

Oslo tingrett – Dom

Likestillingsloven § 3, § 14.

Saken gjelder overprøving av et vedtak av Klagenemnda for likestilling. Anførsel om brudd på likestillingsloven ved at arbeidstidsbestemmelsene ikke ble praktisert likt for kabinansatte, som hovedsakelig er kvinner, og pilotene som i hovedsak er menn. Det ble anført at deltidsansatte kabinpersonell hadde dårligere arbeidsvilkår sammenliknet med deltidsansatte piloter. To hovedspørsmål; om det foreligger indirekte diskriminering i strid med likestillingsloven § 3, og om Nemnda har gått utenfor sin lovbestemte kompetanse i § 14.

Avsagt: 27.12.2005 i sak TOSLO-2003-20935

Saksgang: Oslo tingrett TOSLO-2003-20935.

Parter: Braathens AS (Advokat Tor S. Brustad) mot Staten v/Klagenemnda for likestilling (Advokat Fanny E. Platou Amble).

Dommere: Tingrettsdommer Torkjel Nesheim.

Saken gjelder overprøving av et vedtak av Klagenemnda for likestilling fattet 21 mars 2003 (LKN-2003-3).

Sakens bakgrunn:

Likestillingsombudet mottok i brev 2 mai 2001 en klage fra Privatansattes Fellesorganisasjon (PRIFO) vedrørende arbeidsvilkårene for deltidsansatte hos Braathens AS, nå SAS Braathens (heretter Braathens). I klagen ba PRIFO om at likestillingsombudet (heretter Ombudet) tok stilling til om Braathens brøt likestillingsloven ved at arbeidstidsbestemmelsene ikke ble praktisert likt for kabinansatte, som hovedsakelig er kvinner, og pilotene som i hovedsak er menn. Det ble anført at deltidsansatte kabinpersonell hadde dårligere arbeidsvilkår sammenliknet med deltidsansatte piloter.

I klagen ble det vist til at flygende personell i henhold til «Bestemmelser for sivil luftfart» (BSL) ikke kunne utføre tjeneste med mer enn 270-poeng, og at denne grensen også gjaldt for deltidsansatte piloter og kabinpersonale. Pilotene hadde imidlertid fått en avtale med Braathens om at de som hadde redusert arbeidstid fikk redusert poenggrensen tilsvarende. Det ble videre vist til at de kabinansatte hadde forsøkt å få en tilsvarende ordning, men at dette var avvist av arbeidsgiver. I følge PRIFO var det normale at 270-poeng grensen var den begrensende faktor når det gjaldt den enkeltes arbeidstid, slik en kabinansatt i 100 prosent stilling sjelden ville arbeide full arbeidstid regnet i timer fordi man nådde 270 poeng før dette. Dette ville imidlertid ikke være tilfelle med en 80 prosent stilling, noe som kunne medføre at en ansatt i 80 prosent stilling måtte arbeide like mange poeng som en på fulltid uten å gå utover arbeidsbegrensningen i antall timer, og flere timer enn piloter med tilsvarende stillingsreduksjon.

Bakgrunnen for klagen var at det i BSL, som er en forskrift fastsatt av Luftfartsverket med hjemmel i luftfartsloven, er gitt regler for flygende personell om flyge- og tjenestetider ved ruteflyging. Bestemmelsene gjelder både for piloter og kabinpersonale og er begrunnet i flysikkerhet. Etter BSL fastsettes tjenestetiden ut fra et poengsystem. Luftfartsselskapet skal etter BSL føre løpende regnskap med hvert enkelt av besetningsmedlemmenes poengbelastning og kontroll med flyge- og tjenestetiden (punkt 3.2 og 3.3.). Videre skal luftfartsselskapet opprette et system for planlegging av flyge- og tjenestetider som skal bygge på en tjenesteplan utarbeidet for hele perioder av 7 døgn og som omfatter besetningene til alle planlagte flyginger (punkt 4.1 – 4.3). Hver flygetjenesteperiode skal planlegges slik at et besetningsmedlem ikke overskrider 90 poeng under utøvelse av aktiv tjeneste under flyging frem til landing på bestemmelsesstedet (punkt 5.2). Videre må et besetningsmedlem ikke planlegges å gjøre tjeneste utover det som svarer til 270 poeng innenfor planleggingsperioden (7 døgnperioden, punkt 5.4). I punkt 6 i BSL er det gitt bestemmelser om hvor mange poeng besetningsmedlemmene belastets med per time under flygetjenesteperioder, per landing, under passiv tjeneste, under beredskapstjeneste, i hvileperioder og ved kryssing av tidssoner ved langdistanseflyginger m v.

I tillegg til reglene i BSL er det fastsatt regler i de respektive kollektivavtalene for piloter og kabinpersonale, som er fremkommet gjennom separate forhandlinger. De viktigste bestemmelsene i BSL, herunder 270-poenggrensen, er tatt direkte inn som en integrert del av tariffavtalene. Det er også tariffestet regler som på noen punkter fastsetter strengere begrensninger enn bestemmelsene i BSL, som inneholder minimumskrav.

For piloter med redusert arbeidstid i henhold til arbeidsmiljøloven § 46 A ble det inngått en lokal avtale mellom Braathens Flygeforening (BSF) og Braathens, jf protokoll 10 november 2000. I protokollen ble det lagt opp til to hovedordninger for flygere med redusert arbeidstid; enten redusert arbeidstid ved uttak av hele arbeidsperioder (5 dager) i løpet av en 9 ukers periode, eller redusert arbeidstid ved uttak av en dag per arbeidsperiode. For den sistnevnte ordningen, som er den omtvistede i saken, het det i punkt 1 og punkt 4:

«1 En dag pr arbeidsperiode legges ut som redusert arbeidstid.

...

4 Maksimum poengbelastning pr 4 dagers arbeidsperiode, ref. Bilag A 1.11., begrensens prosentvis tilsvarende redusert arbeidstid. (270 poeng – 17,15 % = 223 poeng).»

Braathens kabinforening (BSK) ba om møte med ledelsen i Braathens på bakgrunn av den protokollen som var inngått med pilotene om reduksjon av poengbelastningen tilsvarende reduksjonen i arbeidstid ved uttak av en dag per arbeidsperiode (såkalt 4/5 system). BSK krevde at samme poengberegning skulle benyttes for kabinansatte i 80 % stilling med 4/5 system. Det ble ikke oppnådd enighet mellom partene. I uenighetsprotokoll mellom partene av 27 februar 2001, het det:

«BSK hevder at pilotavtalen og kabinavtalen er sammenfallende i form at arbeids/fritidssystemet går over 9 uker og antall arbeidsperioder er identiske. De stilte seg uforstående til at selskapet har forskjellig praktisering, da både pilotene og kabinansatte omfattes av BSL.

Synnøve Bråthen svarte at pilotavtalen og kabinavtalen ikke er identiske, og at de er avvikende på en rekke viktige punkter, samt at endringer i avtalene som oftest finner sted i.f. m. forhandlinger. Protokollen med pilotene om poengbehandling ved utlegging i et 4/5 system, knytter seg til 4 dagers arbeidsperioder og ikke redusert stilling i en viss prosentats. Det er også viktig å merke seg at et 4/5 system for piloter og C/A (kabinansatte) gir forskjellig arbeidstidsprosent. Selskapets praktisering av redusert arbeidstid bryter ikke med BSL, verken i pilotenes eller kabinansattes nåværende avtale. Hun påpekte videre at selskapet uansett p.t. ikke har maskinelle systemer til å gjøre om dagens praktisering av redusert arbeidstid – 80% for kabinansatte. Denne gruppen utgjør mellom 150 – 200 personer, som i så fall måtte programmeres manuelt. Til sammenligning er det p.t. kun 3 piloter som programmeres etter et 4/5-system.»

Ombudet tok opp saken med Braathens. Braathens forsvarte ordningen i brev 15 juni 2001 og viste blant annet til de kabinansatte og pilotene hadde separate og på en rekke områder avvikende kollektivavtaler. Bestemmelsene om arbeidstid var et resultat av forhandlinger og ulike prioriteringer, som for lønn og andre betingelser. Tariffavtalene måtte sees under ett og at det ga et uriktig bilde å ta ut en enkeltbestemmelse av avtalen. PRIFO og Braathens utdypet etter dette sitt syn ytterligere i flere brev til Ombudet. Ombudet avgjorde klagen 10 september 2002 og konkluderte med «forskjellsbehandlingen av deltidsansatte piloter og deltidsansatte kabinansatte er i strid med likestillingslovens forbud mot indirekte diskriminering». Ombudet viste også til arbeidsgivers aktivitetsplikt, jf likestillingsloven § 1 a, og oppfordret partene til å fjerne forskjellsbehandlingen.

Braathens påklaget avgjørelsen til Nemnda i oktober 2002. Ombudet opprettholdt sin avgjørelse og saken ble oversendt Nemnda for avgjørelse. Klagen ble behandlet i nemndsmøte 17 januar 2003, hvor representanter for Braathens og PRIFO møtte, samt nestleder hos Ombudet. Nemnda traff vedtak i saken 21 mars 2003, og delte seg i et flertall på 4 medlemmer og mindretall på to medlemmer. Flertallet kom til at det var en ulik anvendelse av 270-poengs kravet i BSL for deltidsarbeidende piloter og deltidsarbeidende kabinansatte som var i strid med likestillingslovens forbud mot indirekte diskriminering, jf

lovens § 3 første, tredje og fjerde ledd. Flertallet fant at den ulike praktiseringen av poengkravet for de to yrkesgruppene hadde en kjønnskjev virkning og at forskjellsbehandlingen ikke var saklig begrunnet. Vedtaket lød slik:

«Kabinansattes deltidsstillinger i Braathens ASA blir indirekte diskriminert i strid med likestillingsloven § 3 første, tredje og fjerde ledd. Braathens ASA pålegges å bringe den diskriminerende praksisen til opphør, jf likestillingsloven § 13.»

