av ordlyden i art 4(1) og det er ingen holdepunkter som tilsier at staten er pliktig til å iverksette nettopp positiv særbehandling som et tiltak, og konvensjonen kan derfor ikke tolkes slik at statene er pliktig til å iverksette nettopp positiv særbehandling, jf art 5(4) og art 27 g og h). Denne oppfatningen støttes opp i juridisk teori. Liisberg oppsummerer med at art 27 pålegger medlemsstatene å fremme sysselsetting og anbefale bruk av særtiltak,⁷⁶ men at konvensjonen ikke kan tolkes til å pålegge bruk av positiv særbehandling”.⁷⁷

Art 27 kan imidlertid tolkes dit hen at staten er pliktig til å *tillatte* positiv særbehandling og dermed at det ikke er legitimt å gjøre tiltaket ulovlig. Det betyr at dersom dtl § 7 tolkes slik at radikal kvotering og kanskje rene kvoter er tillatt, så er staten pliktig til å tillatte det jf art 27 jf art (4) og 5(4).

3.2.2 Delkonklusjon

Oppsummert påbyr verken Rammedirektivet eller CRPD positiv særbehandling som et særtiltak. CRPD er positive til bruk av positiv særbehandling og de mener at staten *bør* gjøre det, men konvensjonen pålegger ikke staten noen *plikt*. Folkeretten utvider dermed ikke dtl § 7.

Spørsmålet blir deretter hva slags type tiltak som er legitimt med hjemmel i dtl §7.

⁷⁵ Se ØSK-komiteens generelle kommentar (1990) nr. 3 avsnitt 10.
Sekundærkilde: Dok.nr. 116 (2011-2012) s. 30-31

⁷⁶ Liisberg (2011) s.53

⁷⁷ Liisberg (2011) s 53

3.3 Er det adgang til moderate, radikale eller rene kvoter?

3.3.1 Dtl

I vurderingen av hvilke type tiltak som er legitimt etter loven, vil proporsjonalitetsvurderingen være bestemmende. Dette er bekreftet av EFTA-domstolen hvor det er uttalt at proporsjonalitetsvurderingen bestemmer i hvilken rekkevidde det er legitimt å gjøre unntak fra kravet til formell likhet.⁷⁸ Dette er fordi radikale og rene kvoter representerer et større unntak fra hovedregelen om formell likhet, og er et større inngrep overfor andre søkere enn ved moderat kvotering.

Proporsjonalitetskravet fremgår av dtl § 7 b), hvor vilkåret er formulert at ”det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.”

Det må gjøres en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av hva som er ”rimelig”.

Ordlyden i dtl § 7 gir ingen indikasjoner på om det er moderat, radikal eller rene kvoter som er tillatt, bare at det må være ”rimelig”.

Dtl har et formål om faktisk likestilling og anerkjenner at forbudet mot direkte og indirekte diskriminering ikke er tilstrekkelig for å oppnå likestilling etter loven. At formålet er faktisk likestilling fremgår av at ”likestilling”, jf § 1, blant annet innebærer ”like muligheter og rettigheter”, jf b.⁷⁹ Spørsmålet blir i hvilken grad det er legitimt å gjøre unntak fra formell likhet, og hvilket særtiltak som kan hjemles i loven.

I følge forarbeidene til dtl, skal bestemmelsen tolkes snevert på arbeidslivets område fordi det er en unntaksregel. Videre uttaler de at dette er en videreføring av gjeldende rett, jf Ot.prp.nr.104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4.februar 1077 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.⁸⁰ I utgangspunktet taler dette for at dtl § 7 skal tolkes snevert ved ansettelse, og at radikale kvoteringer ikke er tillatt. Imidlertid må det legges til grunn at referansen til gjeldende rett var en regel som generelt gjaldt for

⁷⁸ E-1/02 (2003) avsnitt 43.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) pkt. 9.12.1 s. 121

⁸⁰ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) punkt 9.12.6 s. 124-125

mange diskrimineringsgrunnlag, og kan derfor ikke legges ukritisk til grunn. Videre kommer lovgiver med veiledende uttalelser om som tolkes dithen at det ikke er en snever unntaksregel og modifiseres med dette uttalelsene gitt overfor.⁸¹ Dette er bekreftet i Prop.81 L (2016-2017) hvor departementet viser til dtl sine forarbeider om at positiv særbehandling sjeldent vil være uforholdsmessig, og at grensene for hva som er tillatt antakelig vil være videre enn det som gjelder for andre diskrimineringsgrunnlag.⁸² Videre uttaler departementet at det er forvaltnings-og rettspraksis som må fastsette grensene for hvilke kvoter som er tillatt for personer med nedsatt funksjonsevne.⁸³ Dette indikerer at det ikke nødvendigvis er en snever unntaksregel for dette diskrimineringsgrunnlaget, men lovgiver ønsker ikke å ta en konkret standpunkt, og det vil derfor være et uavklart rettsspørsmål frem til der foreligger rettskraftig dom.

Som et utgangspunkt må det derfor undersøkes hva som er tillatt etter de andre diskrimineringsgrunnlagene.⁸⁴

Ordlyden i de andre diskrimineringslovene gir heller ingen veiledning. I departementets vurdering av grensene for positiv særbehandling viser de til Rt. 2014 s. 402 (Forsvarets skolesenter kjent som Kvoteadmiral-dommen) som gjaldt spørsmålet om det var lagt ulovlig vekt på kjønn ved ansettelsen. I dommen tolket Høyesterett grensene etter likestillingsloven § 3a, og viste i vurderingen til praksis fra EU-retten som slår fast at kun moderat kvotering er tillatt etter en individuell avveining mot mannens interesser.⁸⁵

Forarbeidenes uttalelse om at det skal gjelde videre grenser for nedsatt funksjonsevne enn ved andre diskrimineringsgrunnlag taler for at radikal kvotering kan være tillatt.

I følge Prop.81.L (2016-2017) vil grensene variere med hva slags type tiltak det er, og hvor i arbeidsforholdet særbehandlingen skjer. Det er når arbeidsgiver *vektlegger nedsatt funksjonsevne ved tildelingen av et gode* at forholdsmessighetsvurderingen vil begrense arbeidsgivers handlingsrom.⁸⁶ I følge forarbeidene til dtl er ren oppfordring til å søke uproblematisk da det kun øker muligheten for denne gruppen til å komme inn på

⁸¹ Ot.prp.nr.44 (2007-2008) punkt 9.12.6 s. 124-125

⁸² Prop.81 L(2016-2017) punkt 11.9.3 s. 94-95.

⁸³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.12.7 s. 124

⁸⁴ Ot.prp.nr.44(2007-2008) punkt 2007-2008 s. 124-125

⁸⁵ Prop.81.L (2016-2017) punkt 17.2.3.3 s. 167-168

⁸⁶ Prop.81.L (2016-2017) punkt 17.2.3.3 s. 167-168 /Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.12.7 s. 124

arbeidsmarkedet.⁸⁷ Ansettelse formoder derimot et resultat, og vil derfor lettere anses som uforholdsmessig, enn hvor tiltaket kun er å øke muligheten.⁸⁸ Det er naturlig at ansettelse lettere anses som uforholdsmessig fordi det innebærer at den best kvalifiserte søkeren fratras mulighet til å få jobben. Dette vil også være et mye større inngrep enn dersom særtiltaket skjer senere i ansettelsesprosessen når de berørte partene allerede er ansatte.

Et alternativ for arbeidsgiver er ansettelse gjennom trainee-stillinger. I følge praksis er det lavere terskel slik at det lettere anses som forholdsmessig. Som begrunnelse viser Prop.81 L (2016-2017) til Badeck C- 158/97⁸⁹ avsagt av EU-domstolen, og en sak fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda (sak nr. 8/2014, NRKs traineeordning).⁹⁰ Dette kan også begrunnes ut fra naturen til trainee- ordninger da de bare er av midlertidig karakter. Dette kan fungere som en døråpner for personer med nedsatt funksjonsevne inn i bedriften, og på den måten kan de vise arbeidsgiver at de er en verdifull ressurs.

For å fastlegge grensene nærmere må det vurderes hvem sine interesser som skal inkluderes i proporsjonalitetsvurderingen, og således kan begrense hva som er tillatt etter loven jf dtl § 7 b) "(...) hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere".

En naturlig språklig forståelse tilsier at interessene til alle som er bedre kvalifisert enn vedkommende som særbehandles skal inkluderes i proporsjonalitetsvurderingen.

Forarbeidene forklarer bestemmelsen slik at manglende oppfyllelse av vilkårene i § 7 vil kunne medføre diskriminering av *dem som ikke tilgodeses*. (min kursiv).⁹¹ Forarbeidene er derfor ikke avklarende.

Dersom vilkårene ikke er oppfylt er særbehandlingen i strid med diskrimineringsforbudet § 5 jf "(...) er ikke i strid med forbudet i § 5 dersom: (...)". Det er derfor sentralt å se hen til hvem som er beskyttet av loven for å bestemme hvem sine hensyn som skal være med i en proporsjonalitetsvurdering etter § 7.

⁸⁷ Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) punkt 9.2.7 s.124

⁸⁸ Prop. 81 L (2016-2017) punkt 17.2.3.3 s.168

⁸⁹ C-158/97 (Badeck) (2000)

⁹⁰ Prop.81 L (2016-2017) Punkt 17.2.3.3 s.167-168

⁹¹ Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) punkt 9.12.5

Spørsmålet blir da hvem som er vernet av dtl § 5, og kan påberope at det foreligger rettstridig særbehandling, jf § 7 jf § 5.

Hovedregelen etter § 5 første ledd er at ”diskriminering *på grunn av nedsatt funksjonsevne* er forbudt”. (min kursiv)

Spørsmålet blir deretter om vedkommende selv må ha nedsatt funksjonsevne, eller om personer *uten funksjonsnedsettelse* er vernet nettopp *fordi de mangler en funksjonsnedsettelse*.⁹² - Spørsmålet er om loven er symmetrisk eller asymmetrisk.

Ordlyden i § 5 tilsier at det avgjørende er at nedsatt funksjonsevne er årsaken til en diskriminerende handling, og ikke om vedkommende som mener seg diskriminert selv må ha nedsatt funksjonsevne. Ordlyden gir derfor ingen veiledning.

