



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

10/508

Dato:

11.03.2013

Ombudets uttalelse

Saken gjaldt spørsmål om en offentlig etats opprettelse av stillinger som trainee for personer med ikke-vestlig bakgrunn var i strid med diskrimineringsloven.

Ombudet kom til at etatens opprettelse av stillingene var i strid med diskrimineringsloven. Traineeprogrammet oppfylte ikke vilkårene for såkalt positiv særbehandling i diskrimineringsloven § 8.

Saksnummer: 10/508

Diskrimineringsgrunnlag: etnisitet

Lovgrunnlag: diskrimineringsloven § 4, jf. § 8

Dato for uttalelse: 5. februar 2013

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Saken gjelder spørsmål om As opprettelse av traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn er i strid med diskrimineringsloven § 4. Ombudet mottok våren 2010 to

henvendelser fra personer som ønsket at ombudet skulle vurdere om As utlysning av åtte stillinger som trainee publisert på nettstedet www.manpower.no (annonse-ID: XXXXXX), var lovlig.

A er organisert med et direktorat med fem underliggende regioner. Region Midt-Norge har 631 ansatte, hvorav fire har ikke-vestlig bakgrunn (0,6 prosent). Region nord har 763 ansatte, hvorav 19 har ikke-vestlig bakgrunn (2,5 prosent). Region sør har 1028 ansatte, hvorav 19 har ikke-vestlig bakgrunn (1,9 prosent). Region vest har 1175 ansatte, hvorav 48 har ikke-vestlig bakgrunn (4,1 prosent). Region øst har 1409 ansatte, hvorav 96 har ikke-vestlig bakgrunn (6,8 prosent). I B er det 247 ansatte, hvorav åtte har ikke-vestlig bakgrunn (3,2 prosent). Totalt i A er det 5253 ansatte. Av disse har 194 ikke-vestlig bakgrunn (3,7 prosent).

As traineeprogram ble opprettet for å skape økt mangfold i etaten, og inngår som ett av tiltakene i *Personalpolitikk i A Strategi for økt etnisk mangfold i A*. I strategien framgår det at etaten hadde som mål at andelen ansatte fra den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen i A som helhet, og B spesielt, skulle være på fem prosent innen 1. januar 2012. A har beregnet at den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen kom til å utgjøre 8,6 prosent av befolkningen som helhet pr. 1. januar 2012. As visjon er at andelen ansatte fra den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen skal være lik nivået ellers i befolkningen.

Formålet med opprettelsen av traineestillingene var todelt. For det første skulle ordningen tilrettelegge for å styrke minoriteters rettigheter. For det andre var formålet å gi et godt kvalitativt tilbud til brukerne av A.

A lyste ledig åtte stillinger som trainee fordelt på Region nord, Region Midt-Norge, Region sør og Region øst med søknadsfrist 15. april 2010. Traineeperioden varte fra august 2010 og til og med desember 2011, det vil si 18 måneder.

Arbeidsoppgavene ble i stillingsannonsen beskrevet slik:

«- Traineen vil få mulighet til å arbeide ved inntil 3 ulike arbeidssteder i A. Aktuelle arbeidssteder kan være barneverninstitusjon, omsorgssenter for enslige mindreårige asylsøkere, fosterhjemstjenesten, familievernkantor og fagteam.

- Arbeidsoppgaver kan blant annet være daglig omsorg for, og miljøterapeutisk oppfølging av, barn og unge ved våre sentre og institusjoner, deltakelse i familierapeutisk arbeid, parterapi og mekling, arbeid med fosterhjemsrekruttering og oppfølging av fosterhjem, og samarbeid med kommunalt barnevern om tiltak for enkelte barn og unge.»

Søkerne måtte ifølge stillingsannonsen oppfylle følgende krav:

«- Du må ha ikke-vestlig minoritetsbakgrunn (dvs. personer som har innvandret til Norge og har to foreldre som er født i enten Afrika, Asia med Tyrkia, Sør- og Mellom-Amerika eller tidligere Øst-Europa. I tillegg personer født i Norge og som har to foreldre som er født i et av de ovennevnte områder). Vennligst kryss av i det elektroniske søknadsskjema for om du har slik bakgrunn.

- Du må ha minimum 3-årig høyskole eller universitetsutdanning innen sosialfag, samfunnsfag, helsefag, eller pedagogisk fag, fortrinnsvis som barnevernpedagog, sosionom, vernepleier eller psykolog.

- Andre relevante fagkombinasjoner fra høyskole/universitet kan også være aktuelle.

- Både nyutdannede og kandidater med arbeidserfaring kan søke, men relevant utdanning bør være fullført for ikke mer enn to år siden.

- Du kan søke selv om du ikke er ferdig med utdanningen, men du må ha fullført graden innen ovennevnte fagområder når traineeperioden starter.

- Det kreves NOKUT (Nasjonalt organ for kvalitet i utdanningen)-vurdering av eventuell utenlandsk utdanning (se www.nokut.no).