Ved stevning 19 desember 2003 ble vedtaket brakt inn for Oslo tingrett til overprøving. Tilsvar ble etter utsettelse innsendt 1 april 2004. Under saksforberedelsen opplyste saksøkte at tingrettsdommer Jannicke Johannesen i Oslo tingrett var utnevnt som ny ordfører for Nemnda og ville representere saksøkte som partsrepresentant under hovedforhandlingen. Ved brev fra saksforberedende dommer til partene 5 november 2004 ble det satt frist for eventuelle innsigelser mot rettens habilitet til 22 november 2004. Det fremkom ingen habilitetsinnsigelser fra partene. Hovedforhandling ble gjennomført 7 – 9 november 2005. For SAS Braathens møtte seniorrådgiver Halfdan Haaland og for Klagenemnda møtte ordfører i nemnda, tingrettsdommer Jannicke Johannesen, som begge avga forklaring. De ble avhørt 5 vitner og for øvrig foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

SAS Braathens har i korte trekk anført, jf anførselskriv:

Anvendelsen av ulike lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere som utfører arbeid av ulik verdi er ikke i strid med likestillingsloven. I det foreliggende tilfelle kan ikke likestillingsloven § 3 anvendes uavhengig av de begrensninger som er fastsatt i likestillingsloven § 5. De aktuelle bestemmelser om arbeidstid faller inn under lønnsbegrepet i lovens § 5, og lønnen er fastsatt på samme måte for begge grupper, jf § 5 første ledd.

Det kan uansett ikke foretas en sammenlikning mellom arbeidstakere med ulike ansettelsesbetingelser. Ingen piloter er ansatt i deltidsstillinger, slik som de kabinansatte. Pilotene har redusert arbeidstid med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 46 A. Lovbestemt rett til redusert arbeidstid kan ikke sammenlignes med tariffestet rett til deltid, slik de kabinansatte har. Ordningene for redusert arbeidstid/deltid er forskjellige for piloter og kabinansatte. Hvis det i det hele tatt skal foretas en sammenlikning må det gjøres mellom arbeidstakere som har redusert arbeidstid med hjemmel i § 46 A og som tar ut ekstra fritid som enkelt dager.

Enkelt deler av arbeidstidsbestemmelser som fremstår som integrerte deler av ulike regelsett er ikke sammenliknbare. Reglene om arbeidstid er bygget opp helt ulikt i tariffavtalene for piloter og kabinansatte. Reglene for kabinansatte har en rekke begrensninger som pilotene ikke har. Videre kan ikke enkeltregler anvendes isolert, men må sammenliknes samlet sett.

Det er ikke fremlagt opplysninger som tilsier at anvendelsen av de ulike reglene medfører indirekte diskriminering, jf lovens § 16. Den diskriminerende handlingen er ikke opprettelsen av tariffavalen men anvendelsen av den. Det er ikke fremlagt opplysninger som tilsier eller har sannsynliggjort at den effektive utnyttelsen av kabinansatte på deltid er «bedre» enn for kabinansatte ansatte på heltid. Videre er det ikke fremlagt opplysninger som tilsier eller har sannsynliggjort at deltidsansatte kabinansatte kommer dårligere ut enn piloter med redusert arbeidstid etter § 46 A. Det er heller ikke fremlagt opplysninger som tilsier eller har sannsynliggjort at anvendelsen av de aktuelle bestemmelsene tilgodeser flest menn. Det er ikke nok at det foreligger en teoretisk mulighet for forskjellsbehandling. Det må påvises en reell kjønnskjev effekt av betydning, noe som ikke er gjort i denne saken.

Den påståtte forskjellsbehandling er uansett saklig begrunnet i objektive forhold, jf lovens § 3 fjerde ledd. Det å «utnytte» arbeidstiden så effektivt som mulig innen gjeldende regelverk er en saklig og kjønnsnøytral handling. At de aktuelle gruppene utfører helt ulike arbeidsoppgaver, har ulik utdannelse, lønn og betingelser for øvrig, er i seg selv tilstrekkelig saklig begrunnelse for forskjellsbehandling. I dette tilfellet må det tillegges avgjørende betydning at regelverket er fremkommet i frie forhandlinger mellom partene og at krav om nedsatt poenggrense aldri er fremsatt fra de kabinansatte i forbindelse med tarifforhandlingene, jf lovens § 5 første ledd.

Når det gjelder Nemndas kompetanse etter lovens § 14, jf punkt 2 i påstanden, anføres det at vedtaket er i strid med § 14 og ugyldig.

Både spørsmålet om det består en tariffavtale og om tariffavtalen er ugyldig faller inn

under Arbeidsrettens eksklusive kompetanse, jf arbeidstvistloven § 7 nr 2 og § 6 nr 1. Nemnda kan ikke treffe vedtak som i realiteten går ut på forbud mot anvendelsen av eller påbud om opprettelsen av en tariffavtale eller tariffbestemmelse. Rettens kompetanse er den samme som Nemndas. Nemnda kan bare gi pålegg dersom forholdet er individualisert. Nemnda kan da prejudisielt ta stilling til gyldigheten av tariffavtalen. Dersom saken ikke er individualisert kan Nemnda bare avgi en uttalelse. Arbeidsrettens kompetanse ble stående uendret etter endringen av likestillingsloven § 14 i 2002. De opprinnelige forarbeidene til likestillingsloven er derfor av interesse.

I dette tilfellet var saken ikke individualisert. Nemnda har i strid med lovens § 14 og grunnleggende tariffrettslige prinsipper truffet et bindende vedtak som pålegger tariffpartene et resultat for fremtiden. Det er opp til tariffpartene å skape nye tariffavtaler. Nemndas vedtak må vurderes ut fra en objektiv fortolkning av premissene og hvordan vedtaket er formulert. Vedtaket kan ikke tolkes slik Nemnda senere gjorde i det presiserende vedtaket. En slik tolkning av pålegget, at Braathens neste gang det skal inngås tariffavtaler må sørge for at de arbeidsvilkår som tilbys ikke innebærer forskjellsbehandling i strid med lovens § 3, har ikke holdepunkter verken i vedtaket eller premissene. Uansett er også en tolkning i samsvar med det presiserende vedtaket i strid med lovens § 14. Et pålegg om endring ved neste tarifforhandling innebærer også at tariffpartene pålegges et resultat for fremtiden.

SAS Braathens har nedlagt slik *påstand*:

1. SAS Braathens AS har rett til å avtale med pilotene at de ved deltidsarbeid i form av uttak av en fridag per arbeidsperiode har rett til en reduksjon av 270-poenggrensen i BSL tilsvarende reduksjonen i stillingsprosent, blant annet som i avtale av 10 november 2000, selv om de kabinansatte i 80 prosent deltidsstilling ikke får tilsvarende reduksjon av 270-poenggrensen.
2. Klagenemnda for likestillings vedtak av 21 mars 2003 kjennes ugyldig.
3. Det offentlige ved Klagenemnda for likestilling betaler sakens omkostninger tillagt forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Staten v/Klagenemnda for likestilling har i korte trekk anført, jf anførselskriv:

Vedtaket er ikke i strid med likestillingsloven § 14 tredje ledd. Det bestrides ikke at den praksis som anføres å være i strid med likestillingsloven § 3 springer ut av tariffavtaler. Pilotene har ved avtale 10 november 2000 fått en reduksjon i BSL-poeng ved visse former for deltidsarbeid, mens de kabinansattes tariffavtale ikke inneholder tilsvarende begrensning. At den omtvistede praksisen er forankret i tariffavtaler er imidlertid i seg selv ikke tilstrekkelig til å avskjære Nemndas vedtakskompetanse. Nemnda har således ikke truffet slik avgjørelse om tariffavtals gyldighet, forståelse eller beståen som etter arbeidstvistlovens § 7 nr 2 hører under Arbeidsrettens enekompetanse.

Pålegget i Nemndas vedtak er slik å forstå at saksøker, neste gang selskapet inngår tariffavtaler med sine ansatte, må sørge for at de arbeidsvilkår som tilbys de ulike gruppene ansatte ikke innebærer en forskjellsbehandling i strid med likestillingslovens 3. Pålegget griper således uansett ikke inn i eksisterende tariffavtaler i strid med lovens § 14.

Dersom retten tolker pålegget slik at det er ment å ha umiddelbar virkning, anføres at Nemnda bare har vurdert sammenhengen mellom to tariffavtaler, ikke tariffavtalenes gyldighet som sådan. Nemndas påbud er åpent formulert og binder ikke tariffpartene, men pålegger arbeidsgiver å bringe forholdet i orden. Det kan gjøres ved at arbeidsgiver tar initiativ å reforhandle kabinavtalen på det aktuelle punktet – en reforhandling og endring arbeidstakersiden gjennom klagen har vist vilje til – eller ved at arbeidsgiver ensidig praktiserer en tilsvarende ordning for kabinansatte.

Også i forhold til de materielle bestemmelsene i likestillingsloven § 3 og § 5 er Nemndas vedtak gyldig. Saksøker diskriminerer deltidsarbeidende kabinansatte sammenlignet med deltidsarbeidende piloter i strid med lovens § 3 tredje ledd og unntaksregelen i § 3 fjerde ledd kommer ikke til anvendelse. Gyldigheten av Nemndas vedtak må vurderes på grunnlag av de opplysninger som forelå da vedtaket ble fattet.

Pilotene er i det vesentlige menn, mens de kabinansatte i det vesentlige består av kvinner.