Etter § 1 er lovens formål å ”fremme likestilling uavhengig av *funksjonsevne*” (min kursiv). Det kan tolkes dithen at både personer med og uten funksjonsnedsettelse er omfattet.

I Prop.81 L (2016-2017) ønsker departementet å endre ordlyden fra ”nedsatt funksjonsevne” til ”funksjonsnedsettelse” uten at dette skal gi noen realitetsendring. Departementet ønsket derimot ikke å endre ordlyden til ”funksjonsevne” Departementet konkluderer med at `funksjonsevne` vil gjøre loven symmetrisk, hvilket departementet *ikke* ønsket. De mente personer uten nedsatt funksjonsevne ikke har behov for vern, og at det ikke er meningen med en symmetrisk lov slik som de andre diskrimineringslovene. Departementet viser til at en symmetrisk lov vil kunne hindre positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse. I følge departementet er asymmetrisk lov en av forklaringene til at det gjelder andre grenser for personer med nedsatt funksjonsevne enn for andre diskrimineringsgrunnlag.⁹³ Det er imidlertid ikke gitt noen tilsvarende uttalelser i Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) punt. 9.4.8 s. 90 flg, men synspunktet bekreftes i forarbeidene til dtl hvor det fremheves at lovgivers intensjonen har vært at kun personer med en annen *type* funksjonsnedsettelse kan påberope seg et vern. Arbeidsgiver må da velge den gruppen som har størst behov.⁹⁴ Det vil imidlertid være upraktisk for arbeidsgiver å undersøke dette – om det i det hele tatt finnes noen nasjonal oversikt. Det vil derfor være mer oversiktlig og gjennomførbart om arbeidsgiver på forhånd

⁹² Tine Eidsvaag, *Handlaus gjæte- Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Avhandling for graden philosophiae (PhD) University of Bergen, Norway. 2009 (2009) s.259- 261

⁹³ Punkt 11.9.3 s.94-95

⁹⁴ Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) punkt 9.12.7 s.124-125

utarbeider generelle og forutsigbare kriterier for bruk av positiv særbehandling som søkere kan få tilgang til. Arbeidsgiver vil da kunne velge den gruppen som egner seg mest i forhold til arbeidsoppgaver og bedriften. Det sentrale i forhold til loven bør være at arbeidsgiver øker inkluderingen, og ikke hvilken gruppe innenfor funksjonsnedsettelse han velger fra.

På denne bakgrunn må departementets uttalelser i Prop.81L (2016-2017) legges til grunn som uttrykk for gjeldende rett og gis avgjørende vekt. Det legges derfor til grunn at personer som mangler en funksjonsnedsettelse ikke kan påberope seg vern etter §5 til tross for at det står ”funksjonsevne” i § 1, og at loven er asymmetrisk. Det må legges til grunn at det ikke har vært lovgivers intensjon å utvide den vernede personkretsen ut over de som selv har en funksjonsnedsettelse, eller som har en nær tilknytning til noen med en funksjonsnedsettelse. Konsekvensen av dette er at dersom det ikke er flere kvalifiserte søkere med en funksjonsnedsettelse, så vil det ikke være noen interesser som begrenser arbeidsgivers disposisjoner i proporsjonalitetsvurderingen. I følge Prop.81 L (2016-2017) vil dette utgangspunktet kunne modereres dersom ”(...) annet følger av andre regler.” Som eksempel nevnes det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet.⁹⁵ Jeg vil derfor under punkt 3.3 drøfte om og i hvilken grad prinsippet begrenser arbeidsgivers disposisjoner jf dtl § 7.

Videre legger jeg til grunn forarbeidene sine uttalelser om at det gjelder andre og videre grenser for personer med nedsatt funksjonsevne enn hva som gjelder for andre diskrimineringsgrunnlag. Det kan tale for at radikal kvotering er tillatt. Det må deretter analyseres hvilke grenser som er trukket opp i folkeretten. Først vil jeg ta utgangspunkt i Rammedirektivet, deretter CRPD.

Rammedirektiv 2000/78/EC

Det fremgår ikke av ordlyden i art 7 nr 1 eller 2 hvor grensen går og hva slags type tiltak som er tillatt. Det eksisterer heller ingen rettspraksis fra EU-domstolen som angår positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne etter art 7.

Gjennom å hjemle forbud mot indirekte diskriminering og adgang til positiv særbehandling anerkjenner direktivet at formell likebehandling ikke alltid er tilstrekkelig for å oppnå likhet.

⁹⁶ Direktivet gir derfor statene anledning til å iverksette særtiltak for å kompensere for

⁹⁵ punkt 11.9.3 s.95

⁹⁶ Liisberg (2011) S.23

ulempene som er knyttet til diskrimineringsgrunnlagene i art 1.⁹⁷ Etter art 7 skal ikke ”princippet om likebehandling” jf art 2 hindre at medlemsstatene ”opretholder eller vedtager særforanstaltninger” for å sikre ”full ligestilling i arbeidslivet”. Direktivet gir ingen legaldefinisjon av ”full ligestilling i arbeidslivet”, men en språklig oversette tilsier faktisk likestilling. Det tilsier at det ihvertfall er en viss adgang til å anvende særtiltak. Når det gjelder grensene har kommisjonen i General Comments uttalt at art 7 skal tolkes snevert og anses som en unntaksbestemmelse fra kravet om formell likhet da dette er slått fast i rettspraksis ved kjønn.⁹⁸ I følge en rapport av den europeiske kommisjonen EU-domstolens praksis ved kjønn være et utgangspunkt for tolkningen av art 7 nr 1 hvilket betyr at grensene er ubestemt.⁹⁹¹⁰⁰ Det er bekreftet i norske forarbeider til dtl at retningslinjene EU-domstolen ved kjønn har trukket opp, skal tjene som et utgangspunkt ved vurderingen av hva som er tillatt i relasjon til personer med nedsatt funksjonsevne. Det er opp til forvaltnings- og rettspraksis til å bestemme hvor den konkrete grensen skal gå i praksis.¹⁰¹

Jeg vil først se på vilkårene og grensene som er utledet av EU domstolens praksis ved kjønn, deretter diskutere om terskelen er annerledes for personer med nedsatt funksjonsevne, jf art 7 nr 2.

Rettspraksis har satt som vilkår at handlingen må være proporsjonal.¹⁰² Innholdet i proporsjonalitetsvurderingen er blitt formulert og utviklet i praksis, og definert i Lommers dommen avsnitt 39;

”(...) som kræver, at undtagelserne, ikke må gå videre, end det er rimeligt og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål, hvorved likebehandlingsprincippet i videst muligt omfang skal søges tilgodeset samtidig med de krav, som er forbundet med det tilsigtede mål(...)”.¹⁰³

⁹⁷ Whittle, (2002), s. 321

⁹⁸ Primærkilde: KOM (1999) 565 endelig. General comments anses som praksis jf Wien konvensjonen Art 31 (3) b) ”there shall be taken into account”.

Sekundærkilde: Beyond Formal equality,(2007) s. 31

⁹⁹ ”Beyond formal equality”(2007) s. 31

¹⁰⁰ Positiv særbehandling ved kjønn er nå regulert i Rådskdirektiv 2006/54/EF. Dette direktivet består av blant annet tidligere rådsdirektiv 76/207/EØF.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 44 (2007- 2008) punkt 9.12.7 s.124-125

¹⁰² mer i ”Beyond Formal equality” (2007), s. 31

¹⁰³ C-476/99 (Lommers) (2002)

Når det gjelder hvilke type tiltak som er tillatt kom EU-domstolen i Kalanke (1995) til at kvoteordninger hvor det ene kjønn får automatisk fortrinnsrett når hun er like kvalifisert som den mannlige søkeren er i urimelig og uforholdsmessig, og dermed i strid med bestemmelsen (avsnitt 22).¹⁰⁴

I Marschall (1997) godtok domstolen særtiltaket så lenge kvinnene var like kvalifiserte som mennene. I tillegg måtte det foreligge en sikkerhetsklausul i form av en objektiv vurdering av alle søkere som ga mulighet for at mennene kunne velges dersom tungtveiende individuelle hensyn tilsa det. Dersom det er en mann som er bedre kvalifisert, så skal han velges. Dommen anerkjenner her behovet for å oppnå faktisk likestilling i enkelte tilfeller og representerer med det et skifte fra en streng linje med vektlegging av hovedregelen om formell likhet.¹⁰⁵

I Badeck (2000) slo domstolen fast at radikal kvotering var uforholdsmessig når det var andre bedre kvalifiserte søkere, men moderat kvotering var tillatt.¹⁰⁶

I Tham (2002) var radikal kvotering uforholdsmessig, men moderat kvotering var tillatt så lenge alle søkerne ble vurdert objektivt.¹⁰⁷

EFTA-saken (2003) gjaldt spørsmålet om øremerking av vitenskapelige stillinger til kvinner ved Universitetet i Oslo var tillatt etter EØS avtalen.¹⁰⁸ Domstolen viste til praksis fra EU-domstolen og slo fast at automatisk kvotering ikke var forholdsmessig og tillatt, og at det alltid må være mulig for at den best kvalifiserte søkeren blir ansatt.¹⁰⁹

Oppsummert viser praksisen ved kjønn at domstolen i stor grad vektlegger hensynet til formell likhet, og at kun moderat kvotering er tillatt etter en proporsjonalitetsvurdering. Som nevnt overfor skal dette kun være et utgangspunkt for tolkningen av grensene for personer med nedsatt funksjonsevne.

Som nevnt tidligere er art 7 nr 2 en særregel som kun gjelder for positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne, og jeg vil kun fokusere på andre delen av art 7 nr 2.

¹⁰⁴ C-450/93 (Kalanke)(1995)

¹⁰⁵ C-409/95 (Marschall) (1997)

¹⁰⁶ C-158/97 (Badeck) (2000)

¹⁰⁷ C-407/98 (Tham-saken/Abrahamsson-saken) (2000)

¹⁰⁸ Direktiv 76/207/EEC av 9 februar 1976 art 2(1), 2(4) og 3(1)

¹⁰⁹ E-1/02 – EFTA (2003)

”(...) princippet om likebehandling” hindrer ikke at medlemsstatene ”opretholder eller vedtager (...) foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integration”.