- Du må ha gode skriftlige og muntlige kommunikasjonsevner.

- Det er en fordel med erfaring fra frivillige organisasjoner (for eksempel idrett, studentorganisasjoner o.l.)»

Det framkom også av kunngjøringen at personlige egenskaper ville bli vektlagt.

I stillingsannonsen ble det under overskriften «Vi tilbyr» opplyst følgende:

«- Arbeidserfaring både i familievernet og barnevernet ved inntil 3 ulike arbeidsteder.

- Individuell faglig oppfølging og tilpasset program.
- Egen veileder og mentor.
- Stillingene er midlertidige, men det er mulighet for fast jobb etter traineeperioden.
- Konkurransedyktig lønn som vurderes etter utdanning og erfaring. Stillingene er plassert i statlig lønnsregulativ i en av følgende stillingskoder:
 - Miljøterapeut kode 1489, sosionom kode 1494, barnevernpedagog kode 1495 eller vernepleier kode 1508 i lønnsramme 15 alt. 1 - 13, lønnstrinn 34 - 47 (kr 302 800 - 367 800 pr. år)
 - Førstekonsulent kode 1408 i lønnsramme 22 alt.1 - 13, lønnstrinn 36 - 48 (kr 310 700 - 374 200)
 - Psykolog kode 0794, lønnstrinn 47 - 60 (kr 367 800 - 463 000 pr. år)
 - Medlemskap i Statens Pensjonskasse som innebærer en god tjenestepensjonsordning, tilbud om boliglån til gunstig rente, samt yrkesskade- og gruppelivsforsikring.»

Alle regionene i A, med unntak av Region vest, som ikke deltar i ordningen, har ansatt to traineer. Traineeene er formelt ansatt på regionkontoret i sin region, men vil tjenestegjøre i ulike enheter i sin region i løpet av traineeperioden. Det utvikles individuelle program for hver enkelt av de åtte traineeene, som innebærer at det varierer hvor mange arbeidssteder traineeene skal ha og i hvilke enheter de skal jobbe.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at traineestillingene oppfyller vilkårene for positiv særbehandling i diskrimineringsloven § 8, og dermed er lovlig. Ifølge diskrimineringsloven anses særbehandling som fremmer lovens formål, ikke som diskriminering etter loven. Lovens formål er å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet mv.

Den aktuelle stillingsannonsen søker traineer til en nyopprettet traineeordning i A. Traineeordningen er opprettet som et tiltak i *Personalpolitikk i A Strategi for økt etnisk*

mangfold i A, og har som mål å øke andelen ansatte med ikke-vestlig bakgrunn i A. Dette er ønskelig fordi det er en underrepresentasjon av ansatte med slik bakgrunn i A. Etaten ønsker med ordningen å tilrettelegge for å styrke etniske minoriteters muligheter på arbeidsmarkedet generelt og i A spesielt. Barn, unge og familier med ulik etnisk bakgrunn bruker etatens tjenester. For å kunne gi alle brukerne et godt kvalitativt tilbud, ønsker etaten å rekruttere flere personer med ikke-vestlig bakgrunn. Brukere fra den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen er overrepresentert i barnevernet (Rapport fra SSB 2006/19, Innvandrerbarn i barnevernet 2004) og familievernnet (NOVA Skriftserie 5/2007, Regnbueprosjektet – en evaluering), mens ansatte fra den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen er underrepresentert. Dette gir en ubalanse mellom brukernes etniske bakgrunn og de ansattes etniske bakgrunn. I As Strategi for økt etnisk mangfold redegjøres det for andel ansatte med ikke-vestlig innvandrerbakgrunn på overordnet organisasjonsnivå i A.

Traineestillingene er midlertidige. Etter endt traineeprogram må kandidatene søke andre, ordinære stillinger dersom de ønsker å fortsette å arbeide i A. Traineestillingene er kun opprettet for det spesifikke formålet og kommer i tillegg til As ordinære stillingshjemler. A anser derfor ikke at opprettelsen av stillingene er uforholdsmessig inngripende overfor søkere som ikke har den etterspurte bakgrunnen, og dermed ikke som diskriminering etter loven.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med diskrimineringsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 2.

Diskrimineringsloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, jf. loven § 4 første ledd. Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunnlag som nevnt over blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Forskjellsbehandling som er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, jf. § 4 fjerde ledd, er tillatt.

I diskrimineringsloven § 8 er det regulert en adgang til positiv særbehandling. For at slik særbehandling skal være tillatt må særbehandlingen bidra til å fremme lovens formål. Ifølge diskrimineringsloven § 1 er lovens formål å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er nådd, jf. diskrimineringsloven § 8 annet punktum.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om As opprettelse av traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn er i strid med diskrimineringsloven § 4.

Det er ingen tvil om at ordningen forskjellsbehandler personer på grunn av deres etnisitet ved at personer som ikke faller innunder definisjonen "ikke-vestlig bakgrunn" er avskåret fra å søke på traineestillingene. Opprettelsen av stillingene er dermed i strid med diskrimineringsloven § 4, med mindre de likevel er tillatt etter unntaksbestemmelsene i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd eller § 8.