Poengbegrensningene i BSL-forskriften er for begge grupper vedkommende begrunnet i

sikkerhetshensyn. I forhold til BSL er de to ansattegruppene i sammenlignbare situasjoner. Tariffavtalen for pilotene anvender på dette punktet BSL ulikt for piloter og kabinansatte, ved at de oppstiller begrensninger i poengbelastningen ut over det BSL krever for piloter som arbeider deltid i form av uttak av én arbeidsdag pr arbeidsperiode, mens tilsvarende begrensning ikke er tatt inn i de kabinansattes tariffavtale. Dette muliggjør en høyere utnyttelsesgrad av kabinansatte enn av piloter, og har derved en kjønnskjev virkning i strid med § 3 tredje ledd.

Den «tilsynelatende kjønnsnøytrale handling» etter § 3 tredje ledd er inngåelse og anvendelse av tariffavtaler for så vidt gjelder reguleringen av BSL-forskriftens poenggrense. Tariffavtaler omfattes av handlingsbegrepet i § 3 tredje ledd.

Det bestrides ikke at piloter og kabinansatte utfører arbeid av ulik verdi, og derfor kan lønnes ulikt i henhold til lovens § 5. Arbeidstidsbegrensningsvilkåret saken gjelder omfattes imidlertid ikke av lønnsbegrepet i § 5. At saker med nær tilknytning til lønn vurderes utelukkende i forhold til § 3 illustreres blant annet av Nemndas avgjørelse LKN-2000-8 og LKN-1993-3. I lys av sin særlige kompetanse er for øvrig Nemndas tolkning av likestillingsloven i seg selv en rettskildefaktor av vekt.

Avgjørende i forhold til § 3 er at de to ansattegruppene er i sammenlignbare situasjoner i forhold til det omtvistede arbeidsvilkåret. Problemstillingen med redusert poengbelastning er den samme for begge gruppene. Nemnda har lagt til grunn at den ulike behandlingen ikke har sammenheng med at piloter og kabinansatte utfører ulikt arbeid eller arbeid av ulik verdi og saksøker har heller ikke søkt å begrunne forskjellsbehandlingen med dette, men med bl.a. ulik prioritering i forhandlinger og praktiskadministrative vanskeligheter.

Det må foretas en isolert vurdering av om det aktuelle arbeidsvilkåret utgjør forskjellsbehandling i strid med § 3 tredje ledd. Det kan ikke legges til grunn at det må foretas en sammenligning av de samlede arbeidsbetingelsene i de kollektive avtalene med henblikk på å fastslå om de kabinansatte totalt sett har «gunstigere» vilkår enn pilotene, da dette ville hindre en effektiv kontroll med anvendelsen av likebehandlingsprinsippet.

Saksøker har ikke under behandlingen for Nemnda sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen likevel var tillatt etter § 3 fjerde ledd. Det følger av forarbeidene at unntaksregelen skal fortolkes strengt. Etter bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16 er det saksøker som må sannsynliggjøre at det ikke foreligger forskjellsbehandling, eller at unntaksregelen i fjerde ledd kommer til anvendelse.

Staten v/Klagenemnda for likestilling har nedlagt slik *påstand*:

1. Staten v/Klagenemnda for likestilling frifinnes.
2. Staten v/Klagenemnda for likestilling tilkjennes saksomkostninger.

Rettenns bemerkninger

Saken reiser to hovedspørsmål; om det foreligger indirekte diskriminering i strid med likestillingsloven § 3, og om Nemnda har gått utenfor sin lovbestemte kompetanse i § 14.

Før retten drøfter hovedspørsmålene i saken, knyttes noen bemerkninger til rettens prøvingskompetanse. Ved prøvingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak kan domstolene prøve lovanvendelsen, saksbehandlingen og om vedtaket er truffet på et faktisk riktig og fullstendig grunnlag. Videre kan domstolene prøve om vedtaket er ulovlig som følge av vilkårlighet, usaklig forskjellsbehandling eller sterk urimelighet (myndighetsmisbruk). Domstolenes prøvingsrett ved overprøving av Nemndas vedtak etter likestillingsloven går imidlertid lenger. Likestillingsloven § 13 fjerde ledd fastslår at Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolene «til full prøving av saken, innenfor rammen av denne lov». I dette ligger at retten i utgangspunktet kan prøve sakens faktiske og rettslige side fullt ut, og at den kan prøve Nemndas hensiktsmessighetsskjønn (frie skjønn), for eksempel om kompetansen til å fatte vedtak skulle vært brukt og hvilke tiltak som burde vært truffet. Forarbeidene til likestillingsloven viser at det særlig var prøvingen av forvaltningsskjønnet som var i fokus da § 13 fikk denne ordlyden.

Utgangspunktet ved prøving av forvaltningsvedtak vil være at gyldigheten må vurderes ut fra de faktiske opplysningene som forelå da vedtaket ble truffet. Selv om dette også vil være utgangspunktet ved domstolsprøving av Nemndas vedtak, må dette etter rettens syn antakelig

modifiseres når retten har full prøvingskompetanse, jf likestillingsloven § 13. Slik er iallfall tvistemålsloven § 482, som gir domstolene rett til å «prøve alle side av saka», tolket når det gjelder overprøving av administrative tvangsvedtak etter tvistemålsloven kapittel 33. Retten viser i denne sammenheng også til Holgersen, Likestillingsloven (Bergen, 1984) s 191. På den annen side gjør særlige rettsikkerhetshensyn seg gjeldende ved overprøving av administrative tvangsvedtak idet dette gjelder sterkt inngripende vedtak i den personlige frihet. Retten har i disse sakene ansvar for at saken blir fullt opplyst, jf tvistemålsloven § 481 siste ledd, og er ubundet av partenes påstander og anførsler, jf § 482 annet ledd.

Retten finner ikke grunn til å ta uttrykkelig stilling til hvordan loven skal tolkes på dette punktet idet spørsmålet uansett ikke kommer på spissen i den foreliggende saken.

1. Hadde Nemnda kompetanse til å treffe bindende vedtak i saken?

Arbeidstidsreglementet i BSL, herunder 270 poengsgrensen, er tatt inn som en integrert del i tariffavtalene til pilotene og de kabinansatte. Grunnen til dette er etter det opplyste at partene har villet sikre seg mot (forskrifts)endringer i BSL i avtaleperioden. Videre har Braathens og BSF inngått en lokal særavtale om praktiseringen av redusert arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 46 A for pilotene. I denne særavtalen er det inntatt en bestemmelse om prosentvis reduksjon av den forskrifts og tariffestede poengsgrensen på 270 tilsvarende redusert arbeidstid. Det er enighet mellom partene i saken at den lokale særavtalen er å anses som en tariffavtale, jf definisjonen i arbeidstvistloven § 1 nr 8. Retten legger således til grunn at anvendelsen av redusert poengsgrense for flygere med redusert arbeidstid, ved uttak av en arbeidsdag per arbeidsperiode, har sitt grunnlag i en lokal tariffavtale. Dette reiser spørsmål om Nemndas vedtakskompetanse, jf likestillingsloven § 14. Det fremgår av § 14 at Nemndas kompetanse i saker som berører tariffrettslige rettigheter og plikter er begrenset og subsidiær i forhold til Arbeidsretten. Lovens § 14 lyder slik:

Er sak etter denne lov som indirekte reiser spørsmål om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller beståen brakt inn for Nemnda, kan hver av partene i tariffavtalen med oppsettende virkning få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten. Kongen gir nærmere regler om slikt søksmål.

Nemnda kan gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale som er brakt inn for Nemnda, er i strid med denne lov. Partene i tariffavtalen kan i slike tilfeller bringe spørsmålet om avtalens forhold til likestillingsloven inn for Arbeidsretten med oppsettende virkning.

Nemnda kan ikke i noe tilfelle treffe avgjørelser som etter lov 5. mai 1927 om arbeidstvister og lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister hører under Arbeidsretten.

Det følger av § 14 tredje ledd at Nemnda ikke kan treffe vedtak i saker som etter arbeidstvistloven og tjenestetvistloven hører inn under Arbeidsrettens kompetanse. Dette har sammenheng med at Arbeidsretten har enekompetanse til å treffe bindende avgjørelser om tariffavtalers gyldighet, forståelse og beståen, jf arbeidstvistloven § 7 nr 2. Det er derfor bare Arbeidsretten som med bindende virkning kan avgjøre om en tariffavtale skal settes til side som ugyldig på grunn av lovstrid, eller om tariffavtalen skal tolkes på en bestemt måte for å unngå lovstrid. Nemnda kan derfor ikke treffe bindende vedtak som direkte gjelder tariffavtaler som sådanne, f eks at vedtaket er formulert slik at tariffavtalen er ugyldig fordi den er i strid med likestillingsloven eller må forstås på en bestemt måte for å være i samsvar med likestillingsloven. Et grunnleggende prinsipp i prosesssystemet for tariffvtister er partenes tolkningsautonomi; dvs at det er partene som har herredømme over tariffavtalene og hvis partene er enige om hvordan en tariffavtale skal tolkes, skal dette legges til grunn, jf Ot.prp.nr.77 s 79. Heller ikke kan nye tariffavtaler eller tariffbestemmelser bestemmes eller påbys ved rettslige bindende avgjørelser verken av Arbeidsretten eller Nemnda. Det vil være opp til tariffpartene og bestemme det fremtidige avtaleforholdet dersom en tariffavtale eller tariffbestemmelse anses ugyldig eller et bestemt endringsresultat påbys som følge av f eks lovstrid, jf Evju, Likestillingsloven § 14 og Arbeidsretten, høringsuttalelse, 2 april 1986.