Ordlyden gir ingen veiledning om hva slags type særtiltak som tillatt etter bestemmelsen og hvor grensen går.

Det er relevant å lese bestemmelsen i sammenheng med fortalen punkt 27 hvor det vises til henstilling 86/379/EEC av 24 Juli 1986¹¹⁰ som gir veiledning og eksempler ved bruk av positiv særbehandling for blant annet å fremme sysselsetting av personer med nedsatt funksjonsevne. I punkt 2 (1) b oppfordres medlemsstatene til å ha en viss prosentandel av personer med nedsatt funksjonsevne i privat og offentlig arbeidsmarked;

”realistic percentage targets for the employment of disabled people in public or private enterprises having a minimum number of employees; such a minimum might be set at between 15 and 50. Measures should also be adopted for making these targets public and achieving them”

Dette taler for at strengere kvoteordninger av personer med nedsatt funksjonsevne kan være proporsjonalt etter direktivet.

Videre taler det faktum at det ble laget en egen særbestemmelse (nr 2) i tillegg til den generelle i nr 1 for at det har vært meningen at bestemmelsen skal tolkes annerledes.

Bell og Waddington har spekulert i om meningen bak bestemmelsen var å legitimere bruk av kvoter som ikke ville vært legitim etter de snevre grensene som er trukket av av EU-domstolen i relasjon til kjønn.¹¹¹ I EU-kommisjonens rapport om tolkingen av direktivet trekkes det frem som en forklaring på bestemmelsen at det var et initiativ fra nederlandske myndigheter som fryktet for legaliteten av nasjonale bestemmelser som regulerte ansettelse av personer med nedsatt funksjonsevne.¹¹² På bakgrunn av dette argumenterer Bell og Weddington for at bestemmelsen vil hjemle lovgivning som legitimerer kvoteordninger for å

¹¹⁰ Council Recommendation, 86/379/EEC (1986): Council Recommendation of 24 July 1986 on the employment of disabled people in the Community

¹¹¹ Primærkilde: Bell M. og Weddington L., ”Reflecting on inequalities in European equality law”, (2003) 28 *European Law Review* (2003) s.355

Sekundærkilde: ”Beyond Formal equality, (2007) s.32

¹¹² ”Beyond Formal equality (2007) s.32

øke inkluderingen på arbeidsmarkedet, og at den strenge terskelen som gjelder for kjønn ikke vil gjelde for art 7 nr 2.¹¹³ Det vil si at radikal kvotering, muligens automatisk kvotering, er tillatt.

I rapporten om tolkningen av direktivet hevder kommisjonen videre at art 7 nr 2 er et eksempel på at grensene for hva som tillattes vil kunne variere ut fra hvilket diskrimineringsgrunnlag saken gjelder, og hvor stort behov det er for særbehandling for nettopp dette diskrimineringsgrunnlaget.¹¹⁴ Det må altså foretas en konkret vurdering av behovet i de aktuelle landene for det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget. Terskelen er derfor relativ. Norge har høy arbeidsledighet av personer med nedsatt funksjonsevne. Da mange av disse har problemer med å få seg jobb kan det hevdes at behovet er kritisk i Norge. Dette er et sterkt argument for at art 7 nr 2 kan hjemle radikal kvotering- kanskje rene kvoter.

I rapporten konkluderer Kommisjonen at bestemmelsen legitimerer lovgivning som tillater radikal kvotering ("formal quota").¹¹⁵ Det må imidlertid fremheves at rapporten har vekt som juridisk litteratur, og således ikke er et tungtveiende.

Det kan trekkes en parallell til art 15 i rammedirektivet som er eksempel på at radikal kvotering ble tillatt i Nord Irland på grunn av religiøs underrepresentasjon hvor behovet var kritisk. Dette kan tale for bruk at radikal kvotering er tillatt etter art 7 nr 2 dersom behovet er tilsvarende.

I følge Whittle er bestemmelsen ment hjemle bruk av blant annet sysselsettingskvoter, og skal sende et signal til EU-domstolen om at den må legge til grunn en annen terskel enn det som gjelder for kjønn ved bruk av kvoter.¹¹⁶ I følge Whittle vil en snever tolkning slik som er lagt til grunn for kjønn ha store konsekvenser for de landene som er avhengig av rene kvoter og andre tiltak for å inkludere personer med nedsatt funksjonsevne. Han hevder videre at det ved vedtakelsen av direktivet var forventet at EU-domstolen ville ta hensyn til dette ved å senke terskelen for bruk av kvoter avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag det var tvist om.

Det vil si at når positiv særbehandling anvendes overfor personer med nedsatt funksjonsevne, så er det fortsatt en unntaksbestemmelse, men den er ikke snever.

¹¹³ Bell M. And Weddington L., (2003) s.355.

¹¹⁴ Beyond formal equality,(2007) s.31

¹¹⁵ Beyond formal equality, (2007)s.69.

¹¹⁶ Whittle (2002), s.319-320, 322

I folkeretten er juridisk litteratur ikke en rettskilde jf Wien- konvensjonen art 31-33, og kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt. Imidlertid hjelper den til å belyse tolkningen når det er et tynt rettskildebilde på tolkningen av bestemmelsen.

Det er verdt å påpeke at det i Resolution of 17 june 1999¹¹⁷ ble fremhevet viktigheten av at medlemslandene økte muligheten for personer med nedsatt funksjonsevne å komme inn på arbeidsmarkedet både privat og offentlig, -og gjøre aktive politiske skritt. Dette er riktig nok ikke et juridisk bindende dokument, men det er verdt å merke seg at det under punkt 8 står at EU- Kommisjonen har planlagt å lage et bindende dokument for å øke muligheten for sysselsetting. Jeg har derimot ikke funnet noe mer beskrevet.

Dette viser hvor sentralt problemstillingen knyttet til å øke arbeidsmuligheter for personer med nedsatt funksjonsevne som har vært i EU i tiden før, og etter vedtakelsen av Rammedirektivet.

Samlet taler dette for at radikale – kanskje rene kvoter er tillatt etter direktivet.

Spørsmålet er deretter om interessene til personer som *mangler* en funksjonsnedsettelse er vernet av direktivet- om direktivet er symmetrisk eller asymmetrisk. I vurderingen av hvor grensene går må det vurderes om personer som mangler funksjonsnedsettelse er vernet nettopp fordi de mangler en funksjonsnedsettelse, og dermed begrense adgangen til positiv særbehandling i proporsjonalitetsvurderingen.

Det kan ikke tolkes ut av ordlyden i direktivet og forarbeidene gir ingen veiledning.¹¹⁸

Formålet til direktivet er å bekjempe diskriminering på grunn av ”handicap”, jf art 1. En naturlig språklig forståelse av formålsparagrafen tilsier at både personer med og uten ”handicap” er ment å vernes, og at direktivet således er asymmetrisk.

Etter art 2 (2)b foreligger det indirekte diskriminering..

”(…) hvis en tilsynelatende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer *med* (...) et bestemt hadicap (...) særlig ufordelagtig i forhold til andre personer, (...)" (min kursiv).

¹¹⁷ Council Resolution, *OJ C 186*, 2.7.1999, p. 3–4,

¹¹⁸ KOM(1999) 565 endelig, KOM (2000) 652 endelig.

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at det kun er personer som selv har en funksjonsnedsettelse som kan utsettes for diskriminering, og en antitetisk tolkning tilsier at personer som mangler nedsatt funksjonsevne ikke er vernet mot indirekte diskriminering.

Forbudet mot direkte diskriminering etter art 2 (2) a) har derimot ikke tilsvarende ordlyd. Der står det bare at det foreligger direkte diskriminering "(...) hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden (...)". Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at vernet mot direkte og indirekte diskriminering skal favne den samme personkrets, men det kan ikke utledes en konklusjon av forarbeider og ordlyd.

Spørsmålet om vedkommende selv må ha en funksjonsnedsettelse ble berørt i Coleman-saken.¹¹⁹ Saken gjaldt en kvinne som mente seg utsatt for direkte diskriminering fordi sønnen hennes hadde nedsatt funksjonsevne, og spørsmålet var om hun var vernet mot diskriminering etter art 2.

I avsnitt 38 uttaler domstolen at det ikke fremgår av ordlyden i direktivet at prinsippet om likebehandling er begrenset til personer som selv har "disability", men at formålet til direktivet er å bekjempe diskriminering, og ikke avgrense det til en bestemt persongruppe. Denne uttalelsen må leses ut fra konteksten om tilknytningsdiskriminering, og selv om domstolen kom frem til at tilknytningsdiskriminering er omfattet av vernet, så uttalte ikke domstolen seg om spørsmålet om hensynet til personer uten nedsatt funksjonsevne kan begrense adgangen til positiv særbehandling. Dommen har derfor begrenset relevans og kan ikke overføres til en situasjon hvor vedkommende mener seg usaklig forskjellsbehandlet hvor et menneske har fått en særfordel på grunn av sin funksjonsnedsettelse.

Delkonklusjon: svaret er ikke gitt, og i mangel av andre rettskilder er det mest nærliggende å legge vekt på ordlyden i art 2 (2) b) slik at personer som mangler funksjonsnedsettelse ikke er omfattet av vernet, og ikke tolke ordlyden utvidende.

Videre skal rammedirektivet tolkes i overenstemmelse med CRPD. Dette viser rettskildebildets særtrekk ved at folkeretten utfyller hverandre.

¹¹⁹ Case C-303/06 S. Coleman-saken (2008)

CRPD

CRPD har et formål om faktisk likestilling, og pålegger staten i stor grad en aktivitetsplikt. Dette vises ved at ett av dens generelle prinsipper er ”like muligheter”, jf art 3(5).¹²⁰ I følge juridisk litteratur vektlegger den i stor grad bruk av særtiltak for å oppnå dette,¹²¹ og bruk av særtiltak elementært for å oppnå faktisk likestilling.¹²²

Artikkel 5 (4) hjemler adgang til positiv særbehandling for å oppnå faktisk likestilling dersom det fremstår som ”necessary”. Det fremgår ikke av ordlyden hvilke tiltak som er tillatt etter bestemmelsen.