Unntakshjemmelen i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd omfatter både positiv og negativ forskjellsbehandling, mens § 8 bare gjelder positiv forskjellsbehandling som har til formål å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering. Den aktuelle saken gjelder et særtiltak som er opprettet for å styrke etniske minoriteters tilgang til arbeidslivet, gjøre A til en mer attraktiv arbeidsplass for personer med etnisk minoritetsbakgrunn og for at A skal møte sine brukergrupper på en bedre måte. Begrunnelsen som knytter seg til styrkingen av etniske minoriteters tilgang til arbeidslivet, er en problemstilling som typisk faller innunder regelen om positiv særbehandling etter diskrimineringsloven § 8. Ifølge forarbeidene til diskrimineringsloven vil også positiv forskjellsbehandling som begrunnes i hensynet til grupper som skal betjenes av de aktuelle personene falle innunder definisjonen positiv særbehandling, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119. Det er altså ikke et vilkår at bare de personene som omfattes av den positive særbehandlingen selv har behov for slik behandling. Ombudet vil derfor i det følgende vurdere om As traineeprogram oppfyller vilkårene for positiv særbehandling, jf. diskrimineringsloven § 8.

Det følger av ordlyden i § 8 at særbehandlingen må bidra til å fremme diskrimineringslovens formål, og at den må opphøre når formålet er nådd for å være lovlig. I tillegg må det

innfortolkes et krav om at det må være forholdsmessighet mellom tiltaket og det formål man ønsker å oppnå, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118.

Det første ombudet må ta stilling til er om As traineeprogram bidrar til å fremme diskrimineringslovens formål, det vil si om programmet bidrar til å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn, jf. lovens § 1.

Som nevnt ovenfor, følger det av lovens forarbeider at tiltak for å fremme grupper som skal betjenes av de aktuelle personene omfattes av bestemmelsen om positiv særbehandling. Spørsmålet er dermed om traineeprogrammet både er egnet til å gi As brukere med ikke-vestlig bakgrunn et bedre tjenestetilbud og dermed sikre like muligheter og rettigheter, og til å bedre personer med etnisk minoritetsbakgrunn sine muligheter på arbeidsmarkedet.

Ifølge As brosjyre er det ikke dokumentert at "etnisk matching" fører til bedre barnevernarbeid. I brosjyren vises det imidlertid til at

"barn og ungdom med flerkulturell bakgrunn har utbytte av å møte rollemodeller i barnevernet som 'forstår og behersker majoritetssamfunnets væremåter og minoritetssamfunnets ulike virkelighetsoppfatninger'."

A mener at flerkulturelle arbeidstakere på denne måten kan gi brukerne et større utbytte av de tjenestene A tilbyr. A trekker spesielt fram mindreårige asyløkere som en brukergruppe som ville ha særlig utbytte av ansatte med ikke-vestlig bakgrunn. A har også trukket fram at flere ansatte med ikke-vestlig bakgrunn vil bidra til å gi barnevernet og familievernnet økt legitimitet.

Selv om det ikke finnes dokumentasjon på at de offentlige tjenestene A tilbyr ville bli bedre med flere ansatte med minoritetsbakgrunn, finner ombudet at det er sannsynliggjort at opprettelsen av traineestillingene vil bidra til å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering. Større mangfold blant de ansatte i A vil etter ombudets vurdering kunne bidra til å gi barnevernet og familievernnet økt legitimitet blant personer med ikke-vestlig bakgrunn. Legitimitet blant brukere er en forutsetning for god og likeverdig tjenesteyting.

Ombudet finner at traineeordningen i tillegg vil bidra til å fremme likestilling ved at tiltaket kan bidra til å fremme mulighetene på arbeidsmarkedet for personer med ikke-vestlig bakgrunn. Statistikk A har lagt fram i saken viser at personer med ikke-vestlig bakgrunn er underrepresentert i etaten. Traineeprogrammet vil etter ombudets syn kunne motivere personer med ikke-vestlig bakgrunn til å søke stillinger i A. Programmet vil også gi deltakerne relevant arbeidserfaring og bedre forutsetninger for å konkurrere om stillinger i A ved senere anledninger.

Personer med ikke-vestlig bakgrunn kan møtes av barrierer på arbeidsmarkedet blant annet på grunn av fordommer og stereotype forestillinger, og like kvalifikasjoner innebærer ikke nødvendigvis like muligheter. Ombudet finner på denne bakgrunn at traineeprogrammet bidrar til å fremme lovens formål både overfor brukere og overfor arbeidssøkere.