I lovens § 14 første ledd er det fastsatt at Nemnda har vedtakskompetanse i saker som *indirekte* reiser spørsmål om tariffavtalers gyldighet eller forståelse. Det fremgår av forarbeidene, jf Ot.prp.nr.33 (1974–1975) s 66–67 og Ot.prp.nr.77 (2000–2002) s 79, at vedtakskompetansen er knyttet til saker som er fremmet for Nemnda i *individualisert form*, d

v s med utgangspunkt i en individuell arbeidsavtale. I Ot.prp.nr.33 s 66– 67 heter det bl a om første ledd:

«En god del av de sakene Klagenemnda kommer til å behandle vil gjelde forholdene i arbeidslivet. I enkelte tilfeller vil spørsmålet om en tariffavtales forståelse eller gyldighet i forhold til likestillingsloven være fremtredende i saker som behandles av Nemnda. Kommer f.eks. Nemnda til at en arbeidsgiver som har holdt seg til en tariffavtale, har overtrådt liketillingsloven, vil Nemnda i realiteten ha sagt sin mening om hvorvidt tariffavtalen er i samsvar med likestillingsloven selv om Nemnda ikke har noen myndighet til å kjenne tariffavtalen ugyldig, men bare kan treffe vedtak som binder den enkelte arbeidsgiver. ...»

Og videre på s 67:

«... Det sies således uttrykkelig at Nemnda ikke skal kunne treffe vedtak som hører under Arbeidsretten. Nemnda vi således ikke kunne treffe vedtak om hvorvidt en tariffavtale er gyldig eller ikke, eller hvordan den skal tolkes. Nemnda skal bare kunne avgjøre om den enkelte arbeidsgiver har fulgt likestillingsloven eller ikke, jfr. f.eks. ordlyden i § 5 sammenholdt med § 13 annet ledd.»

I slike individualiserte saker kan tariffavtalen og forholdet til likestillingsloven komme opp indirekte dersom den individuelle arbeidsavtalen er omfattet av tariffavtalen. På samme måte som domstolene må Nemnda da prejudisielt ta stilling til tariffavtalen, og vedtaket vil bare ha bindende virkning for den konkrete arbeidstaker og arbeidsgiver saken gjelder. At Nemnda ikke er forhindret fra å ta stilling til enkeltsaker som indirekte gjelder en tariffavtale, er i forarbeidene begrunnet med at klagesystemet ellers raskt kan bli lammet, jf Ot.prp.nr.77 s 79. Samtidig heter det om gjeldende rett, før lovendringen 14 juni 2002 nr 21 hvor § 14 annet ledd ble tilføyd, at:

«... Nemnda uttaler seg imidlertid ikke generelt om tariffavtalen og avviser saker som ikke er individualisert».

I § 14 første ledd er det videre bestemt at partene i tariffavtalen, når klagesaken for Nemnda indirekte reiser spørsmål om en «tariffavtales gyldighet, forståelse eller beståen», med oppsettende virkning kan få spørsmålet avgjort av Arbeidsretten. Saksbehandlingen i Nemnda vil da bli stilt i bero til Arbeidsretten har truffet avgjørelse om forholdet til likestillingsloven. Formålet er å gi partene i tariffavtalen mulighet for å få Arbeidsrettens dom på hvorvidt tariffavtalen er lovlig i forhold til likestillingsloven, eller hvordan avtalen skal forstås, før Nemnda treffer vedtak som er bindende for arbeidsgiveren, jf Ot.prp.nr.33 (1974–1975) s 67. I Ot.prp.nr.33 heter det videre:

«... Nemnda vil ved sin senere behandling av saken i praksis bygge på Arbeidsrettens dom. Nemndas avgjørelse vil konkludere med hvorvidt arbeidsgiveren har fulgt likestillingsloven, og ikke avgjøre om tariffavtalen er gyldig eller ikke eller hvordan den skal forstås. Forholdet mellom Arbeidsrettens kompetanse og Nemndas vil for så vidt være den samme som forholdet mellom de alminnelige domstoler og Arbeidsretten.»

Oppsummeringsvis gir altså lovens § 14 første ledd Nemnda vedtakskompetanse i saker om konkrete arbeidstakeres forhold, slik også de alminnelige domstoler kan ta stilling til individuelle tvister mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. I slike individualiserte saker har Nemnda full kompetanse til å ta stilling til saken ut fra sin tolkning av likestillingsloven. Dette gjelder selv om det som en del av begrunnelsen for vedtaket er nødvendig å ta prejudisielt stilling til forståelsen eller gyldigheten av en underliggende tariffavtale. Dersom en av partene i tariffavtalen bringer tariffspørsmålet inn for Arbeidsretten med oppsettende virkning, vil Nemnda ved den fortsatte behandlingen etter at Arbeidsrettens dom foreligger være bundet av Arbeidsrettens domsslutning når det gjelder tariffavtalens forståelse eller gyldighet. At Arbeidsrettens domsslutning har rettskraftsvirkning følger av arbeidstvistloven § 9 annet ledd. Nemnda (eller domstolene) vil imidlertid ikke være formelt bundet av Arbeidsrettens tolkning av likestillingsloven, jf Ot.prp.nr.77 s 79. Arbeidsrettens tolkning av likestillingsloven i premissene for dommen er ikke rettskraftig avgjort.

Ved endringslov 21/2002 ble Nemndas kompetanse til å behandle saker som berører tariffavtaler utvidet. I tillegg til vedtakskompetanse i saker om konkrete ansettelsesforhold,

fikk Nemnda en generell rett til å avgi en ikke-rettslig bindende *uttalelse* om tariffavtalen er i strid med likestillingsloven, jf § 14 annet ledd. Videre ble regelen om oppsettende virkning, jf første ledd, gjort gjeldende også i saker som direkte gjelder om en tariffavtale er i strid med likestillingsloven. I forarbeidene er det vist til at Arbeidsrettens avgjørelse vil være bindende for partene, derimot ikke Nemndas uttalelse, og at en regel om oppsettende virkning vil kunne hindre unødig dobbeltbehandling, jf Ot.prp.nr.77 s 85. Bakgrunnen for lovendringen var et behov for mer effektiv håndheving av likebehandlingsprinsippet på tariffrettens område. Flere alternativer ble vurdert, men lovgiver falt ned på alternativet med uttalerett for Nemnda etter mønster av Nemndas uttalerett overfor forvaltningsorganer, jf lovens § 13 første ledd. Dette alternativet ble valgt bl a fordi det ikke ville gripe direkte inn i partenes rådighet over tariffavtalene (avtalepartenes tolkningsmonopol) og fordi det ikke ville kreve endringer i tvisteløsningssystemet i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven. Med uttalerett, og ikke vedtaksmyndighet, for Nemnda ville Arbeidsretten fortsatt ha enekompetanse til å avgjøre med bindende virkning spørsmål om tariffavtals lovligheit, jf Ot.prp.nr.77 s 84.

I forarbeidene er det videre presisert at adgangen til å avgi uttalelse gjelder i to situasjoner; (1) ved at Nemnda i forbindelse med behandlingen av en sak som individuelle ansettelsesavtaler som indirekte berører en tariffavtale også ser på spørsmålet om selve tariffavtalen er i samsvar med likestillingsloven, og (2) ved at Nemnda blir bedt om å uttale seg om en tariffavtale er i samsvar med likestillingsloven. I Ot.prp.nr.77 s 84 heter det videre:

«I forhold til de førstnevnte tilfellene (prejudisielle uttalelser) representerer lovendringen kun en klargjøring av en mulighet til å uttale seg som Klagenemnda allerede har. Klagenemnda har imidlertid ikke praksis for å gi generelle uttalelser om tariffavtaler i individuelle saker.

Det er derimot vanskelig å tolke inn i den dagens lovbestemmelse at Klagenemnda har kompetanse til å vurdere og avgi uttalelse om tariffavtaler uten at den først er brakt inn for Klagenemnda indirekte gjennom en individualisert sak, jf likestillingsloven § 14. Slik sett representerer endringsforslaget en utvidelse av Klagenemndas kompetanse.»

Når det gjelder uttalelsens virkninger fremgår det klart av forarbeidene (Ot.prp.nr.77 s 86) at uttalelsen ikke er rettslig bindende for partene, og at avtalepartene kan bringe tariffavtalen inn for Arbeidsretten for å få en bindende avgjørelse dersom de ikke er enige med Nemnda. En unnlattelse av å følge opp uttalelsen er ikke straffesanksjonert etter likestillingsloven § 18, slik som vedtak etter lovens § 13. Manglende overholdelse av Nemndas uttalelser utløser heller ikke i seg selv noen erstatningsplikt etter lovens § 17.

Retten går så over til vurderingen av det konkrete vedtaket i saken.

Nemndas avgjørelse er formulert som et vedtak i medhold av lovens § 13 og inneholder et straffesanksjonert pålegg. I slutningen er det først vist til at kabinansattes deltidsstillinger blir diskriminert i strid med likestillingsloven § 3 første, tredje og fjerde ledd. Deretter heter det at «Braathens ASA pålegges å bringe den diskriminerende praksisen til opphør, jf likestillingsloven § 13.»

Forholdet til kompetansebegrensningen i § 14 er ikke kommentert nærmere i vedtaket flertallet traff. Dette er etter rettens syn både overraskende og en klar svakhet ved vedtaket. Forholdet Nemnda tok stilling til gjaldt ikke et individualisert ansettelsesforhold som bare indirekte berørte forholdet til tariffavtaler. Ut fra de saksopplysningene Nemnda hadde da vedtaket ble truffet, var det klart at ordningen med redusert poenggrense for pilotene tilsvarende arbeidstidsreduksjonen var nedfelt i en deltidsavtale med Braathens og BSF som parter, og at saken reist spørsmål om sammenligning av generelle bestemmelser om deltid i tariffavtalene til pilotene og de kabinansatte. Selv om PRIFO, som klaget saken inn for Ombudet, har bestridt at avtalen mellom Braathens og BSF var en tariffavtale, har Braathens hele tiden anført at det påklagede forholdet var regulert av tariffavtaler. Det samme har også Ombudet lagt til grunn. Både i sammendraget til Nemnda og i Ombudets avgjørelse 10 september 2002 er det vist til lovens § 14. I Ombudets avgjørelse, som Braathens påklagede til Nemnda, het det:

«Min avgjørelse kan påklages til Klagenemnda for likestilling innen tre uker fra

mottak dette brevet.