I vurderingen av om handlingen er ”nødvendig” må det gjøres en proporsjonalitetsvurdering.¹²³ I følge Justesen skal staten ha et visst rom for å vurdere hva som er ”necessary”.¹²⁴ I forhold til positiv særbehandling av kvinner på arbeidslivets området uttalte komiteen for ØSK at

”Reasons specific to an individual male candidate may tilt the balance in his favour, which is to be assessed objectively, taking into account all criteria pertaining to the individual candidates. This is a requirement of the principle of proportionality”.¹²⁵

Liisberg diskuterer om art 27h) kan legitimere bruk av radikal kvotering, og kommer frem til at strenge kvoter kan omfattes av ordlyden, så lenge det er ”nødvendig” jf art 5 (4). I argumentasjonen viser hun til General Recommendation gjort av CEDAW- komiteen hvor det er uttalt at streng kvotering kan være nødvendig. Hun konkluderer imidlertid med at det vil være opp til statene selv å bestemme hvilket type tiltak som skal anvendes.¹²⁶

Spørsmålet blir så hvem som kan begrense bruk av positiv særbehandling etter art 5 (4)- om konvensjonen er symmetrisk eller asymmetrisk.

¹²⁰ Liisberg (2011) s.163-167

¹²¹ Justesen (2005) s.112. Det er uttalt i relasjon til Rasekonvensjonen, men er også relevant for tolkningen av CRPD.

¹²² Liisberg (2011) s.167

¹²³ Liisberg, (2011) s.165

¹²⁴ Justesen (2005) s.111

¹²⁵ ØSK komiteen, General comment No. 16 para 15 fotnote 9.

¹²⁶ Liisberg (2011) s 165-167, General Recommendation No. 25, para. 23

Det ligger i naturen til CRPD som en spesiell konvensjon at den er kun ment å verne personer med nedsatt funksjonsevne, og at personer som mangler nedsatt funksjonsevne ikke vil redusere adgangen i en proporsjonalitetsvurdering.

Dette taler for at det er en vid adgang til å positivt særbehandle da deres interesser ikke vil begrense adgangen.¹²⁷

Det reiser spørsmål om hvordan motstriden mellom CRPD og Rammedirektivet om vektlegging av formell likehet skal løses i praksis og hvordan det vil påvirke grensene for bruk av positiv særbehandling jf dtl § 7.

Spørsmålet er om en tolkning av art 7 nr 2 i overenstemmelse med CRPD vil åpne for en mye videre adgang enn det den ville gjort om ikke EU hadde tiltrådt CRPD, og om det medfører at domstolen vil tolke direktivet utvidende og vektlegge formålet om faktisk likestilling i større grad enn formell likebehandling. Ved at EU har tiltrådt konvensjonen og praksis har slått fast at EU-retten skal tolkes i overenstemmelse med CRPD, så moderer CRPD vektleggingen av hovedregelen om formell likhet. Dette åpner i større grad for bruk av positiv særbehandling etter Rammedirektivet gjennom å vektlegge formålet om faktisk likestilling. I følge Liisberg anses ikke positiv særbehandling som et unntak, men som en nødvendighet for å oppnå faktisk likestilling.¹²⁸ Videre hevder Liisberg at tiltredelsen til CRPD medfører et sterkere vektlegging av menneskerettighetene til personer med funksjonsnedsettelse i EU.¹²⁹ Dersom adgangen til positiv særbehandling etter art 7 nr 2 blir tilsvarende som etter CRPD vil det ikke bli noen tolkningskollisjon mellom direktivet og CRPD, men spørsmålet vil stå åpent frem til det foreligger dom fra enten nasjonale- eller EU-domstolen.

Uansett vil CRPD sin positive holdning til positiv særbehandling av personer med funksjonsnedsettelse kunne være et argument for å tolke rammedirektivets art 7 mindre restriktivt og kunne legitimere radikale og automatiske kvoteringer. CRPD er derfor et sterkt og viktig argument for å tolke direktivet utvidende og legitimere radikale og rene kvoter.

¹²⁷ I forarbeidene til norsk lov har lovgiver uttalt at det nok er videre adgang til å positivt særbehandle ved nedsatt funksjonsevne fordi mennesker som mangler funksjonsnedsettelse ikke er med i proporsjonalitetsvurderingen jf Prop. 88 L (2012-2013) punkt 10.4.1.3 s.69-70.

Det kan trekkes en parallell til proporsjonalitetsvurderingen etter CRPD.

¹²⁸ Liisberg, (2011) s.53

¹²⁹ Liisberg,(2011) s.87-89

Slik jeg tolker dette vil det kunne medføre at domstolen i større grad vil vektlegge personer med nedsatt funksjonsevne sine behov i en proporsjonalitetsvurdering, og dermed øke adgangen til bruk av positiv særbehandling, enn det som gjelder for andre diskrimineringsgrunnlag.

Det må deretter vurderes hvordan dette relaterer seg til dtl § 7 – om Norge utnytter potensialet som ligger i EU retten. Spørsmålet er om norsk lovgiver ”uttrykkelig har gått i mot” å legge en slik tolkning av art 7 nr 2 til grunn eller om det skyldes en misforståelse av direktivet jf presumsjonsprinsippet i Grl § 92.

Artikkel 7 nr 2 er senest ikke nevnt i Prop. 81 L (2016-2017). Tidligere forarbeider og NOU'er har noen steder kun vist til bestemmelsen uten å gi en nærmere forklaring og noen steder er den ikke nevnt i det hele tatt.¹³⁰ Basert på dette er det ingen holdepunkter for å si at norsk lovgiver bevisst har reservert seg mot at dtl § 7 skal tolkes i overenstemmelse med art 7 nr 2, men tvert i mot at lovgiver muligens har misforstått tolkningspotensialet i rammedirektivet og derfor ikke utdypet det nærmere.

3.3.2 Delkonklusjon

Basert på forarbeidenes uttalelse (- og manglende uttalelse) om Rammedirektivet, så kan det hverken hevdes at Norge utnytter eller ikke utnytter det potensialet som ligger i EU-retten. Både norsk lovgiver og EU-rettslige rettskilder er enige om at det kreves en lavere terskel for bruk av kvoter for diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne uten at norsk lovgiver bruker Rammedirektivet som argument. Det er således ikke direkte motstrid mellom norsk rett og Rammedirektivet, og de beste hensyn taler derfor for at radikal kvotering-og muligens rene kvoter er tillatt etter dtl § 7 med hjemmel i norske og folkerettslige rettskilder.

Da Rammedirektivet har hjemlet moderat ved kjønn, taler en tolkning av Rammedirektivet i lys av CRPD for at det er en mye videre grense for nedsatt funksjonsevne. De beste grunner taler for at radikale, kanskje rene kvoter, kan være tillatt etter § 7, men det må avgjøres etter en konkret skjønnsmessig vurdering i de enkelte tilfeller. Offentlig arbeidsgiver har med hjemmel i folkeretten mulighet til å tolke norsk rett utvidende til å omfatte i hvert fall radikal kvotering. Det gjenstår imidlertid å se hvordan rettspraksis vil tolke bestemmelsen.

¹³⁰ NOU 2003:2, pkt 11.8.1 s. 49, Ot.prp.nr.104 (2002-2003) pkt. 3.1.3, ot.prp.nr.44 (2007-2008) 9.12.7, NOU 2009:14,

3.4 Kvalifikasjonsprinsippet som begrensning på adgangen til positiv særbehandling

3.4.1 Generelt

Som nevnt blir positiv særbehandling begrenset gjennom diskrimineringslovgivningen og kvalifikasjonsprinsippet. Jeg har diskutert diskrimineringslovgivningen, og vil nå vurdere i hvilken grad kvalifikasjonsprinsippet utgjør en ytterligere begrensning på bruk av positiv særbehandling, jf dtl § 7.

Spørsmålet er om kvalifikasjonsprinsippet vil begrense arbeidsgivers adgang til positiv særbehandling etter dtl § 7 og i hvilken grad det er muligheter til å fravike kvalifikasjonsprinsippet ved positiv særbehandling.

Kvalifikasjonsprinsippet blir aktuelt, og vil kunne begrense adgangen til positiv særbehandling dersom personen med funksjonsnedsettelsen *ikke* er den best kvalifiserte til stillingen. Den som er bedre kvalifisert må mangle en funksjonsnedsettelse eller ha en annen type funksjonsnedsettelse.

Kvalifikasjonsprinsippet er per dags dato (mai 2017) ulovfestet rett som er utviklet i retts- og forvaltningspraksis, ombudsmannspraksis og juridisk teori, men prinsippet anses å ha lovs rang. Det er også lovfestet noen steder.¹³¹ Det kreves derfor lov eller forskrift med hjemmel i lov for å gjøre unntak fra prinsippet.¹³² Positiv særbehandling, jf dtl § 7, og forskrift til tjml § 9 er de lovfestede unntakene for personer med nedsatt funksjonsevne.¹³³

Sivilombudsmannen har definert kvalifikasjonsprinsippet som at

”Siktemålet i en tilsettingssak er i alminnelighet å finne frem til den søkeren som etter en helhetsvurdering må anses som den best kvalifiserte for stillingen. Ved vurderingen av hvem av søkerne som er best kvalifiserte for en stilling, må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov-

¹³¹ Lov 17 juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) § 10-5, og kommer til uttrykk i Hovedtariffavtalen § 22 for kommunene.

Primærkilde: Engelsrud (2009), s.152

¹³² Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.1 s.69

¹³³ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.1 s.78

*avtafestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig egnethet”.*¹³⁴

Basert på dette skal arbeidsgiver foreta en skjønnsmessig vurdering.¹³⁵

Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) la i april 2017 frem en proposisjon, Prop. 94 L (2016-2017), med forslag til en ny lov om statens ansatte som skal erstatte lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3. Et av forslagene er å lovfeste kvalifikasjonsprinsippet i § 3. Departementet fremhever at dette ikke skal innebære noen realitetsendring.¹³⁶ Videre uttaler de at lovfesting av prinsippet ikke skal endre adgangen til å positivt særbehandle.¹³⁷ Jeg går derfor ikke nærmere inn på eventuelle konsekvenser knyttet til denne lovfesting, og legger til grunn departementets uttalelser.

I forslaget til lovfesting § 3 er prinsippet definert som

”(1) Den best kvalifiserte søkeren skal ansettes eller utnevnes i ledig stilling eller embete, med mindre det er gjort unntak i lov eller forskrift.

(2) Ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen.”

I Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s. 78-79 gjør departementet rede for positiv særbehandling som ett unntak fra kvalifikasjonsprinsippet. Der legger de til grunn at særbehandlingen ikke er i strid med kvalifikasjonsprinsippet dersom vedkommende er ”tilnærmet like godt kvalifisert som den best kvalifiserte”. Dette er imidlertid uttalt generelt for alle diskrimineringsgrunnlag og kan således ikke legges ukritisk til grunn å være gjeldende rett for nedsatt funksjonsevne da departementet i Prop.81 L (2016 -2017) uttrykkelig har lagt til grunn at det mest sannsynlig vil gjelde andre grenser for denne gruppen. Departementet uttaler at ”det må vurderes konkret hvilke former for positiv

¹³⁴ Sak 2014/2472 – 27 februar 2015.

¹³⁵ Evenrud (2009) s.154

¹³⁶ Punkt 9, s.69-80

¹³⁷ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s.78

særbehandling som kan aksepteres ved ansettelse, herunder hvor langt man kan gå i å fravike kvalifikasjonsprinsippet”.¹³⁸

Det blir altså en konkret skjønsmessig helhetsvurdering, hvor det sentrale er at hensynet bak prinsippet ikke blir svekket av arbeidsgivers særtiltak. Slik jeg vurderer det vil kvalifikasjonsprinsippet sette begrensninger i de tilfellene hvor disposisjonen ikke ivaretar hensynene som begrunner prinsippet.

Som nevnt overfor er kvalifikasjonsprinsippet et utslag av det generelle saklighetskravet i offentlig sektor. Bakgrunnen for saklighetskravet er at ansettelse i offentlig sektor er enkeltvedtak, jf Forvaltningsloven § 2¹³⁹. Prinsippet skal ivareta tilliten i befolkningen til at avgjørelser i offentlig sektor er rettferdig og forutberegnelig.¹⁴⁰

”Kvalifikasjonsprinsippet bygger på grunnleggende og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper om likebehandling, rettferdighet og saklighet. Kvalifikasjonsprinsippet skal sikre samfunnets behov for at det er den best kvalifiserte søkeren som ansettes. Det bærende hensynet bak prinsippet er å sikre legitimitet og tillit til beslutningsprosesser i forvaltningen, samt å forhindre at det tas utenforliggende hensyn ved ansettelser.”¹⁴¹

Det må i tillegg foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor individuelle hensyn til alle som er bedre kvalifisert vektlegges mot behovet for å anvende særtiltak i det konkrete tilfellet.

Her tenker jeg det sentrale er om tilliten til det offentlige arbeidsgiver vil bli svekket- at prosessen er gjennomiktig og ryddig. Dersom særbehandlingen vil stride mot dette er det nærliggende at den vil være i strid med prinsippet- og dermed være rettsstridig. Dess større unntak fra prinsippet- dess mer må kreves av prosessen for å tillatte unntak. Ved radikal kvotering kreves det særlig sterke hensyn for bruk av særbehandling, i tillegg til at det stiller ekstra store krav til at gjennomføringen er forsvarlig og hensynsfull.

Ved automatisk kvotering vil kvalifikasjonsprinsippet i sin helhet fravikes og det kreves derfor ekstra særskilte og sterke grunner. Det er nærliggende å kreve at det er del av en stor strategiplan som bare kan benyttes i svært trengende tilfeller. Jeg tenker at disse tilfellene

¹³⁸ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s.79-80

¹³⁹ Lov 2. Oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

¹⁴⁰ Les mer i Engelsrud (2009) s.149 flg

¹⁴¹ Prop. 94 L (2016-2017) punkt 9.4.1 s.77

typisk vil være for bedrifter hvor det ikke er noen ansatte med nedsatt funksjonsevne, og det bør ikke være en stilling som er svært ettertraktet og sjelden. Dette vil fort kunne være svært inngripende overfor de som er best kvalifiserte. Det stilles med andre ord store krav til gjennomførelsen av særtiltaket.

3.4.2 Betydningen av særhjemmelen I forskriften til tjenestemannsloven § 9

Någjeldende Tjenestemannslov (tjml)¹⁴² angir særregler som gjelder for ansettelsesforholdet i statlig sektor. I forskrift til tjml § 9 ”funksjonshemmet/yrkeshemmet søker” er det hjemlet unntak fra kvalifikasjonsprinsippet.

I § 9 heter det i første og annet ledd;

”Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, skal det alltid innkalles minst én slik søker til konferanse før det gis innstilling.

Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen.”

I tredje ledd oppstiller bestemmelsen vilkårene for hvem som er ”funksjonshemmet/yrkeshemmet”.

Ordlyden ”(...) selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere (...)” sier ikke hva slags tiltak som er tillatt, men i følge forarbeidene til ny statsansattelov er gjeldende rett at den hjemler adgang til radikal kvotering dersom vilkårene er oppfylt.¹⁴³

Spørsmålet er om någjeldende forskrift § 9 er symmetrisk eller asymmetrisk, og hvem sine interesser som inkluderes i forholdsmessighetsvurderingen. Det fremgår ikke av ordlyden

¹⁴² Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven – tjml)

¹⁴³ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s. 79-80

eller av forarbeidene. Det er ingen holdepunkter for å fastslå at forskriften er ment å dele inn grupper slik dtl er oppbygd.

Det er derfor nærliggende å anta at hensynet til personer som mangler en funksjonsnedsettelse og generelt alle som er bedre kvalifiserte, skal være med i proporsjonalitetsvurderingen.

I Prop. 94 L (2016-2017) er det lagt frem forslag til ny lov om statens ansatte (statsansatteloven). I punkt 9.4.2.2 s. 79-80 ønsker departementet å videreføre bestemmelsen i § 8 med små endringer; blant annet utvide personkretsen og fjerne vilkåret om at vedkommende ”enten er eller blir uten arbeid”.¹⁴⁴ Denne endringen vil isolert sett gjøre det vanskeligere for personer som står utenfor arbeidslivet å komme inn. Det er fordi de nå må konkurrere på like vilkår med dem som allerede er i arbeid som har mer relevant arbeidserfaring og gjør dem bedre kvalifisert for stillingen. Viktig i denne sammenheng er også at KMD i høringsnotatet om utkast til forskrift til lov om statens ansatte fremhever at forskriften kun skal hjemle moderat kvotering da radikale kvoteringer er for uforholdsmessig og i strid med kvalifikasjonsprinsippet.¹⁴⁵ De gir imidlertid ingen nærmere forklaring på hvorfor det er uforholdsmessig. Høyskolen i Oslo og Akershus argumenterer i sitt høringssvar mot at terskelen skal endres. De mener endringer vil gjøre det vanskeligere å prioritere personer med en funksjonsnedsettelse. Begrunnelsen er at det er vanskeligere å argumentere for at vedkommende er ”likt eller tilnærmet likt” kvalifisert som den best kvalifiserte. Det skal dermed mindre til for at dem som er best kvalifisert kan hevde at vedkommende *ikke* er ”likt eller tilnærmet likt kvalifisert”, og dermed at det er et rettsstridig særtiltak.¹⁴⁶

På en annen side tyder den høye arbeidsledigheten på at adgang til kvotering i tjenestemannsforskriften ikke anvendes ofte. Det vil si at en endring til moderat kvotering ikke vil ha en stor realitetsbetydning for arbeidsledigheten. Lov om statens ansatte med tilhørende forskrift er per dags dato ikke blitt vedtatt av stortinget og gir derfor ikke uttrykk for gjeldende rett. Dersom Stortinget vedtar den nye denne vil det imidlertid være uttrykk for

¹⁴⁴ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s. 79-80

¹⁴⁵ ”Høringsnotat- Utkast til forskrift til lov om statens ansatte” (10.april 2017), https://www.regjeringen.no/contentassets/054d0507978247c5814c080889a2d080/horingsnotat_forskrift_statsansatteloven_april17.pdf s. 16-17

¹⁴⁶ 17/03006 HIOAs høringssvar

lovgiver vilje om at radikale kvoter er et for stort unntak fra kvalifikasjonsprinsippet, og det vil kunne være et argument for at det ikke er legitimt å tillatte unntak for dtl § 7 ut over moderat kvotering. Det gjenstår derfor å se om Stortinget vil vedta endringen.

Spørsmålet er om det gjelder et saklighetskrav i privat sektor som kan begrense arbeidsgivers adgang til å legge vekt på funksjonsnedsettelse ved ansettelse.

3.5 Gjelder det et saklighetskrav i privat sektor?

Det er uenighet i teorien, og jeg ønsker kun å belyse problematikken.

Jakhelln hevder at saklighetskravet er et generelt arbeidsrettslig prinsipp som også gjelder for private arbeidsgivere, og viser blant annet til Kårstø dommen.¹⁴⁷ Advokat Evenrud hevder på sin side at det ikke gjelder et saklighetskrav siden det ikke har hjemmel i lov, og at adgangen ikke kan hjemles i Kårstø dommen.¹⁴⁸

Selv om en skulle komme frem til at det gjelder et saklighetskrav, så vil ikke en ansettelse i strid med saklighetsprinsippet få store konsekvenser for arbeidsgiver siden vedkommende som mener seg urettmessig behandlet eventuelt må gå til sivilt søksmål.¹⁴⁹ Videre er det nærliggende å anta at domstolen sjelden vil dømme en arbeidsgiver til å betale erstatning for å handle i strid med saklighetskravet i de tilfeller han bevisst har ansatt en med nedsatt funksjonsevne for å være inkluderende. Det er derfor ikke et særlig praktisk problem og vil sjeldent bli satt på spissen. Det er nærliggende å anta at det er få som vil reise et slikt søksmål.

¹⁴⁷ Jakhelln (2007) s.50, 212-217

¹⁴⁸ Evenrud (2009) s.226-230

¹⁴⁹ Engelsrud (2009) s.165

3.6 Utgjør Grl § 98 en selvstendig begrensning for bruk av særtiltak etter dtl § 7

Grunnloven § 98 slår fast hovedregelen om at "(...) intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling".