Det neste ombudet må ta stilling til er om vilkåret om proporsjonalitet er oppfylt. For at den positive særbehandlingen skal være tillatt, må det være forholdsmessighet mellom tiltaket og det målet som ønskes oppnådd, som i dette tilfellet er mangfold i organisasjonen og bedre tjenesteyting overfor brukerne av A. I Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 209 uttales følgende om vurderingen som skal foretas:

«Dette må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle ved en helhetsvurdering, hvor det særlig må legges vekt på vedkommende gruppes behov for særtiltak, tiltakets egnethet for å oppnå formålet, om tiltaket får uheldige konsekvenser for andre personer/grupper og i så fall om det finnes alternative måter å oppnå formålet på som ikke har slike uheldige virkninger.»

I Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118 vises det til at tiltak som utelukkende tar sikte på å redusere diskriminerende barrierer vil være uproblematisk sett opp mot forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas. Som eksempler på virkemidler nevnes i den sammenheng utlysning av stillinger i etniske minoriteters tidsskrifter og aviser, representasjon av etniske minoriteter i ansettelsesråd, etablering av interne og eksterne klageprosedyrer for mistanke om etnisk diskriminering, opprettelse av likestillingsutvalg, oppfordre innvandrere til å søke stillinger og sikre at et visst antall innvandrere blir kalt inn til jobbintervju.

Videre skriver departementet i proposisjonen på s. 118-119:

«Det er i disse tilfellene ikke snakk om å tildele rettigheter eller goder (for eksempel en jobb) på grunn av etnisk bakgrunn, men å styrke vedkommende sjanse til å oppnå godet, før beslutning treffes. Når beslutningen først treffes, tas det imidlertid ikke hensyn til etnisk bakgrunn. Slike 'indirekte' virkemidler (for eksempel språkkurs, kompetansetiltak, bistand til utforming av søknad mv.) vil som regel være uproblematisk i forhold til bestemmelsen om positiv særbehandling. Selv om slik assistanse utgjør en viss form for forskjellsbehandling, medfører den ikke nødvendigvis ulemper for andre personer eller grupper av personer.

Det er først og fremst når etnisitet vektlegges ved selve tildelingen av godet, at forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsen kan sette grenser for hvor langt det er tillatt å gå. Eksempler på dette er øremerking av stillinger for etniske minoriteter (radikal kvotering), eller at en arbeidsgiver formelt foretrekker etniske minoriteter ved ellers like kvalifikasjoner (moderat kvotering). Det presiseres at etnisiteten i disse tilfellene ikke har betydning for vedkommendes egnethet for stillingen, for eksempel på grunn av språkkunnskaper eller kulturell kompetanse. Kvoteringsordninger vil som oftest begrense andre personers muligheter, og vil dermed lettere anses som uforholdsmessige tiltak. Hvor grensen går vil måtte fastsettes nærmere i forvaltnings- og rettspraksis.»

Det foreligger ingen praksis om øremerking av stillinger eller traineestillinger som er forbeholdt etniske minoriteter fra Likestillings- og diskrimineringsombudet eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Spørsmålet er heller ikke behandlet av norske domstoler.

Det følger av lovens forarbeider at bestemmelsen må tolkes i lys av utviklingen i internasjonal praksis knyttet til FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) og tolkes og anvendes med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 120.

EUs Rådsdirektiv 2000/43/EF (rasedirektivet) har en bestemmelse om positiv særbehandling i artikkel 5. Artikkelen lyder:

”For at sikre fuld ligestilling i praksis er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager specifikke foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opvejde ulemper knyttet til race eller etnisk oprindelse.”

Rasedirektivet er ikke en del av EØS-avtalen, men det framgår av Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 36 at det har vært et ønske å innarbeide direktivet i norsk rett med diskrimineringsloven.

Ombudet er ikke kjent med at tilsvarende saker har blitt vurdert etter Rasedirektivet av EF-domstolen. EF-domstolen har imidlertid behandlet en rekke saker om lovligheten av positiv særbehandling til fordel for kvinner etter tidligere rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomførelse af prinsippet om likebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbeidsvilkår (likebehandlingsdirektivet).

Likebehandlingsdirektivet er en del av EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven.

I EF-domstolens saker C-450/93 («Kalanke»), C-409/95 («Marschall»), C-158/97 («Badeck») og C-407/98 («Tham»/«Abrahamsson») var det spørsmål om det å foretrekke det underrepresenterte kjønn ved ulike ansettelser ville stride mot direktivets artikkel 2 (1) og (4). Likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) lød slik:

Prinsippet om likebehandling i henhold til nedestående bestemmelser innebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted paa grundlag af køn, verken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægtekabelig eller familiemæssig stilling.»

Artikkel 2 (4) lød slik:

«Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.»

Det er kun de dommer som var avsagt da EØS-avtalen ble inngått i 1992 som omfattes av EØS-avtalen artikkel 6, som fastslår at bestemmelser som innholdsmessig er like med tilsvarende bestemmelser i EU-retten, skal tolkes i samsvar med de avgjørelser som har relevans. EF-domstolens praksis etter dette vil likevel være en sentral tolkningsfaktor, jf. ODA-avtalen artikkel 3 og Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 12 og 41.