Etter likestillingsloven § 14 kan Klagenemnda uttale seg om tariffavtaler, men Klagenemnda kan ikke fatte vedtak som direkte berører en tariffavtales gyldighet eller forståelsen av denne. Dersom partene ønsker en endelig avgjørelse av spørsmålet som er reist i saken er Arbeidsretten rette instans.»

Også mindretallet i Nemnda har lagt til grunn at saken gjaldt sammenlikning av generelle bestemmelser om arbeidstid i tariffavtalene for piloter og kabinansatte i Braathens, og at den ikke var knyttet opp mot konkrete ansettelsesforhold. Mindretallet fremholdt videre:

«... En avgjørelse fra Klagenemnda for likestilling som konstaterer brudd på likestillingsloven, samt pålegger å endre avtalen på dette punkt, vil kunne ha den konsekvens at tariffpartene må foreta en generell oppjustering av deltidsbestemmelsene i tariffavtalen til de kabinansatte i Braathens ASA, alternativt avtale opphør av pilotenes deltidsavtale. En avgjørelse som innebærer slike virkninger vil kunne være vanskelig å gjennomføre i praksis, uten samtidig å foreta større tariffendringer om arbeidstid generelt for den enkelte arbeidstakergruppe. En tvist med slike virkninger hører inn under Den sentrale Arbeidsrett og ikke Klagenemnda for likestilling».

Mindretallet mente på den bakgrunn at Ombudets vedtak måtte oppheves, alternativt at saken ble avvist.

På bakgrunn av det som er nevnt ovenfor, er det vanskelig å forstå hvorfor ikke flertallet kommenterte forholdet til § 14 nærmere. Flertallet i Nemnda har i vedtaket ikke tatt stilling til partenes avtaler, og har kun omtalt ordningen med redusert poengbelastning for deltidsarbeidende piloter i forhold til BSLs krav som «praksis». I flertallets vedtak heter det:

«Den praksis som er dokumentert for nemnda og som ikke er bestridt av partene, nemlig den ulike anvendelsen av poeng for deltidsarbeidende piloter og deltidsarbeidende kabinansatte, gjør at det ikke er nødvendig for nemnda å gå nærmere inn på de ulike avtaler som foreligger mellom partene. Vurderingstema for nemnda er om den forannevnte praksis er i strid med likestillingsloven.»

Deretter foretok flertallet en vurdering av om forskjellsbehandlingen var i strid med lovens § 3.

Retten kan så langt ikke se at en slik innsnevring av vurderingstemaet, uten å ta stilling om forholdet hadde sitt grunnlag tariffavtaler, er rettslig holdbar. I resultat synes dette å fremstå som en omgåelse av Nemndas vedtakskompetanse etter lovens § 14. Staten har imidlertid anført at vedtaket må forstås slik at Braathens, neste gang selskapet inngår tariffavtaler med sine ansatte, må sørge for at de arbeidsvilkårene som tilbys piloter og kabinansatte ikke må innebære forskjellsbehandling i strid med lovens § 3. Pålegget griper etter statens syn således ikke inn i eksisterende tariffavtaler i strid med lovens § 14.

At vedtaket skal forstås slik staten har anført, ble forsøkt presisert av en nytt sammensatt Nemnd under saksforberedelsen for Oslo tingrett. I vedtak 27 august 2004 traff den daværende Nemnda slikt vedtak:

«Når Braathens ASA i vedtak av 21. mars 2003 i sak 3/2003 har blitt pålagt å bringe den diskriminerende praksisen til opphør, jf likestillingsloven § 13, må dette forstås slik at Braathens ASA neste gang selskapet inngår tariffavtaler med sine ansatte, må sørge for at de arbeidsvilkår som tilbys de ulike gruppene ansatte ikke innebærer en forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3.»

Vedtaket ble truffet av et flertall på tre, inkludert ordføreren med dobbeltstemme. Flertallet var av den oppfatning at Nemnda ikke hadde gått utenfor sin kompetanse, og at Braathens diskriminerende handling bestod i å fremforhandle tariffavtaler med kabinansatte og piloter uten å ta hensyn til de likestillingsmessige konsekvensene av avtalene. Et mindretall på tre mente at Nemnda i vedtaket 21 mars 2003 hadde gått utenfor sin kompetanse.

Nemndas presiserende vedtak medførte en rekke innsigelser fra Braathens side knyttet til forståelsen og gyldigheten av vedtaket. Staten har senere under saksforberedelsen, og under hovedforhandlingen, opplyst at vedtaket må anses ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil og må anses bortfalt som en nullitet. Bakgrunnen for dette var at innkallingen til Nemndas møte ved en feil bare ble sendt til de faste medlemmene, noe som kan ha hatt betydning for vedtakets innhold, jf forvaltningsloven § 41. Selv om staten anser vedtaket som en nullitet,

er det, som nevnt ovenfor, anført at Nemndas vedtak 21 mars 2003 må tolkes slik det ble forsøkt presisert.

Etter rettens syn er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for å tolke Nemndas vedtak slik staten har anført. Retten bemerker for det første at denne forståelsen ikke fremgår av vedtaket selv, men fremstår som en tolkning av hva vedtaket innebærer. Ut fra vedtakets ordlyd synes det klart at vedtaket er ment å ha virkning fra vedtakstidspunktet. Slutningen i vedtaket er formulert som et straffesanksjonert påbud om å bringe den diskriminerende praksisen til opphør med hjemmel i lovens § 13. Vedtaket er ikke gitt oppsettende virkning og det inneholder ikke noen tidsangivelse for gjennomføring av pålegget, f.eks. til tidspunktet for reforhandling av tariffavtalen(e). I mangel av andre holdepunkter i slutningen, eller i premissene for vedtaket, vil det alminnelige rettslige utgangspunktet være at et slikt påbud har rettsvirkning fra vedtakstidspunktet. Dette er også i samsvar med det som ellers gjelder for enkeltvedtak truffet av forvaltningsorganer, jf. forvaltningsloven § 42.

Dersom Nemnda mente at påbudet skulle gjelde neste gang Braathens inngikk tariffavtaler med de ansatte, ville det vært nærliggende at dette hadde blitt presisert i vedtaket. En slik fremgangsmåte fremgår også av forskriften om organisasjon og virksomhet for Ombudet og Nemnda. I forskriftens § 23 heter det således at «Nemnda kan sette frister for avviklingen av den ulovlige forskjellsbehandlingen». Slik Nemnda feilaktig presiserte problemstillingen i saken var dette imidlertid unødvendig idet flertallet anså tvisten som et spørsmål om ulik «praktisering» av poengkravene i BSL.

Staten har videre anført at selv om vedtaket forstås slik at det er ment å ha umiddelbar virkning, har Nemnda bare tatt stilling til sammenhengen mellom to tariffavtaler, ikke til tariffavtalenes gyldighet som sådan. Det er vist til at vedtaket er «åpent formulert» og ikke binder tariffpartene, men pålegger arbeidsgiver å bringe forholdet i orden – enten ved å reforhandle kabinavtalen eller ved at arbeidsgiver ensidig praktiserer en tilsvarende ordning.

Etter rettens syn kan dette ikke føre frem. Dersom Nemnda hadde ment å treffe et åpent formulert vedtak som ikke bandt tariffpartene, burde Nemnda avstått fra å gi et pålegg med hjemmel i lovens § 13, men f.eks. i slutningen forutsatt at Braathens i fremtidige tarifforhandlinger tar hensyn til de lovpålagte kravene i likestillingsloven. Dette var Nemnda løsning i sak LKN-2000-8 (Vognvisitørsaken). Ved vurderingen av Nemndas kompetanse etter § 14 legger retten videre til grunn at det må være realiteten i tvisten og Nemndas vedtak som er avgjørende. Selv om Nemnda i sitt vedtak ikke har tatt direkte stilling til gyldigheten av tariffavtalene, må det legges til grunn at Nemndas heller ikke har kompetanse til å treffe rettslig bindende vedtak som i realiteten inneholder påbud om endring av en tariffavtale på grunn av lovstrid. Som påpekt av Evju (Likestillingslovens § 14 og Arbeidsretten s. 17-18) vil det reelt sett innebære en tilsidesettelse av tariffavtalen som må likestilles med en ugyldighetsdom. At Nemnda har vurdert om deltidsbestemmelsene i tariffavtalene til pilotene og de kabinansatte, sett i sammenheng, er lovstridig, innebærer ikke i seg selv at vedtaket er i samsvar med lovens § 14. Retten viser her til Nemndas avgjørelse i sak LKN-1998-1, som omtales nedenfor. Videre vises det til Ot.prp.nr.77 s. 59, hvor det i forhold til lovens § 5 heter:

«Resultatet av en sammenlikning på tvers av faggrenser eller tariffavtaler vil bare ha konsekvenser for de enkelte arbeidstakere som er parter i saken; eventuelle oppjusteringer av hele yrkesgrupper må skje i forhandlinger. Dette henger sammen med reglene i likestillingsloven § 14 som regulerer håndhevingen av loven på tariffrettens område... Det følger av lovens ordning at sammenlikning på tvers av tariffgrenser bare kan forekomme i sammenheng med konkrete ansettelsesforhold. ...»