I Prop. 81 L (2016-2017) i punkt 17 "gjeldende rett" drøfter departementet forholdet mellom forbudet i Grl § 98 og bruk av positiv særbehandling. I punkt 17.2.1 s. 165 viser departementet til Innst. 186 S (2013-2014) kap.2.1.6 side 25 hvor stortingskontroll- og konstitusjonskomité bekrefter at positiv særbehandling ikke nødvendigvis vil være i strid med bestemmelsen. Departementet la derfor til grunn at positiv særbehandling kan være tillatt dersom vilkårene er oppfylt. Jeg vil imidlertid ikke drøfte dette nærmere. Det kan spørres om bruk av særtiltak begrenses av hensynet til andre diskrimineringsgrunnlag som kan mene seg usaklig forskjellsbehandlet, med hjemmel i Grl § 98.

Bestemmelsen er en begrensning i den forstand at den gir uttrykk for menneskerettslig grunnprinsipp om at ingen skal utsettes for diskriminering, og dette begrenser arbeidsgivers disposisjoner. Grl § 98 vil imidlertid ikke ha en selvstendig betydning ved siden av begrensningene etter dtl § 5 og andre diskrimineringslover, samt gjennom innfortolkning av menneskerettighetskonvensjonene.

3.7 Gjennomføring av "retten til arbeid", jf CRPD art 27

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har i en rapport til FN i 2015 vurdert Norges oppfyllelse av forpliktelser etter CRPD. I vurderingen av Norges oppfyllelse av art 27 viser LDO til undersøkelser gjort av SSB hvor det fremgår at sysselsettingen av personer med nedsatt funksjonsevne ikke hadde bedret seg fra 2002 til 2015. Neste rapport er ventet i 2019.

150

¹⁵⁰ LDO, "CRPD 2015 Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne- et supplement til Norges første periodiske rapport", http://www.ldo.no/globalassets/03_nyheter-og-fag/publikasjoner/crpd2015rapport.pdf.45flg

Det første som må vurderes er hvordan ”retten til arbeid”, jf art 27, skal gjennomføres for å vurdere Norges oppfyllelse. Det er sentralt å se hen til uttalelser om ØSK Art 6 som tilsvarer art 27,¹⁵¹ hvor det i General Comments er uttalt at art 6 ikke gir ”en ubetinget rett til sysselsetting” for individene.¹⁵² ”Statenes forpliktelser er i hovedsak en plikt til å *tilrettelegge* for at alle kan få seg en jobb.”¹⁵³ Dette er også fremhevet av menneskerettighetsutvalget som uttaler at rettigheten ikke tar ”sikte på at alle til enhver tid skal ha et tilbud om arbeid.”¹⁵⁴

Det stilles likevel minstekrav til innsats fra staten.¹⁵⁵ Hva som er minstekravet kommer an på hvilken rettighet det gjelder.¹⁵⁶ Da dette gjelder retten til arbeid som er særlig viktig for enkeltindivider og samfunnet, tilsier dette at det kreves tilsvarende mer av staten og terskelen er høyere for hva som er minstekrav. Videre kommer det an på hvor mye ressurser staten har tilgjengelig til å oppfylle rettigheten, jf art 2. Det blir derfor en konkret vurdering ut fra Norges tilgjengelige ressurser av om de har oppfylt plikten etter art 27.

Sentralt er at art 27 ikke gir individuelle rettigheter som kan anlegges for domstolen, men at den skal være politisk retningsgivende.¹⁵⁷ Det er en skjønsmessig avgjørelse for staten å avgjøre.¹⁵⁸ Dette er bekreftet i Z- saken hvor EU domstolen i avsnitt 88 uttalte at CRPD er ’programmatic’, og kun er rettet mot medlemsstatene.¹⁵⁹ Domstolen vil derfor være tilbakeholden med å overprøve gjennomføringen.¹⁶⁰

Artikkel 27 er gjennomført i lovs form gjennom Grl § 110, og gjennom Forskriften til tjml § 9.¹⁶¹

¹⁵¹ Art 27 tilsvarer ØSK art 6. Uttalelser gitt om ØSK er derfor relevant for tolkningen av Art 27. I et politisk rundskriv, G-45/99 om menneskerettighetene, er ØSK omtalt som en konvensjon som angir målsetninger statene ”skal arbeide for å oppfylle” (målsetningskonvensjon) som eksempel nevnes Art 6 om retten til arbeid (kilde: Rundskriv G-45/99 (uttalt i forbindelse med inkorporering av øsk i menneskerettighetsloven).

¹⁵² Primærkilde: ØSK komiteen general comments 2005 nr. 18, punkt 6

Sekundærkilde: Dok.nr. 16 (2011-2012) s.231

¹⁵³ Dok.nr. 16 (2011-2012) s.231

¹⁵⁴ Dok.nr. 16 (2011-2012) s.230

¹⁵⁵ Primærkilde: ØSK- komiteens generelle kommentar 1990 nr. 3 avsnitt 10.

Sekundærkilde: Dok.nr. 16 (2011-2012) punkt 5.5 s30-31 (uttalt i forbindelse med ØSK konvensjonen).

¹⁵⁶ Dok.nr.16 (2011-2012) punkt 5.5 s.31

¹⁵⁷ I følge Emberland trekkes det et skille mellom menneskerettigheter som rettslige og politiske forpliktelser, se Emberland, Marius ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet” i *Jussens Venner 04/2006 vol. 41*, s.197-234 s.225

¹⁵⁸ NOU 1993: 18, punkt 8.6.3 s.108-109

¹⁵⁹ Case-363/12 Z- saken (2014) avsnitt 88

¹⁶⁰ NOU 1993:18 ”lovgivning av menneskerettighetene”, punkt 8.6.3 s.108-109

¹⁶¹ Prop.94 L (2016-2017) punkt 9.4.2.2 s.79-80

Etter Grl § 110 skal statens myndigheter ”legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring”.

Bestemmelsen gir staten en positiv plikt til å tilrettelegge slik at alle som er arbeidsdyktig kan arbeide og føre en aktiv sysselsettingspolitikk.¹⁶² Den er imidlertid kun en programmerklæring som ikke gir individrettigheter som kan hevdes for domstolene.¹⁶³ Når det gjelder håndhevelsen av Grl § 110 vil domstolene kunne føre kontroll med at myndighetene har oppfylt minstekravene til å oppfylle rettighetene.¹⁶⁴ Det skal mye til for at domstolene skal overprøve statens gjennomføring av bestemmelsen. Videre hevder utvalget at lovgiver skal ha en viss skjønnsmargin for å bestemme hvilke tiltak som skal iverksettes.¹⁶⁵ Det vil si at domstolene i liten grad bør overprøve om myndighetenes har tilrettelagt tilstrekkelig for å gi folk arbeid da dette i stor grad er basert på politikk og konjunktorene i samfunnet, og domstolene i begrenset grad har tilstrekkelig forutsetning for å overprøve dette.

Om art 27 og ”retten til arbeid” ga menneskerettighetsutvalget som eksempel på oppfyllelse ”nasjonal strategiplan for sysselsetting, allokering av ressurser for å sikre at utsatte grupper i samfunnet ikke faller utenfor arbeidslivet e.l. Statene har imidlertid ingen plikt til å opprette eller etablere offentlige arbeidsplasser for å sikre sysselsetting.”¹⁶⁶

Norske politiske eksempler er blant annet Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 2014-2018 (IA avtalen), en samarbeidsavtale mellom regjeringen, KMD og arbeidstaker/-giver organisasjonene med målsetning om økt inkludering i arbeidslivet, er økt sysselsetting av personer med nedsatt funksjonsevne et av partenes tre delmål.¹⁶⁷ KMD har videre utarbeidet en oversikt over relevant lov – og regelverk for å lette prosessen for avtalens parter på regjeringens hjemmeside. Der nevnes forskrift til tjml § 9, men under relevante

¹⁶² NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern
Diskrimineringslovutvalgets utredning om et samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK, 2009-06-19 punkt 25.4.2.3 s.108-109

¹⁶³ Dok.nr.16 (2011-2012) punkt 38.2.1 s. 227-228

¹⁶⁴ NOU 1993:18 Lovgivning av menneskerettighetene, S.60-61

¹⁶⁵ Dok.nr. 16 (2011-2012) punkt 38.5.1 s. 231

¹⁶⁶ Dok.nr. 16 (2011-2012) punkt 38.3.s 230

¹⁶⁷ Arbeids- og sosialdepartementet, *IA –avtalen 2014-2018*,

https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/inkluderende_arbeidsliv/ia-avtalen-2014-18/IA-avtalen-2014-2018/id752432/ (lest: 22.03.2017)

bestemmelser i dtl nevnes imidlertid ikke dtl § 7.¹⁶⁸ Videre har KMD utarbeidet en veileder som skal gjøre det enklere for statlige arbeidsgivere til å øke mangfoldsrekrutteringen av blant annet personer med nedsatt funksjonsevne i arbeidslivet.

Der fremhever de først kvalifikasjonsprinsippet om at den best kvalifiserte søkeren skal ansettes, men viser samtidig til forskriften til tjenestemannsloven § 9 om at det er anledning til å fravike prinsippet dersom gitte vilkår er oppfylt. KMD nevner imidlertid ikke arbeidsgivers mulighet til å benytte dtl § 7 dersom vilkårene i forskriften ikke er oppfylt.¹⁶⁹

I Statens personalhåndbok 2017 forfattet av KMD, punkt 1.6.1, omtales behovet for å øke rekrutteringen av personer med nedsatt funksjonsevne i statlige virksomheter, videre gis det en oversikt over positiv særbehandling i punkt 2.3.3.2.¹⁷⁰

Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) utarbeidet i 2001 et informasjonshefte ”om tilsetning av funksjonshemmede/yrkeshemmede i staten”- dette er utdatert og bør fornyes. Av relevans nevner de hvordan staten kan oppfylle retten til arbeid etter FNs standardregler siden dette er før vedtakelsen av crpd. Under punkt 2 nevnes ”stimulerende kvoteringstiltak”, øremerking, samt ”økonomisk støtte til bedrifter som ansetter funksjonshemmede” som noen av de aktive tiltakene staten kan iverksette. Under punkt 8 nevnes ”Tiltak bør settes i verk for å inkludere funksjonshemmede i opplærings- og sysselsettingstiltak i privat sektor og uformell sektor.”¹⁷¹

Mangel på referanse til dtl § 7 kan tolkes dit hen at flertallet av arbeidsgivere i offentlig sektor ikke er orientert om muligheten dtl § 7 gir til å øke inkluderingen, og at staten ikke har gjort det den kan for å øke inkluderingen.