EF-domstolen har i sine avgjørelser om positiv særbehandling på grunn av kjønn etter direktiv 76/207/EØF anvendt artikkelen om positiv særbehandling som en unntaksregel fra likebehandlingsprinsippet.

I Kalanke-saken uttalte domstolen at artikkel 2 (1) og (4) i likebehandlingsdirektivet var til hinder for en nasjonal lovgivning som ga kvinner en absolutt og ubetinget fortrinnsrett på områder der kvinner var underrepresentert når søkerne av forskjellig kjønn var like godt kvalifiserte. En slik ordning rakk etter domstolens syn videre enn til å fremme like muligheter.

I Marschall-saken uttalte domstolen at likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) og (4) ikke var til hinder for at en nasjonal regel innenfor det offentlige som ga fortrinnsrett til kvinner, så fremt det i den aktuelle stillingsgruppen var underrepresentasjon av kvinner. Søkerne som var av forskjellig kjønn måtte være like kvalifisert mht. egnethet, kunnskaper og faglig innsats. Fortrinnsretten skulle gjelde, med mindre det var forhold knyttet til den mannlige søker som veide tyngre. Det ble også forutsatt at kriteriene ikke var diskriminerende overfor kvinnelige søkere. Ordningen garanterte således at det ble foretatt en objektiv og individuell vurdering av mannlige søkere også.

Badeck-saken reiste spørsmål om lovligheten av ulike tiltak som innebar positiv særbehandling av kvinner. Domstolen kom til at likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) og (4) ikke var til hinder for at kvinner ble gitt fortrinnsrett til stillinger innenfor offentlig forvaltning dersom en kvinnelig og mannlige søker er likt kvalifisert og kvinner var underrepresentert. Vilkåret var videre at det ikke var mer tungtveiende rettslige grunner for et annet resultat og at søkerne ble bedømt objektivt ut fra deres særlige, personlige forhold.

Videre fant domstolen at det ikke var i strid med direktivet at tidsbegrensede stillinger på det vitenskapelige område og for vitenskapelige assistenter minst skulle besettes av en andel kvinner som var like stor som andelen kvinnelige kandidater, doktorander og studenter innenfor det aktuelle fagområdet.

Domstolen tok deretter stilling til om det var i strid med direktivet å tildele minst halvparten av utdanningsplassene til kvinner i fag innenfor offentlig sektor der kvinner var

underrepresentert. Domstolen vektla at andelen menn kunne økes dersom det ikke var tilstrekkelig med kvinnelige søkere. Ordningen innebar ikke at det ble innført en fast kvote. Videre uttalte domstolen følgende:

«Den i hovedsagen omhandlede bestemmelse må ses som uttrykk for en innskränkende fortolkning af begrebet lige muligheder for kvinder. Det er ikke tale om stillinger, som forbeholdes kvinder, men om uddannelsespladser, der skal give mulighed for at opnå de nødvendige kvalifikationer til senere at få adgang til kvalificeret arbejde i den offentlige forvaltning.» (premiss 52)

Videre la domstolen vekt på at kvoten gjaldt utdanningsplasser hvor ikke bare staten tilbød utdanning, men hvor det også fantes plasser i privat sektor der menn ikke var utelukket fra plassene. Ordningen var en del av en rekke tiltak som tok sikte på å fjerne årsakene til at kvinner har dårligere muligheter til arbeid. Kvoteringsordningen ble av domstolen ansett å være i tråd med direktivet.

Videre kom domstolen til at ordningen som garanterte at kvinnelige søkere – på områder hvor kvinner er underrepresentert – ble innkalt til en samtale forut for ansettelsen, var lovlig. Vilkåret var at kvinnene var like godt kvalifiserte som de mannlige søkerne. Domstolen understreket at formålet var å fremme like muligheter for kvinner og menn.

Til sist fant domstolen at en oppfordring til at det tas hensyn til at minst halvparten av medlemmene i organer som representerer arbeidstakere, i representantskap og styreverv skulle være kvinner, ikke var i strid med direktivet. Bestemmelsen hadde karakter av en programerklæring, var ikke bindende og kunne ikke anvendes på verv som tildeles etter avholdt valg.

I Abrahamsson/Tham-saken kom domstolen til at likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) og (4) var til hinder for en nasjonal lovgivning som fastslo at søkere til statlige stillinger som har tilstrekkelige kvalifikasjoner, og som tilhører det underrepresenterte kjønn, skulle foretrekkes framfor en søker av den motsatte kjønn, som ellers ville blitt ansatt. Lovgivningen ga søkere fra det underrepresenterte kjønn en automatisk fortrinnsrett når forskjellen i kvalifikasjoner ikke var så stor at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved utnevnelsen.

Det hadde ikke betydning om den positive særbehandlingen var begrenset til et visst antall stillinger som var opprettet som ledd i en plan for å få en likere kjønnsfordeling. Domstolen slo imidlertid fast at det ikke var i strid med direktivet

«at en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en medansøger af det modsatte køn, når ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, forudsat at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgers særlige, personlige forhold.»

I Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 44 skriver departementet følgende om hvordan dommene forstås:

«Både Kalankesaken, Marschallsaken og Badecksaken tar stilling til såkalt 'moderat kvotering', dvs. at kvinner bare går foran menn hvis de er like godt (eller tilnærmet like godt) kvalifisert. Europakommisjonen har utledet enkelte konklusjoner med utgangspunkt i de tre første dommene. Det framholdes for det første at tiltak som faller inn under positiv særbehandling skal anses som unntak fra likebehandlingsprinsippet. For det andre gjelder denne unntaksadgangen i artikkel 2 (4) bare tiltak som har til hensikt å eliminere eller redusere faktiske forskjeller mellom kjønnene. For det tredje konkluderes det med at automatisk fortrinnsrett til kvinner når det gjelder ansettelse eller forfremmelse på områder hvor de er underrepresentert ikke er tillatt. Dette må ses i sammenheng med at EF-domstolen har slått fast at positiv særbehandling skal være et middel for å oppnå like muligheter og ikke likt resultat. Til sist konkluderes med at fortrinnsrett kan tillates dersom den nasjonale regelen ikke gir automatisk fortrinnsrett og regelen garanterer like godt kvalifiserte mannlige søkere en objektiv vurdering av deres situasjon der en tar i betraktning alle kriterier som knytter seg spesifikt til hver enkelt kandidat uavhengig av kjønn.

Den siste avgjørelsen (Tham-saken) omhandler spørsmålet om radikal kvotering (C-404/98). Saken gjaldt bruk av radikal kvotering ved tilsetting av et bestemt antall professorater og rekrutteringsstillinger ved universitetene i Sverige. Domstolen framholdt at både likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4) og Amsterdamtraktaten 141 fjerde ledd er til hinder for nasjonale regler som pålegger radikal kvotering. Det kan synes som om det ikke er adgang til å anvende radikal kvotering av denne type selv om ordningen er begrenset til et bestemt antall stillinger eller ledd i en plan for anvendelse av positiv særbehandling for institusjonen. Denne dommen ser med andre ord ut til å stenge for radikal kvotering. Dommen slår imidlertid fast at moderat kvotering ikke strider mot likebehandlingsdirektivet eller Amsterdamtraktaten. Noen

prinsipper kan utledes fra denne dommen: I tillegg til at det ikke må være snakk om en automatisk fortrinnsrett, og at søkeres kvalifikasjoner må vurderes objektivt der det tas hensyn til de individuelle forhold ved hver enkelt søker, må vurderingen av søkeres kvalifikasjoner gjøres med utgangspunkt i klare kriterier. Videre må den positive særbehandlingen stå i forhold til de mål man ønsker å oppnå (proporsjonalitet).»

I EFTA-domstolens sak E-1/02 («Universitetet i Oslo») fant domstolen at siste setning i universitetsloven § 30 nr. 3 var i strid med direktiv 76/207/EØF. Saken gjaldt spørsmål om øremerking av permanente og midlertidige vitenskapelige stillinger ved Universitetet i Oslo. Domstolen uttalte at det bare kan tillates unntak fra likebehandlingsprinsippet dersom reglene er tilstrekkelig fleksible til at de sikrer en balanse mellom ønske om særbehandling og muligheten for kandidater fra det motsatte kjønn til å få sin situasjon objektivt vurdert. Videre uttalte domstolen at det i prinsippet må være en mulighet for den best kvalifiserte søkeren å få stillingen.

Norge viste til Badeck-saken i Universitetet i Oslo-saken og anførte at postdoktorstillinger er midlertidige stillinger som skal gi doktorander mulighet til å kvalifisere for permanente vitenskapelige stillinger. Anførselen førte ikke fram og domstolen bemerket følgende i den forbindelse:

«As the Commission of the European Communities has emphasized, the Court of Justice of the European Communities has drawn a distinction between training for employment and actual places in employment. With regard to training positions, it has relied on a restricted concept of equality and opportunity allowing the reservation of positions for women, with a view to obtaining qualifications necessary for subsequent access to trained occupations in the public service (*Badeck, cited above, at paragraphs 52 and 55*). The Court finds that even for training positions, the law requires a system that is not totally inflexible. Moreover, alternatives for post-doctoral positions in the private sector appear to be rather limited. »

Domstolen uttalte videre at den aktuelle bestemmelsen i universitetsloven gikk lengre enn den svenske lovgivningen i Abrahamsson-saken. Norge anførte også at de aktuelle stillingene var nyopprettede, og at menn dermed ikke ble dårligere stilt enn dersom de øremerkede stillingene ikke var blitt opprettet. Til dette bemerket domstolen følgende:

«The Court notes, however, that it is unlikely that newly created professorship posts would be allocated to specific disciplines, subjects or institutions without an evaluation of already existing posts, or without regard to future needs and expected consequential adjustment of teaching or research staff. It therefore appears that the earmarking scheme will have an impact on the number of future vacancies open to male applicants in any field in which it has been applied.»