Retten kan videre ikke se at vedtaket innebærer et åpent, ubestemt påbud som ikke binder tariffpartene, slik staten har anført. Vedtaket pålegger i realiteten Braathens, som er en av tariffpartene, å endre tariffavtalen med de kabinansatte slik at de får tilsvarende deltidsbestemmelser som pilotene, alternativt at den reduserte poenggrensen i pilotenes deltidsavtale opphører. Dette innebærer reelt sett en tilsidesettelse av deltidsbestemmelsene i tariffavtalene idet Nemnda har konstatert at avtaleordningen er i strid med likestillingsloven, som inneholder ufravikelige bestemmelser som ved motstrid går foran tariffpartenes avtaler. Videre innebærer pålegget om å bringe diskrimineringen til opphør at Braathens må gjennom-

føre et bestemt endringsresultat – likebehandling mellom piloter og kabinansatte – som griper inn i de tariffbestemte deltidsbestemmelsene og tariffpartenes tolkningsmonopol. At vedtaket åpner for at pålegget om endring kan gjennomføres av Braathens på ulike måter er i denne sammenheng uten betydning. Selv om det ikke i seg selv er avgjørende for rettens syn, nevnes dessuten at påbudet, slik det lyder, innebærer at endringen skal finne sted i tariffperioden, ikke ved en senere tariffrevisjon, noe som ytterligere griper inn i partenes rådighet over tariffavtalene.

Retten kan heller ikke se at Nemndas vedtak er i samsvar med Nemndas tidligere praksis. Det vises til Nemndas avgjørelser i sak nr LKN–1990–6 og i sak nr LKN–1998–1, hvor det er lagt til grunn at Nemnda ikke har kompetanse til å fatte vedtak som innebærer et påbud om endring av bestemmelser i en tariffavtale idet et slikt vedtak reelt sett vil kunne innebære en tilsidesettelse av en tariffbestemmelse. I sak nr 1/1998, som gjaldt bestemmelser om diett i tariffavtalene til pilotene og de kabinansatte i Braathens, presiserte Nemnda problemstillingen slik:

«Klagene til Nemnda gjelder direkte spørsmål om to tariffavtalebestemmelser, sett i sammenheng, er lovstridige og dermed ugyldige. Begge klager blir etter dette å avvise fra Nemnda, jf forskriftene til likestillingsloven § 16 annet ledd.

Så lenge saken ikke ble fremmet for Nemnda i individualisert form, kan retten etter dette ikke se annet enn at Nemnda enten skulle ha begrenset seg til å avgi en ikke bindende uttalelse i medhold av § 14 annet ledd, alternativt avvist saken i den form den forelå. Retten konkluderer etter dette med at Nemnda har overskredet sin vedtakskompetanse etter § 14 og at vedtaket er ugyldig.

2. Foreligger det indirekte diskriminering i strid med likestillingsloven § 3?

Retten bemerker innledningsvis at punkt 1 i Braathens påstand har blitt endret under hovedforhandling, etter veiledning fra retten og innspill fra saksøkte. Slik punkt 1 i påstanden nå er utformet, har staten v/Klagenemnda ikke hatt innsigelser mot at dette punktet realitetsbehandles av retten. Retten nevner også at partene under hovedforhandlingen har fremhevet behovet for en avklaring av de materielle spørsmålene saken reiser i forhold til likestillingsloven § 3 og § 5 og at det har vært et vesentlig vekt på dette spørsmålet i partenes prosedyrer.

Retten ser først på tolkningen, og forholdet mellom, lovens § 3 og § 5.

Likestillingsloven § 3 er lovens generalklausul, som slår fast hovedprinsippet om at verken direkte eller indirekte forskjellsbehandling mellom kvinner og menn er tillatt. I tillegg har loven spesialbestemmelser som presiserer likebehandlingsprinsippet på enkelte områder i lovens § 4 – § 6. Begrunnelsen for særreglene har dels vært et behov for å konkretisere hva som ligger i kravet om likebehandling på noen sentrale områder, og dels gi mer vidtrekkende regler enn det som følger av generalklausulen, jf Ot.prp.nr.33 (1974–1975) s 25–26. I lovens § 5, om lik lønn for arbeid av lik verdi, er kravene til lik lønn mellom kvinner og menn nærmere presisert. Selv om likelønnsprinsippet også følger av § 3, fremgår det av forarbeidene, jf Ot.prp.nr.33 s 26 og s 38 og Ot.prp.nr.77 s 52, at § 5 har en selvstendig betydning ved siden av generalklausulen fordi den presiserer nærmere hvordan forbudet mot forskjellsbehandling skal forstås i forhold til likelønnsprinsippet. I følge forarbeidene kan § 3 ha en selvstendig betydning ved at generalklausulen utfyller og supplerer likelønnsbestemmelsen i § 5. I saker som faller utenfor anvendelsesområdet til § 5, vil § 3 kunne ramme kjønnsdiskriminerende lønnsforskjeller.

Innenfor sitt anvendelsesområde har § 5 klart selvstendig betydning idet bestemmelsen presiserer nærmere hva som menes med at kvinner og menn skal ha «lik lønn» og hva som ligger i lønnsbegrepet. Videre er det presisert at det i likebehandlingsprinsippet ligger et krav om at lønnen skal fastsettes på samme måte uavhengig av kjønn. En viktig avgrensning i bestemmelsens anvendelsesområde er at den bare rammer lønnsforskjeller i «samme virksomhet», og at kravet om likebehandling i forhold til lønn gjelder for «samme arbeid eller arbeid av lik verdi».

Braathens har anført at lovens § 5 som kommer til anvendelse i denne saken, og at lovens § 3 ikke kan anvendes uavhengig av de begrensinger i likebehandlingsprinsippet som fremkommer av § 5. Braathens har vist til at bestemmelser om deltid/fritid representerer

goder som omfattes av lønnsbegrepet i § 5 og at piloter og kabinansatte er yrkesgrupper som utfører arbeid av helt ulik verdi.

Retten kan ikke se at anførselen kan føre frem. På samme måte som Ombudet og Nemnda, legger retten til grunn at saken må vurderes i forhold til generalklausulen i § 3. Saken reiser spørsmål om de ulike bestemmelsene for poengbelastning for deltidsarbeidende piloter og kabinansatte er i strid med likestillingsloven. Retten kan ikke se at ulike bestemmelser om begrensning av arbeidstiden, fastsatt i forskjellige tariffavtaler, faller inn under en naturlig språklig forståelse av lønnsbegrepet i lovens § 5. I lovens § 5 fjerde ledd er lønnsbegrepet definert som «... det alminnelig arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren». Selv om lønnsbegrepet er gitt en vid definisjon og både omfatter pengeutbetalinger og naturalytelser, er det etter rettens syn ikke holdepunkter i lovens ordlyd, forarbeider eller Nemndas praksis for at bestemmelser om arbeidstid/fritid omfattes. Dersom slike bestemmelser var ment å skulle omfattes av lovens lønnsbegrep, hadde det vært nærliggende at det ble omtalt i forarbeidene. I forarbeidene (Ot.prp.nr.33 s 58) heter det om lønnsbegrepet:

«Definisjonen ... av hva som menes med lønn, skiller ikke mellom grunnlønn og de forskjellige tillegg. Det gjør heller ingen forskjell enten lønnen er tariffestet eller ikke. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare det som betales i penger, men også det som ytes i naturalia, som f.eks. fribilletter ved NSB, rabattordninger for de ansatte o.l. Det er særlig i de høyere inntektsklasser at det av forskjellige skattemessige grunner i en viss utstrekning har blitt vanlig å betale i form av fri bil, rimelige boliglån osv. Det er klart at dette må regnes som lønn i forhold til reglene om lik lønn. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare slike individuelle goder som nevnt ovenfor, men også fellesgoder som f.eks. fri kantine. Med lønn menes videre det arbeidsgiveren betaler arbeidstakeren, ikke det han får utbetalt etter skattetrekk osv. Det avgjørende er heller ikke hva den enkelte arbeidstaker koster arbeidsgiveren. At en arbeidsgiver f.eks. gir sine kvinnelige ansatte 3 måneders svangerskapspermisjon, med full lønn, kan ..., selvfølgelig ikke trekkes inn i beregningen av hva kvinner skal få i lønn.

Forarbeidene til senere endringer i likestillingsloven gir heller ikke holdepunkter for at lovgiver har ment at bestemmelser om arbeidstid/fritid skal omfattes av lønnsbegrepet og vurderes etter § 5. Heller ikke i Holgersen (Likestillingsloven), som omtaler lønnsbegrepet på s 87–88, er det holdepunkter for dette. Nemnda har i flere andre saker med nær tilknytning til lønn vurdert spørsmålet om forskjellsbehandling opp mot § 3. Det vises til sak LKN–2000–8 og sak LKN–1993–3. Retten kan ikke se at Nemndas avgjørelse i sak LKN–1998–1, som gjaldt bestemmelser i tariffavtalene til pilotene og de kabinansatte i Braathens om diettgodtgjørelse, gir holdepunkter for noe annet. Diettgodtgjørelsen hadde her elementer av både utgiftskompensasjon og lønn, og partene hadde i tarifforhandlingene behandlet dietten som en del av lønnen og lønnsvilkårene samlet sett. Saken gir derfor begrenset veiledning i den foreliggende sak.

Selv om saken gjelder et gode som har tilknytning til lønn, kan retten etter dette ikke se at det er tilstrekkelig holdepunkter i rettskildematerialet for at § 3 må anvendes med de begrensninger som følger av § 5, herunder at det må være arbeid av lik verdi for å kunne konstatere forskjellsbehandling i strid med loven.

Retten går så videre til vurderingen av om de ulike poengbestemmelsene for deltidsarbeidende piloter og kabinansatte er i strid med lovens § 3.

I lovens § 3 er det fastslått at ikke bare direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, men også indirekte forskjellsbehandling er forbudt. I lovens § 3 tredje ledd er indirekte diskriminering definert som «enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet». Det gjelder imidlertid ikke noe absolutt forbud mot indirekte forskjellsbehandling. Det følger av § 3 fjerde ledd at slik forskjellsbehandling i «særlige tilfeller» likevel er tillatt «dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet».

Forbudet mot forskjellsbehandling gjelder i § 3 gjelder handlinger. Det følger av forar-

beidene (Ot.prp.nr.77 s 27) og Nemndas praksis, at dette omfatter alle typer handlinger som er avgjørende for noens rettsstilling. Både beslutninger og konkrete handlinger omfattes, herunder avtalebestemmelser i arbeidsavtaler og tariffavtaler.

Likestillingsloven § 3 ble revidert ved endringslov 21/2002. Lovens definisjon av indirekte forskjellsbehandling ble endret og forbudet skjerpet for å bringe ordlyden bedre i samsvar med Ombudets og Nemndas praksis og Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det fremgår av Ot.prp.nr.77 s 38 at lovgiver med lovendringen ønsket at det skulle komme tydeligere frem i lovteksten at handlinger som har kjønnskjev effekt bare er tillatt i unntakstilfeller. Videre er det understreket at endringen innebar en innskjerping av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling ved at det bli stilt skjerpede krav til begrunnelsen for handlingen, jf § 3 fjerde ledd. I proposisjonen (s 38) heter det blant annet:

«... Dette innebærer flere ting: For det første betyr det at indirekte forskjellsbehandling kun vil være tillatt i særlige tilfeller. For det andre skal hensynet til likestilling veie tungt i en vurdering av om handlingen er lovlig. For det tredje betyr det at det den som forskjellsbehandler som har tvilsrisikoen hvis det påvises forskjellsbehandling; det vil si at handlingen må regnes som kjønnsdiskriminerende i strid med loven hvis det ikke kan påvises en tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse for handlingen.»

At den som forskjellsbehandler har tvilsrisikoen dersom det er påvises en kjønnskjev effekt, må sees i sammenheng med lovens § 16 om delt bevisbyrde. Det følger av § 16 at dersom det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd en indirekte forskjellsbehandling i strid med lovens § 3, har arbeidsgiveren bevisbyrden for at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted i strid med likestillingsloven.

Ved den konkrete vurderingen av om det foreligger indirekte forskjellsbehandling som virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet, tar retten utgangspunkt i at reglene om poengbelastning i BSL, som setter begrensninger for arbeidsbelastningen, gjelder likt for piloter og kabinansatte, jf redegjørelsen for reglene innledningsvis i dommen. Det er videre ikke bestridt at poengbegrensningene i BSL for begge grupper er begrunnet i sikkerhetmessige hensyn. Utgangspunktet etter BSL er altså likebehandling av pilotene og de kabinansatte – ikke forskjellsbehandling.

I lokalt inngått tariffavtale for pilotene ble det, som nevnt tidligere, inntatt en bestemmelse om redusert poengbelastning for deltidsarbeidende piloter som tar ut en arbeidsdag per arbeidsperiode. Den reduserte poengbelastningen for denne gruppen var ikke påkrevd etter BSL og innbar en mer fordelaktig ordning. Det ble ikke inntatt noen tilsvarende bestemmelse om redusert poenggrense i tariffavtale for de kabinansatte. De kabinansattes krav om tilsvarende ordning ble avvist av Braathens, jf uenighetsprotokoll 27 februar 2001.

Avgjørende for om de ulike poengreglene for deltidsarbeidende piloter og kabinansatte innebærer en indirekte forskjellsbehandling i strid med § 3 tredje ledd vil være om dette har en kjønnskjev effekt.

Inngåelse og anvendelse av tariffavtaler omfattes av lovens handlingsbegrep, jf det som er sagt ovenfor om tolkningen av § 3. Dette er heller ikke bestridt av Braathens. Reguleringen av poenggrensen i BSL i pilotenes tariffavtale representerer den «tilsynelatende kjønnsnøytrale handling» i § 3 tredje ledd. Retten tar videre utgangspunkt i at piloter er mannsdominert gruppe, mens kabinansatte er en kvinnedominert gruppe. Ombudet og Nemnda la til grunn at ca 98 prosent av pilotene var menn og at 89 prosent av de kabinansatte var kvinner. Da Nemnda traff sitt vedtak ble det lagt til grunn at gruppen deltidsarbeidende piloter bestod av 39 menn og fire kvinner, mens gruppen deltidsarbeidende kabinansatte bestod av 281 kvinner og fire menn. Disse tallene er ikke bestridt av Braathens.

Braathens har anført at piloter og kabinansatte ikke er i sammenliknbare situasjoner og at det derfor ikke er grunnlag for å konstatere indirekte forskjellsbehandling. Det er for det første vist til piloter og kabinansatte har ulike ansettelsesbetingelser når det gjelder deltidsarbeid. De deltidsarbeidende pilotene er ikke ansatt i deltidsstillinger og har ikke tariffestet rett til deltid, men har redusert arbeidstid med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 46 A. Kabinansatte har imidlertid tariffestede regler om deltidsansettelse.

Retten kan ikke se at det formelle grunnlaget for at piloter og kabinansatte arbeider deltid

kan være avgjørende ved vurderingen av om de foreligger indirekte diskriminering. Vurderingen av om ordningen med redusert poengbelastning har en kjønnskjev effekt må vurderes ut fra de reelle virkninger dette har for de to gruppene ansatte. Dersom det formelle grunnlaget for redusert arbeidstid skulle være avgjørende ville en effektiv kontroll av diskrimineringsvernet i § 3 tredje ledd bli uthult, noe som ikke er i samsvar med lovens formål. I forhold til den omtvistede bestemmelsen om redusert poengbelastning, kan retten ikke se annet enn at piloter og kabinansatte er i sammenliknbare situasjoner i lovens forstand. For øvrig bemerkes at det etter det opplyste også er kabinansatte som arbeider redusert arbeidstid med hjemmel i § 46 A slik pilotene gjør.

Braathens har også anført at det ikke er holdbart å sammenlikne enkeltdele av arbeidsbestemmelser som er integrerte deler av helt ulike regelsett for de to gruppene ansatte. Retten er enig med Braathens i at det er ulikheter i oppbyggingen av arbeidstidsbestemmelsene for piloter og kabinansatte, og at det er begrensninger i bestemmelsene for de kabinansatte som pilotene ikke har som skyldes ulike prioriteringer ved tariffforhandlingene. Braathens har blant annet nevnt ulike bestemmelser for spisetid og hviletid og ulike omdisponeringsbestemmelser, noe som medfører mer effektiv utnyttelse av pilotene enn de kabinansatte. Retten kan imidlertid ikke se at dette innebærer at piloter og kabinansatte ikke er i sammenliknbare situasjoner i forhold til den omtvistede bestemmelsen om redusert poenggrense tilsvarende redusert arbeidstid. Som nevnt er de gruppene likebehandlet i BSL når det gjelder poengbelastning. Det sosiale godet tvisten gjelder springer ut av kravene i BSL. Selv om det utvilsomt må legges til grunn at piloter og kabinansatte utfører arbeid av ulik verdi, kan retten ikke se at det er holdepunkter for at forskjellen i grensen for poengbelastning har sammenheng med dette.

Retten kan heller ikke se at det er rettslig uholdbart å vurdere bestemmelsen om redusert poenggrense isolert i forhold til lovens § 3, selv om dette bare utgjør en del av de samlede reglene for arbeidstid i tariffavtalene. Dersom det stilles krav om at det må foretas en samlet vurdering av arbeidsvilkårene i de to gruppenes tariffavtaler, vil det i vesentlig grad vanskeliggjøre en effektiv kontroll av likebehandlingsprinsippet i § 3. Dersom Nemnda måtte foreta en slik totalvurdering vil det stille store krav til det grunnlagsmateriale som fremlegges og kreve omfattende bevisførsel. Sammenlikningen vil også i vesentlig grad vanskeliggjøres av at det er vanskelige både å måle og sammenlikne den totale effekten av de ulike arbeidsvilkårene de to yrkesgruppene har. Verken nemnda eller retten, etter tre dagers hovedforhandling, har tilstrekkelig opplysninger til å kunne avgjøre om de kabinansatte totalt sett har «bedre» arbeidsvilkår enn pilotene. Lovens formål og effektivitetshensyn i forhold til håndheving av likestillingsloven tilsier at det ikke kan kreves en slik samlet vurdering av alle enkeltelementer.

Heller ikke i EF-domstolens praksis, som er av sentral betydning ved vurderingen av om det foreligger indirekte forskjellsbehandling i strid med § 3, er det oppstilt et slik krav.

I *Jørgensensaken* (sak C-226/98), som gjaldt forståelsen av likebehandlingsdirektivet i en sak vedrørende avtale om legeres honorarer fra den danske sykesikringen, uttalte domstolen i premiss 31:

«På grundlag af en helhetsvurdering, der som utgangspunkt omfatter alle de elementer, der følger af den ordning eller de bestemmelser, som en sådan bestemmelse må antages at være led i, ville der ikke kunne foretages en effektiv kontroll med hensyn til anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, hvilket kunne medføre at bevisbyrdereglerne i sager om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn ikke ville blive overholdt».

Og i premiss 36:

«... direktiv 76/207 og 86/613 skal fortolkes således, at der ved bedømmelsen af, om der i en ligebehandlingssag som hovedsagen er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, skal foretages en særskilt vurdering af hvert enkelt af de elementer, som kendetegner de vilkår for udøvelse af en erhvervsmæssig virksomhet, der følger af den omtvistede ordning, for så vidt som disse elementer i sig selv udgør særlige bestemmelser, der er baseret på specifikke kriterier for anvendelsen, og som rammer et betydelig antal personer, der tilhører en bestemt kategori.»

Retten kan på bakgrunn av bevisførselen ikke se annet enn at den omtvistede bestemmelsen om poengbegrensing, som bare er gjort gjeldende for deltidsarbeidende piloter, oppfyller de kriterier som er oppstilt av EF-domstolen i premiss 36.

Avgjørende for rettens vurdering blir etter dette om den reduserte poenggrensen reelt sett har en kjønnskjev virkning, slik Nemnda har lagt til grunn.