¹⁶⁸ KMD, *Relevant lov- og regelverk (2015)* <https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/Statlig-arbeidsgiverpolitikk/arbeidsgiverpolitikk/inkludering-og-mangfold-i-staten/inkluderende-arbeidsliv-i-staten/ia-i-staten---lover-avtaler-og-andre-bestemmelser/id2394315/> (lest: 22.03.2017)

¹⁶⁹ KMD, *Mangfoldsrekruttering- råd om god praksis i ulike faser av rekrutteringsprosessen.* <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/apa/mangfoldsrekruttering.pdf>

¹⁷⁰ KMD, Statens personalhåndbok 2017 <https://lovdata.no/dokument/SPH/sph-2017>

¹⁷¹ AAD Informasjonshefte ”Om tilsetning av funksjonshemmede/yrkeshemmede i staten” (2001) <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/aad/bro/2001/0003/ddd/pdfv/138198-tilsetning.pdf> s.27-28

Våren 2017 har Kunnskaps- og moderniseringsdepartementet (KMD) og Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) varslet at de ønsker å starte et traineeprogram med formål å øke inkludering av personer med nedsatt funksjonsevne på arbeidsmarkedet.¹⁷²

I dag gir NAV lønnstilskudd og inkluderingstilskudd for å gjøre inkludering og rekruttering mer attraktivt for arbeidsgiver.¹⁷³¹⁷⁴

Dette viser at det er et økt politiske engasjement om å øke inkluderingen, og det gjenstår å se i 2019 om LDO mener Norske myndigheter har oppfylt plikten.

¹⁷² Regjeringen, ”traineeprogrammet i staten 2017-2018- Informasjon til virksomheter”, 1.12.2016
https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/Statlig-arbeidsgiverpolitikk/arbeidsgiverpolitikk/inkludering-og-mangfold-i-staten/trainee-program_stat2016/id2402176/

¹⁷³ NAV, midlertidig lønnstilskudd (sist endret; 03.05.2017)
<https://www.nav.no/no/Person/Arbeid/Oppfolging+og+tiltak+for+a+komme+i+jobb/Tiltak+for+a+komme+i+jobb/Relatert+innhold/tidsbegrenset-l%C3%B8nnstilskudd#chapter-1>

¹⁷⁴ NAV, Inkluderingstilskudd (sist endret 05.05.2017)
<https://www.nav.no/no/Person/Arbeid/Oppfolging+og+tiltak+for+a+komme+i+jobb/Tiltak+for+a+komme+i+jobb/Relatert+innhold/inkluderingstilskudd>

4 Avslutning- oppsummering og de lege ferenda vurdering.

Innledningsvis introduserte jeg min tese om at arbeidsgiver har større adgang til å positivt særbehandle enn det som er lagt til grunn for andre diskrimineringsgrunnlag, og at norsk lovgiver har misforstått EU-retten og at kvalifikasjonsprinsippet ikke nødvendigvis vil stenge for kvotering av denne gruppen. Dette argumenterte jeg for under Del 3, og nedenfor vil jeg gi en oppsummering av begrunnelsen for min tese. Videre vil jeg foreta en de lege ferenda vurdering av reglene om positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne.

I punkt 3.3 om dtl § 7 hjemler moderate, radikale eller automatisk kvotering, introduserte jeg først dtl sine forarbeider som uttalte at bestemmelsen skal tolkes snevert som en videreføring av gjeldende rett. Deretter modifiseres dette utgangspunktet når både forarbeider og etterarbeider gir signaler om at det antakelig gjelder andre grenser for nedsatt funksjonsevne og at det blant annet skyldes at loven er asymmetrisk. Frem til det foreligger rettskraftig dom vil dette altså være et uavklart rettsspørsmål. For å fastlegge grensene til dtl analyserte jeg deretter folkeretten. Jeg konkluderte her med at sterke hensyn taler for å tolke Rammedirektivet slik at det hjemler radikale kvoteringer, og at norsk lovgiver mest sannsynlig har misforstått Rammedirektivet. I fastleggelsen av grensene for kjønn har norsk lovgiver lagt avgjørende vekt på EU-domstolens tolkning av Rammedirektivet. Det taler for at norsk lovgiver ville lagt den rådende tolkningen av art 7 nr 2 til grunn dersom de var klar over at sterke grunner talte for å tolke den til å hjemle radikale kvoteringer. Da Rammedirektivet skal tolkes i overenstemmelse med CRPD utvider det også vektleggingen av hensynet til personer med nedsatt funksjonsevne i proporsjonalitetsvurderingen og bruk av særtiltak. Samlet taler dette for å tolke dtl slik at den hjemler radikale kvoteringer. Det er imidlertid ingen klare holdepunkter for at proporsjonalitetskravet kan fravikes helt og tillatte rene kvoteringer.

Videre kan det spørres om det er rimelig at dtl er asymmetrisk, og gir adgang til å stille personer som mangler en funksjonsnedsettelse dårligere uten å tilsvarende regulere vernet til disse menneskene. I en ansettelsesprosess vil det mest sannsynlig være personer som ikke blir ansatt til tross for at de er best kvalifisert. Det vil kunne oppleves som særdeles inngripende at de ikke blir foretrukket.

Videre kom jeg frem til at kvalifikasjonsprinsippet slik rettstilstanden er per dags dato ikke bør hindre bruk av radikal kvotering etter dtl § 7 dersom hensynene bak ivaretas. Dette utgangspunktet mener jeg imidlertid må tas med forbehold dersom Stortinget vedtar den nye lov om statens ansatte med tilhørende forskrift hvor lovgiver ønsker å innskrenke adgangen fra radikal til moderat kvotering i § 8. Det kan vanskelig argumenteres mot ren lovgivervilje om at radikal kvotering utgjør et uforholdsmessig inngrep overfor de som er bedre kvalifiserte og at det er et for stort unntak fra kvalifikasjonsprinsippet. En eventuell vedtakelse vil derfor være et sterkt argument for å ikke tillatte radikale kvoteringer etter dtl § 7. Det betyr at arbeidsgivers mulighet til å anvende særtiltak blir ytterligere innskrenket. Det vil føre til at personer med nedsatt funksjonsevne vil ha vanskeligere å komme inn på arbeidsmarkedet, og møte større utfordringer ved å få stillinger de ikke er best kvalifiserte på.

Jeg drøftet videre statens gjennomføring av ”retten til arbeid”, jf CRPD art 27 og kom frem til at det er et stort politisk engasjement om å øke inkluderingen. Imidlertid er det mangel på offentlig informasjon og beskrivelsen av regelverket til offentlige arbeidsgivere om hvordan de kan øke inkluderingen og anvende særtiltak. Det kan videre diskuteres om endringen av grensene fra radikale til moderate kvoteringer i forskriften til lov om statens ansatte representerer en begrensning i oppfyllelse av art 27.

I punkt 3.2 kom jeg frem til at positiv særbehandling er frivillig, og at folkeretten ikke pålegger bruk av særtiltak. Det kan imidlertid kritiseres at det ikke er en del av aktivitetsplikten da det er nødvendig for å oppnå formålet om faktisk likestilling. I forarbeidene til dtl uttalte departementet at ”slik særbehandling kan være både ønskelig og *nødvendig* for å oppnå lovens formål”.¹⁷⁵ (min kursiv) Det kan derfor spørres om anvendelse av særtiltak bør bli en del av aktivitetsplikten for å oppnå reell likestilling for denne gruppen på arbeidsmarkedet. På en annen side nevnte jeg innledningsvis i 1.1.3 at positiv særbehandling vil kunne oppleves som en bekreftelse på at det er risiko å ansette personer med nedsatt funksjonsevne. For å motvirke dette, vil det være hensiktsmessig om de konkurrerer på lik linje med andre søkere og ikke gis en særfordel. Det vil også kunne oppleves negativt på en arbeidsplass blant andre kollegaer. Resten av samfunnet vil også kunne oppleve det som urettferdig, og bidra til negative holdninger. Prinsippet om særtiltak og kvoter kan motvirke at arbeidsgiver kun ser på dem som en verdifull ressurs. Det kan derfor diskuteres om bruk av kvoter er løsningen for å øke inkluderingen. Det kan hevdes at

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.12.7 s. 124-125/Prop.81 L (2016-2017) punkt 17.9.2 s.174

det heller burde fokuseres på å sette inn aktive tiltak der problemet ligger. Forklaringen på hvorfor personer med funksjonsnedsettelse holdes utenfor er kompleks og skyldes mange faktorer. I mange tilfeller skyldes det samfunnskapte barrierer på grunn av arbeidsgivers negative og stereotypiske holdninger knyttet til risikoen av å ansette personer med nedsatt funksjonsevne.¹⁷⁶ Det må derfor arbeides for å endre arbeidsgivers holdninger til å heller se på dem som en ressurs for bedriften, samt øke kunnskapen om økt inkludering. I tillegg er det mange barrierer i samfunnet som mangel på universell utforming og individuell tilrettelegging som fører til at de holdes utenfor. Dersom man ser det fra en slik vinkel vil ikke særtiltak nødvendigvis være en løsning på problemet.

Videre må arbeidsgivere bevisst arbeide med å endre holdninger og se på dem som ressurser med stor verdi. Lovgiver må komme med klarere uttalelser om hvor grensene går slik at arbeidsgivere med sikkerhet kan anvende særtiltak for å øke inkluderingen på arbeidsmarkedet for personer med nedsatt funksjonsevne så lenge det er en lovhjemlet mulighet. Det er imidlertid ikke bare opp til staten, lovgiver og arbeidsgiver å øke inkluderingen. Det er et samfunnsproblem som alle må bidra til å avhjelpe. Samfunnet må tilpasse seg mangfoldet.