EF- og EFTA-domstolens dommer har trukket opp grensene for proporsjonalitetsvurderingen i saker om positiv særbehandling av kvinner ved ansettelse. Formålet må være å fremme like muligheter, og ikke resultatlikhet. Gjennom disse dommene kan det videre utledes at automatisk og ubetinget fortrinnsrett for kvinner til stillinger var i strid med direktiv 76/207/EØF. Det må være en åpning for at en slik fortrinnsrett ved like kvalifikasjoner fravikes dersom det foreligger mer tungtveiende rettslige grunner for et annet resultat. Det stilles krav om at samtlige søkere skal gis en objektiv og individuell vurdering, slik at det er en mulighet for den best kvalifiserte søkeren å få stillingen. Adgangen til fortrinnsrett kan synes å være noe lempeligere for såkalte utdanningsplasser – hvor formålet er å oppnå nødvendige kvalifikasjoner for senere å få tilgang til arbeid – som igjen skal bidra til like muligheter for kvinner og menn. EFTA-domstolens sak E-1/02 stiller imidlertid også for slike stillinger krav om en viss fleksibilitet.

Det rettslige grunnlaget har senere endret seg noe. Likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (4) ble endret ved direktiv 2002/73/EEC (endringsdirektivet) av 23. september 2002. Ordlyden i ny artikkel 2 (8) lød slik:

«Medlemsstaterne kan opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med traktatens artikkel 141, stk. 4, for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder.»

Amsterdamtraktatens artikkel 141 (4) lyder slik:

«For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.»

Likebehandlingsdirektivet ble sammen med flere andre direktiver om kjønnslikestilling forenklet og samlet i rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomførelse av prinsippet om like muligheter for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejding/recast). Endringsdirektivets artikkel 2 (8) er nå videreført i artikkel 3 i recastdirektivet (2006/54/EC).

Bestemmelsen om positiv særbehandling på grunn av kjønn ble altså endret slik at direktivet henviser direkte til Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4). Ombudet kjenner ikke til at domstolen har behandlet saker om positiv særbehandling etter endringsdirektivet eller recastdirektivet.

Ordlyden i rasedirektivet artikkel 5 har store likhetstrekk med Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4).

Hvorvidt endringen i ordlyden er ment å endre rettstilstanden ved at prinsippene utviklet av EF-domstolen skal settes til side går ikke fram av fortalen til direktivene. Etter det ombudet kjenner til, er dette heller ikke tatt opp i forarbeidene til direktivet. Generaladvokaten har i flere saker for EF-domstolen argumentert for at artikkel 141 (4) skulle medføre en større adgang til bruk av særbehandlingstiltak. Domstolen har imidlertid ikke sluttet seg til en slik forståelse. EF-domstolen uttalte i Abrahamsson/Tham-saken:

«Det skal hertil blot bemærkes, at selv om artikel 141, stk. 4, EF giver medlemsstaterne beføjelse til at opretholde eller vedtage foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere, for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, kan det ikke heraf udledes, at en udvælgelsesmetode som den i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet, er tilladt i medfør af denne bestemmelse.» (premiss 55)

I EF-domstolens sak C-319/03 («Briheche») uttalte domstolen følgende om forståelsen av Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4):

«Uafhængig af spørgsmålet, om positive handlinger, der ikke kan tillades i henhold til direktivets artikel 2, stk. 4, muligvis kan være tilladt i henhold til artikel 141, stk. 4, EF, er det tilstrækkelig af fastslå, at i henhold til den sidstnævnte bestemmelse må medlemsstaterne ikke vedtage betingelser for adgang til offentlig beskæftigelse som

de i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet (jf. i denne retning Abrahamsson og Andersson-dommen præmiss 55).»(premiss 31)

Det må således stilles krav om forholdsmessighet også etter en vurdering av Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4).

Ombudet finner etter dette at endringen i ordlyden ikke er så klar og tydelig at den kan sette til side de prinsippene som er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Selv om reelle hensyn kan tale for at opprettelse av traineestillinger i særlige tilfeller burde være tillatt, kan ikke slike hensyn sette til side en etablert praksis.

Ombudet finner på denne bakgrunn at forskjellen i ordlyden i det tidligere rådsdirektiv 76/207/EØF og endringsdirektivene ikke medfører at innholdet i proporsjonalitetskravet er endret.

Spørsmålet etter dette blir hvilken relevans dommene fra EF- og EFTA-domstolen etter direktiv 76/207/EØF om kjønnsdiskriminering har når det gjelder tolkningen av diskrimineringsloven § 8 om positiv særbehandling på grunn av etnisitet.