Braathens har anført at det er anvendelsen, ikke opprettelsen, av tariffavtalen som i så fall er den tilsynelatende diskriminerende handling, og at det ikke er sannsynliggjort noen kjønnskjev effekt av betydning. Det er vist til at det bare foreligger en teoretisk mulighet for at den reduserte poenggrensen vil ha en kjønnskjev effekt, og at det ikke er nok til å rammes av § 3 tredje ledd. Arbeidstidsbestemmelsene til de kabinansatte fastsetter en rekke andre begrensende faktorer som slår inn før 270-poeng grensen. I følge Braathens vil det derfor ikke være slik at deltidsarbeidende kabinansatte kan bli nødt til å arbeide opp til 270 poeng i løpet av en arbeidsperiode, i motsetning til deltidsarbeidende piloter.

For at det skal kunne fastslås at en handlingen faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet, må det kunne sannsynliggjøres en faktisk effekt og ikke bare en rent teoretisk mulighet. Samtidig fremgår det av forarbeidene og Nemndas praksis at det ikke skal så mye til for å fastslå en kjønnskjev effekt i lovens forstand. I Ot.prp.nr.77 s 27 heter det:

«... Gjennom praksis er det fastslått at ikke bare de handlinger som har medført at noen *har* kommet i en dårligere stilling, men også de som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven. I sak nr 10/92 uttalte Klagenemnda for likestilling at en handling kunne være i strid med loven dersom det var egnet til å ramme det ene kjønn på en urimelig måte, uansett om det mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfellet...»

Under behandlingen av saken hos Ombudet og i Nemnda synes Braathens ikke å ha bestridt at ordningen kan medføre at deltidsarbeidende kabinansatte kan bli nødt til å jobbe opp til 270 poeng i en arbeidsperiode uten poengbegrensningen. Videre bemerker retten at det er Braathens som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted i strid med lovens § 3, jf bevisbyrderegelen i § 16.

Bevisførselen under hovedforhandlingen har etter rettens syn ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at poenggrensen på 270 er uten faktisk betydning. Selv om Braathens med styrke har anført at det er andre begrensninger i arbeidstiden for de kabinansatte som har reell betydning, kan retten ikke se at det er sannsynliggjort at de ulike poengreglene ikke er egnet til å ha en kjønnskjev effekt. At poenggrensen ikke har noen betydning er bestridt av vitnet Eliasson, som er tidligere leder av kabinforeningen i Braathens. Hun har blant annet nevnt langtidsflyginger til utlandet. Med en 80 prosent stilling ville poenggrensen for en kabinansatt reduseres forholdsmessig fra 270 til 216 poeng, eventuelt 223 poeng med redusert arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 46 A ved uttak av en dag per arbeidsperiode. Retten kan ikke se at Braathens har godtgjort at en slik redusert poenggrense ikke kan være egnet til å medføre redusert arbeidstid for kabinansatte. Retten nevner i den sammenheng også at Braathens må ta hensyn til den reduserte poenggrensen ved planleggingen av hvordan deltidsarbeidende kabinansatte skal disponeres i fremtidige arbeidsperioder i forhold til ruteprogrammet etc. Retten bemerker også, slik staten har anført, at det ville vært nærliggende at dette hadde vært en hovedanførsel fra Braathens side overfor Ombudet og Nemnda dersom poenggrensen var helt uten betydning.

Retten konkluderer dette med at det foreligger en forskjellsbehandling av deltidsarbeidende piloter og kabinansatte i strid med lovens § 3 tredje ledd. Spørsmålet blir så om forskjellsbehandlingen likevel er tillatt, jf § 3 fjerde ledd.

Som nevnt tidligere følger det av forarbeidene at indirekte forskjellsbehandling bare er tillatt i særlige tilfeller og at hensynet til likestilling mellom kjønnene skal veie tungt ved vurderingen av om handlingen likevel er lovlig. I tillegg kommer at Braathens har bevisbyrden og må kunne påvise en saklig og tilstrekkelig tungtveiende grunn for handlingen. Retten viser videre Ot.prp.nr.77 s 57 hvor unntaksregelen i § 3 fjerde ledd er omtalt nærmere.

Braathens har for det første vist til at poengene for deltidsarbeidende piloter ikke er redusert tilsvarende stillingsprosenten fordi arbeidsgiver ønsker å utnytte arbeidstiden så

effektivt som mulig innenfor det gjeldende regelverket. Det er i den sammenheng vist til at utnyttelsesgraden for kabinansatte på deltid er dårligere enn kabinansatte på heltid, og at piloter generelt utnyttes bedre enn kabinansatte på grunn av forskjeller i tariffavtalene. Retten kan ikke se at Braathens har sannsynliggjort at hensynet til effektiv utnyttelse er en tilstrekkelig tungtveiende grunn for forskjellsbehandling. Det er ikke sannsynliggjort tungtveiende økonomiske hensyn, og anførselen er i dårlig samsvar med det Braathens ellers har anført om at poengbegrensningen uansett ikke får noen reell arbeidstidsmessig effekt.

Braathens har også anført at piloter og kabinansatte utfører helt ulike arbeidsoppgaver og har ulik utdanning, lønn og øvrige betingelser. Det kan ikke være tvil om, og det er heller ikke bestridt av staten, at de to yrkesgruppene utfører arbeid av ulik verdi. Det sentrale rettslige spørsmålet er imidlertid om denne forskjellen i arbeid er en tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Selv om piloter og kabinansatte utfører ulikt arbeid og har ulik utdanning, kan ikke det begrunne enhver forskjellsbehandling mellom yrkesgruppene. Retten kan ikke se at Braathens har sannsynliggjort at de ulike bestemmelsene for poengbelastning kan begrunnes med at piloter og kabinansatte utfører arbeid av ulik verdi. Som nevnt bygger poengkravene i BSL, som er utgangspunktet for det sosiale godet pilotene har fått, på likebehandling.

Heller ikke Braathens anførsel om at forskjellsbehandlingen er har fremkommet som følge av frie forhandlinger mellom partene og at kravet om redusert poenggrense ikke er fremsatt av de kabinansatte under tarifforhandlingene, kan føre frem. Pilotene fikk heller ikke ordningen med redusert poenggrense i forbindelse med en tariffrevisjon. I flygernes sentrale tariffavtale (kollektivavtale mellom NHO/FL/Braathens og NF/BSF) som gjaldt perioden 1999 – 2002, var det i punkt 9.1 inntatt en bestemmelse om at de ansatte hadde rett til redusert arbeidstid i henhold til arbeidsmiljøloven § 46 A. Det ble videre vist til «retningslinjer utarbeidet mellom partene». Slike retningslinjer hadde de lokale tariffpartene Braathens og BSF utarbeidet i avtale 1 september 1998. Denne avtalen inneholdt imidlertid ikke bestemmelser om redusert arbeidstid ved uttak av en dag per arbeidsperiode og tilsvarende redusert poengbelastning. I avtalen het det at partene var «enige om at en på nåværende tidspunkt vil unngå/ikke ønsker å gi redusert arbeidstid i form av enkeltdager i en arbeidsperiode». Denne ordningen kom først inn i den tidligere nevnte lokal tariffavtale mellom Braathens og BSF av 10 november 2000, selv om dette var midt i tariffperioden for den sentrale kollektivavtalen – som først utlöp i 2002. Retten kan heller ikke se at forskjellsbehandlingen er tillatt etter § 3 fjerde ledd fordi de kabinansatte ikke har gjentatt kravet om redusert poenggrense ved de ordinære tarifforhandlingene.

Heller ikke praktiskadministrative hensyn, som Braathens har anført for Nemnda, kan anses som en tilstrekkelig saklig grunn i lovens forstand.

Braathens har anført at Nemndas avgjørelse vil ha alvorlige konsekvenser fordi avgjørelsen åpner for at arbeidsgiver etter likestillingsloven er forpliktet til å gi pilotene de samme «særfordelene» som de kabinansatte når det gjelder arbeidstidsbestemmelser. Til dette bemerker retten at lovens § 3 fjerde ledd åpner for at indirekte forskjellsbehandling er lovlig dersom begrunnelsen er saklig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. At de to yrkesgruppene utfører arbeid av ulik verdi og har ulike interesseprioriteringer ved tarifforhandlingene, kan klart være en saklig og forsvarlig begrunnelse for forskjellsbehandling. Poenget i denne saken er de to yrkesgruppene er ansett å være i sammenliknbare situasjoner i forhold til reglene om lik poengbegrensning i BSL, som de ulike bestemmelsene i tariffavtalene springer ut av. Den konkrete forskjellsbehandlingen kan videre ikke forsvares med at piloter og kabinansatte utfører arbeid av ulik verdi.

3. Saksomkostninger

Braathens har fått medhold i sin påstand om at Nemndas vedtak er ugyldig som følge av overskridelse av kompetansen i lovens § 14, men har ikke fått medhold i det materielle likestillingsspørsmålet i punkt 1 i påstanden. Saken må etter dette anses som dels vunnet og dels tapt. Hovedregelen i tvistemålsloven § 174 er da at hver av partene bærer sine saksomkostninger. Retten har vurdert om det er grunnlag for å gjøre unntak for hovedregelen, jf § 174 annet ledd, men har kommet til at verken de særlig oppregnede unntaksgrunner i annet ledd eller andre grunner tilsier at lovens hovedregel fravikes i denne saken.

Domsslutning:

1. *Vedtak av Klagenemnda for likestilling av 21 mars 2003 er ugyldig.*
2. *SAS Braathens AS har ikke rett til å avtale med pilotene at de ved deltidsarbeid i form av uttak av en fridag per arbeidsperiode har rett til reduksjon av 270-poenggrensen i Bestemmelser for sivil luftfart (BSL) tilsvarende reduksjonen i stillingsprosenten, slik som i avtale 10 november 2000, dersom ikke de kabinansatte i 80 prosent deltidsstilling får tilsvarende reduksjon av 270-poenggrensen.*
3. *Hver av partene bærer egne saksomkostninger.*