¹⁷⁶ Primærkilde: E Dalen, ”Telefonundersøkelse om betydningen av nedsatt funksjonsevne ved ansettelser i arbeidslivet. 21. Februar – 3.mars 2006. Rapport utarbeidet for Nasjonalt dokumentasjonsenter for personer med nedsatt funksjonsevne” MMI Univero. (2006).
Sekundærkilde: LDO, CRPD rapport 2015, s.45-46

Litteraturliste

Bøker

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. Utg, Fagbokforlaget, 2015
- Eidsvaag, Tine *Handlaus gjæte- Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Avhandling for graden philosophiae (PhD) University of Bergen, Norway. 2009
- Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. Utgave (2010) Kunnskapsforlaget ANS.
- Hellum, Anne ”Mot et strukturelt diskrimineringsvern: aktivitetsplikt og midlertidig særtiltak”, i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.)(2008)
- Justesen, Pia, ”special measures and affirmative action” i *Diversity in the workplace- when we are equal but not the same*, Børsens Forlag A/S, 2005 av Susanne Nour og Lars Nellemann Thisted.
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utgave, 2007
- Liisberg , Maria Ventegodt, *Disability and Employment – A contemporary disability human rights approach applied to Danish, Swedish and EU law and policy*, School of Human Rights Research Series, Volume 43, 2011
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett*, 4. Utg., 2011

Artikler

- Bell M. og Weddington L., ”Reflecting on inequalities in European equality law”, (2003) 28 *European Law Review*
- Dalen, E., 2006. ”Telefonundersøkelse om betydningen av nedsatt funksjonsevne ved ansettelse i arbeidslivet. 21. Februar – 3.mars 2006. Rapport utarbeidet for Nasjonalt dokumentasjonssenter for personer med nedsatt funksjonsevne” MMI Univero.
- Engelsrud, Gerd, ”Saklighetsprinsippet ved ansettelse- sammenligning mellom offentlig og privat sektor” s. 149-166 i *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Cappelen Damm Akademisk, 2009
- Emberland, Marius ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet” i *Jussens Venner 04/2006 vol. 41*, s. 197-234

- Evenrud, Liv Torill, ”Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling” i *Arbeidsrett* vol 6 nr. 4 (2009)
- General Assembly, *Concluding Observations: United States of America*, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination: UN Document A/56/18
- LDO, ”CRPD 2015 Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne- et supplement til Norges første periodiske rapport”, http://www.ldo.no/globalassets/03_nyheter-og-fag/publikasjoner/crpd2015rapport.pdf
- Meron, Theodor, ”the Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination”, *American Journal of International Law*, vol 79 issue 2 (s. 283-318)
- Whittle, Richard. ”The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, *The European Law Review* (2002), volume 27, issue 3, pages 303-326

Nettdokumenter

- AAD Informasjonshefte ”Om tilsetting av funksjonshemmede/yrkeshemmede i staten” (2001)
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/aad/bro/2001/0003/ddd/pdfv/138198-tilsetting.pdf>
- Arbeids- og sosialdepartementet, *IA –avtalen 2014-2018*,
https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/inkluderende_arbeidsliv/ia-avtalen-2014-18/IA-avtalen-2014-2018/id752432/ (lest: 22.03.2017)
- Kierulf, Anine Norsk lovkommentar av GrL § 92, sist endret 15.11.2016
<https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gL18140517z2EzA792?noteid=gN18140517z2E197A3,gN18140517z2E197A2> (sjekket 1. April 2017).
- KMD, *Mangfoldsrekruttering – Råd om god praksis i ulike faser av rekrutteringsprosessen*.
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/apa/mangfoldsrekruttering.pdf>
- KMD, *Relevant lov- og regelverk, 23.06.2015*
<https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/Statlig-arbeidsgiverpolitikk/arbeidsgiverpolitikk/inkludering-og-mangfold-i->

[staten/inkluderende-arbeidsliv-i-staten/ia-i-staten---lover-avtaler-og-andre-bestemmelser/id2394315/](#) (lest: 22.03.2017)

- KMD, Statens personalhåndbok 2017, <https://lovdata.no/dokument/SPH/sph-2017>
- NAV, Inkluderingsstilsudd, (sist endret 05.05.2017)
<https://www.nav.no/no/Person/Arbeid/Oppfolging+og+tiltak+for+a+komme+i+jobb/Tiltak+for+a+komme+i+jobb/Relatert+innhold/inkluderingsstilsudd>
- NAV, midlertidig lønnstilsudd, (sist endret; 03.05.2017)
<https://www.nav.no/no/Person/Arbeid/Oppfolging+og+tiltak+for+a+komme+i+jobb/Tiltak+for+a+komme+i+jobb/Relatert+innhold/tidsbegrenset-l%C3%B8nnstilsudd#chapter-1>
- Regjeringen, ”traineeprogrammet i staten 2017-2018- Informasjon til virksomheter”, 1.12.2016
https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/Statlig-arbeidsgiverpolitikk/arbeidsgiverpolitikk/inkluderings-og-mangfold-i-staten/traineeprogram_stat2016/id2402176/
- Regjeringen, ”Samlet oversikt over diskrimineringsforbudene”
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/samlet-oversikt-over-diskrimineringsforb/id88375/> (sist endret: 06.03.2005) (lest: 04.04.2016)
- Statistisk Sentralbyrå, *44 prosent av de funksjonshemmede i arbeid*, (2. september 2016), <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/akutu> (lest 21. mars 2017)
- 17/03006 HIOA sitt høringssvar til utkast om ny forskrift om lov om statens ansatte.

Lov register

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov
- Lov 2. Oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Lov av 4. februar 1977 nr. 4 1977 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.
- Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven – tjml)
- Lov 17 juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)
- Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings-og tilgjengelighetsloven- dtl.)

Forskrift

- Forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til lov om statens tjenestemenn m.m.
- KMD, Høringsnotat- utkast til forskrift til lov om statens ansatte (10. april 2017).
https://www.regjeringen.no/contentassets/054d0507978247c5814c080889a2d080/horingsnotat_forskrift_statsansatteloven_april17.pdf

Forarbeider/etterarbeider

- Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m
- Ot.prp.nr.44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- Prop.106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13.desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.
- Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. Desember.
- Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
- Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll-og konstitusjonskomiteen fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.
- Prop. 94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)
- Prop.81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling og diskrimineringsloven)

Utredninger

- NOU 1993: 18 Lovgivning av menneskerettighetene

- NOU 2003:2
- NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern
Diskrimineringslovutvalgets utredning om et samlet diskrimineringslov,
grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK, 2009-06-19

Rundskriv

- Rundskriv G-45/99, jnr 99/07350 E, Dato: 31 mai 1999,
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/g-4599/id108526/>

Rettspraksis

- Rt. 2000 s. 1602
- Rt. 2000 s. 1811
- Rt. 2001 s. 418
- HR- 2016-2554-P
- HR-2016-2591-A
- Sivilombudsmannen, Sak 2014/2472 – 27 februar 2015.

EU traktater

- Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306, 17.12.2007, p. 1-271

EU praksis

- C-450/93 (Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen.) Judgement of the Court of 17 oktober 1995, ECR I-3051
- C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen. (11 November 1997) ECR I-6363
- C-158/97 (Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen) (28 Mars 2000) ECR I-1875

- C- 407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist. (6 juli 2000)
- C-476/99 (Lommers) Judgment of the Court of 19 Mars 2002.
H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECR I-2891
- Case C-303/06, S.Coleman v Attridge Law and Steve Law (17 juli 2008) ECR I-05603.)
- C-366/10, judgement of the Court (Fourth Chamber) of 21 December 2011. Air Transport Association of America and Others V Secretary of State for Energy and Climate Change.
- Kaltoft, Case C-354/13, Kaltoft, Opinion of Advocate General Jääskinen delivered on 17 July 2014, EU:C:2014:2106.)
- C-363/12, judgement of the Court (Fourth Chamber) of 18 March 2014. Z. v A Government department and The Board of management of a community school.

EU kommisjonen

- De Vos, Marc, *Beyond formal equality- Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*. En rapport skrevet om tolkningen av direktivene for den Europeiske Kommisjonen, juni 2007
- Kommisjonen for det europeiske fellesskapet (1999) 565 Endelig Forslag til Rådets direktiv om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv – CNS 99/0225/
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/HIS/?uri=CELEX:32000L0078&qid=1485869029753>)
- Kommisjonen for det europeiske fellesskapet (2000) 652 endelig, Ændret forslag til rådets direktiv om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
[http://www.eu.dk/samling/19991/kommissionsforslag/KOM\(1999\)0565/forslag/1186713/1442117.pdf](http://www.eu.dk/samling/19991/kommissionsforslag/KOM(1999)0565/forslag/1186713/1442117.pdf)

EU Parlamentet

- European Parliament Report, A8-0225/2016, dato: 01.07.2016.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0225+0+DOC+XML+V0//EN>

EU

- 86/379/EEC: Council Recommendation on 24 July 1986 on the Employment of disabled people in the Community. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31986H0379>
- Council Resolution of 17 June 1999 on equal employment opportunities for people with disabilities, *OJ C 186, 2.7.1999, p. 3–4*,
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0702\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0702(01))
- Council Decision concerning the conclusion by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2010/48/EC of 26 November 2009 (OJ 2010 L 23, p. 35) ('the UN Convention').
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0048&rid=1>.
Se også <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1138&langId=en>

EFTA – domstolen

- E-1/02 – EFTA Surveillance Authority v The Kingdom of Norway. (2003) EFTA Ct. Rep. 1

EU Direktiv

- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. (rammedirektivet)
Danske oversettelse: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0078>
- Direktiv 76/207/EEC av 9 februar 1976

Internasjonale konvensjoner

- UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities: resolution/adopted by the General Assambly*, 24 Januar 2007, A/RES/61/106
- ”Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne”, 13. desember 2006 nr 34 Multilateral,
https://lovdata.no/pro/#document/TRAKTAT/traktat/2006-12-13-34/KAPITTEL_1
- UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, 16 Desember 1966, United Nations Treaty Series, vol. 993, p. 3
- UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 desember 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171
- Wien-konvensjonen om traktatretten, 23 mai 1969, vol. 1155, I-18232
- European Social Charter (revised), Strasbourg, 03/05/1996, EST No. 163
- The European Convention on Human Rights, Roma 4. November 1950

FNs kvinnekomitè (CEDAW)

- General recommendation No. 25 § 23

SP

- SP-komiteen General Comments No. 18
<http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>

ØSK

- ØSK-komiteen General Comments (1990) nr. 3 § 10
- ØSK- komiteen General Comments no. 5 § 5 og 6,
- ØSK General Comment No. 16 § 10,§15
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11
- ØSK General Comments (2005) No.18