Ombudet finner at dommene fra EF- og EFTA-domstolen når det gjelder positive særtiltak på kjønn må anvendes som en tolkningsfaktor i den aktuelle saken. Det er presisert i forarbeidene til diskrimineringsloven at det må innfortolkes et krav til proporsjonalitet i § 8. Uttalelser i forarbeidene tyder på at vurderingen av proporsjonalitet skal foretas på tilsvarende måte som etter likestillingsloven, og herunder praksis fra EF- og EFTA-domstolen. Det er få andre rettskilder å bygge på og bestemmelsen i diskrimineringsloven har hovedsakelig lik oppbygning som bestemmelsen om positiv særbehandling i likestillingsloven. Ombudet kan dessuten vanskelig å se at det finnes hensyn som tilsier at vilkåret om proporsjonalitet skal tolkes vesentlig forskjellig etter de to lovene. Harmoniseringshensyn taler derimot for at proporsjonalitetsvilkåret i utgangspunktet tolkes likt etter de to lovene.

Etter ombudets vurdering er det ingen EF-rettslige kilder som taler for at direktivenes bestemmelser om positiv særbehandling skal tolkes som en forpliktelse. Ombudet finner heller

Side 17 av 20

ikke at det foreligger andre rettskilder som pålegger en etat som A en plikt til å iverksette tiltak som det aktuelle.

FNs Rasediskrimineringskonvensjon (RDK) regulerer positiv særbehandling i artikkel 1 (4) og 2 (2). Bestemmelsen i artikkel 1 (4) pålegger ikke særtiltak, men gir adgang til det. Ordlyden i artikkel 2 (2) pålegger statene i visse tilfeller å iverksette positive særtiltak.

Rasediskrimineringskomiteen, som overvåker statenes etterlevelse av RDK, har i generell anbefaling nr. 32 uttalt at positive særtiltak blant annet må «respect the principles of (...) proportionality». Komiteen utdyper ikke nærmere hva som ligger i dette vilkåret. Ombudet er ikke kjent med at det foreligger uttalelser fra komiteen som presiserer dette nærmere. Ombudet finner dermed ikke grunnlag for å fastslå at det foreligger motstrid mellom EF-rettslige kilder og RDK.

Ombudet går så over til å vurdere om opprettelsen av traineestillingene er i overensstemmelse med vilkåret til proporsjonalitet.

I den aktuelle saken er det tale om et begrenset antall tidsbegrensede traineestillinger, som har som formål å bedre personer med ikke-vestlig bakgrunn sin stilling på arbeidsmarkedet og øke kvaliteten på tjenestene som gis. Stillingene kommer i tillegg til øvrige stillingshjemler i A. Øvrige stillinger i etaten er etter det ombudet kjenner til åpne for alle kvalifiserte søkere uavhengig av etnisitet. Opprettelsen av stillingene er et ledd i en strategi for økt etnisk mangfold i A. Stillingene stiller tilsynelatende ordinære krav til kvalifikasjoner, traineene gis konkurransedyktig lønn og skal utføre ordinære arbeidsoppgaver i et begrenset tidsrom. Stillingene er midlertidige med en relativt lang varighet på 18 måneder. Det som i hovedsak skiller traineestillingene fra andre midlertidige stillinger i etaten er at arbeidstakerne skal utføre arbeidsoppgaver på flere områder i etaten, men kan neppe karakteriseres som utdanningsplasser av den grunn. De aktuelle stillinger gir en absolutt og ubetinget fortrinnsrett for personer med ikke-vestlig bakgrunn. En slik øremerking av stillinger kan være til hinder for at den «best kvalifiserte» kandidaten får tilbud om stillingen, i og med at søkere uten den nevnte bakgrunnen er avskåret fra å søke stillingene, og tilfredsstillende sett ikke det nødvendige krav til fleksibilitet.

Det er ingen mulighet for at kandidater uten ikke-vestlig bakgrunn kan bli vurdert til stillingene dersom A for eksempel ikke skulle få tilstrekkelig med søkere eller andre tungtveiende grunner skulle tale for at andre kandidater burde tilbys en slik stilling.

A har derimot mulighet til å fremme likestilling i tråd med lovens formål gjennom mindre inngripende tiltak, så som for eksempel å oppfordre kandidater til å søke, innkalle til intervju og ansette ved tilnærmet like kvalifikasjoner, slik det også framgår at etaten allerede gjør. Alternativt må etaten sikre en større fleksibilitet ved opprettelse av lignende traineeprogrammer.

At stillingene kommer i tillegg til øvrige stillinger, og at slik sett stilles ingen dårligere enn før opprettelsen, kan ikke anses å være avgjørende, jf. EFTA-domstolens sak E-1/02.

Ombudet finner på denne bakgrunn at opprettelsen av traineestillingene ikke er tillatt etter diskrimineringsloven § 8.

Konklusjon

As opprettelse av traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn er i strid med diskrimineringsloven § 4, jf. § 8.

* * *

Ombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Dersom A velger ikke å bringe saken inn for nemnda, ber ombudet om en tilbakemelding på om A vil ta ombudets uttalelse til etterretning og legge den til grunn ved framtidige stillingsutlysninger. Ombudet ber om tilbakemelding innen **5. mars 2013**.

Oslo, 05.02.2013

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud