

Vern mot etnisk diskriminering ved ansettelse



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 554

Leveringsfrist: 25.11.2012

Til sammen 17 844 ord

23.11.2012

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.2	Er etnisk diskriminering et problem i arbeidslivet? Dagens situasjon for etniske minoriteter	4
1.3	Avgrensning og videre fremstilling	6
2	RELEVANTE RETTSKILDER	7
2.1	Innledning	7
2.2	Nasjonale rettskilder	7
2.3	Internasjonale rettskilder	9
2.3.1	EU og EØS-rett	9
2.3.2	Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner	10
3	ARBEIDSRETTLIG UTGANGSPUNKT: ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	11
4	DISKRIMINERINGSLOVEN § 4 – FORBUDET MOT DIREKTE OG INDIREKTE DISKRIMINERING	14
4.1	Hovedregel: forbud mot direkte og indirekte diskriminering	14
4.1.1	Diskrimineringsgrunnlagene	14
4.1.2	Direkte diskriminering	21
4.1.3	Indirekte diskriminering	28
4.2	Når er det tillatt med forskjellsbehandling?	35
4.2.1	Utgangspunktet etter norsk rett og internasjonale forpliktelser	35
4.2.2	Unntak fra forbudet mot direkte diskriminering	39

4.2.3	Unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering	43
4.3	Positiv særbehandling	45
4.4	Oppsummering	50
5	FORBUDET MOT DIREKTE OG INDIREKTE DISKRIMINERING VED ANSETTELSE – HVOR LANGT GÅR VERNET I PRAKSIS?	51
5.1	Innledning	51
5.2	Rekruttering og ansettelse	53
5.2.1	Utlysning av stilling – utforming av stillingsannonse	53
5.2.2	Sortering av jobbsøknader og innkalling til intervju	58
5.2.3	Gjennomføring av intervju	63
5.2.4	Vurdering av kompetanse og innstilling til ansettelse	66
5.3	Oppsummering	68
6	BEVISBYRDE: DISKRIMINERINGSLOVEN § 10	68
6.1	Hva er delt bevisbyrde? Formål og hensyn	68
6.2	Diskrimineringslovens bevisbyrdebestemmelse	72
6.2.1	Beviskrav på klagersiden – arbeidstaker	72
6.2.2	Kravet til motbevis – arbeidsgiver	79
6.3	Oppsummering	82
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	83
8	LITTERATURLISTE	88

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Tema for oppgaven er hvilket vern arbeidssøkere har mot diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk ved ansettelse, jf. diskrimineringsloven av 2005 nr. 33 § 4.

Diskrimineringsloven forbyr både direkte og indirekte diskriminering, jf. § 4 andre og tredje ledd. Siktemålet med avhandlingen er å redegjøre for diskrimineringsforbudet, og deretter gjennom en analyse av forvaltningspraksis søke å klarlegge hvor langt arbeidssøkers diskrimineringsvern rekker i møte med arbeidsgivers styringsrett på de ulike stadiene i en ansettelsesprosess, jf. § 4 fjerde ledd.

Hvorfor er det viktig å begrense arbeidsgivers handlingsrom for å beskytte arbeidstakere mot diskriminering? For den som blir diskriminert vil dette ofte oppleves som en integritetskrenkelse. Det vil ha negativ innvirkning på psyken, selvfølelsen og livskvalitet. Diskrimineringsvernet må også sees i lys av den norske arbeidslivsmodellen og den såkalte ”arbeidslinja”. Norge skal ha et inkluderende arbeidsliv med høy yrkesdeltakelse og lav arbeidsledighet, og det skal være mer lønnsomt å være en produktiv bidragsyter enn mottaker av sosiale ytelser, jf. arbeidsmarkedsloven av 2004 § 1. Arbeid er en sentral

sosial og økonomisk rettighet av betydning for demokrati, velferd, samfunnsdeltakelse, integrering, forsørgelse og selvrealisering. Diskrimineringsvernet er dessuten nødvendig for å iverksette regjeringens politiske mål om å motvirke systematiske forskjeller i levekår og muligheter som skyldes en befolkningsgruppes etniske bakgrunn.¹

Denne grunntanken om at et fungerende arbeidsmarked må bygge på et prinsipp om ikke-diskriminering ble tidlig nedfelt i ILO-konvensjon nr. 111 av 1959 om sysselsetting og yrke, ratifisert av Norge 24. september 1959.² Individets rett til å bli bedømt etter individuelle jobbrelevante ferdigheter og kvalifikasjoner har således folkerettslig forankring.

Diskrimineringslovens formål er tosidig, jf. diskrimineringsloven § 1. Loven skal for det første hindre diskriminering. Det individuelle diskrimineringsvernet tar sikte på å dekke alle med et reelt behov for beskyttelse, og det avgjørende er hvorvidt noen har blitt behandlet dårligere enn andre *på grunnlag av* etnisitet mv.³ I praksis er det imidlertid mennesker som tilhører de ”utsatte gruppene” som påberoper seg diskrimineringsvernet, dette er personer med minoritetsbakgrunn.

For det andre skal loven fremme likestilling. Det overordnede målet er reell likestilling i form av *like muligheter* for individer tilhørende ulike etniske

¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 9.1.5, s. 68.

² Ibid, pkt. 4.4.2, s. 35.

³ Ibid, pkt. 9.2.8.2, s. 79.

grupper.⁴ Det erkjennes både nasjonalt og internasjonalt at en tradisjonell og endimensjonal klagebasert lovgivning som kun pålegger arbeidsgiver negative forpliktelser i form av et forbud mot å diskriminere, og som deretter sanksjonerer et lovbrudd, ikke vil tilstrekkelig til å oppnå formålet om faktisk likestilling.⁵ Diskriminering kan skyldes strukturelle barrierer på den enkelte arbeidsplass som ikke kan reduseres til engangstilfelle eller identifiserbare individuelle handlinger.⁶ En klagebasert prosess individualiserer diskriminering ved å rette fokus mot en konkret gjerningsmann og konkrete hendelser, og fanger i utgangspunktet ikke opp diskriminering som ikke fører til en formell klage av arbeidstaker.⁷ Strukturell diskriminering er vanskelig å identifisere til dels fordi den er subtil og vevet inn i nøytral praksis og organisasjonskultur på den enkelte arbeidsplass, og fordi den ofte skyldes ubevisste stereotyper hos arbeidsgiver som påvirker dennes beslutninger lenge før selve beslutningstidspunktet.⁸

For å bekjempe strukturelle utfordringer som medfører diskriminering er det derfor nødvendig å pålegge arbeidsgiver proaktive forpliktelser, jf. diskrimineringsloven § 3a som pålegger arbeidsgiver en aktivitets- og rapporteringsplikt. Diskrimineringsloven § 3a vil ikke bli tatt opp til særskilt behandling, da dette vil falle utenfor avhandlingens rammer.

⁴ Ibid, pkt. 9.1.5, s. 69.

⁵ *Hellum* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 14, pkt. 14.2.1, s. 379.

⁶ *Craig* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 13, pkt. 13.2, s. 358.

⁷ Ibid, kap. 13, pkt. 13.2, s. 362.

⁸ Ibid, kap. 13, pkt. 13.2, s. 361.

Avhandlingen avgrenses også mot religion og livssyn som diskrimineringsgrunnlag. Disse grunnlagene reiser særskilte problemstillinger som ikke vil egne seg til felles behandling med etnisitet mv.

1.2 Er etnisk diskriminering et problem i arbeidslivet? Dagens situasjon for etniske minoriteter

Norge er et flerkulturelt samfunn. Per 1.1.2012 er det ca. 655 000 personer bosatt i Norge som enten har innvandret selv (547 000) eller er født i Norge med to innvandrerforeldre (108 000). Til sammen utgjør disse gruppene 13,1 prosent av befolkningen.⁹ Etniske minoriteter som typisk vil omfattes av diskrimineringsvernet danner ikke en homogen gruppe. De består av personer med bakgrunn fra 219 ulike land. Enkelte kommer til Norge som flyktninger, andre som arbeidsinnvandrere, studenter eller gjennom familiegjeningforening.

Undersøkelser, rapporter, informasjon fra organisasjoner og oppslag i media bekrefter at minoriteter starter i marginale posisjoner på arbeidsmarkedet. Statistikk viser at sysselsettingsnivået blant minoriteter generelt er lavere enn befolkningen totalt, også i perioder med høykonjunktur. I perioden 2007-2011 hadde innvandrerbefolkningen en ledighet som konsekvent lå mellom 5 og 7 prosent høyere enn majoritetsbefolkningen.¹⁰ Personer fra Asia og Afrika skiller seg ut med høye ledighetstall.¹¹

⁹ <http://www.ssb.no/innvandring/>

¹⁰ Midtbøen, Diskrimineringsens omfang og årsaker (2012), s. 38.

¹¹ I.c

Innvandrerens vanskelige stilling på arbeidsmarkedet skyldes til dels manglende utdannelse og motivasjon for yrkesdeltakelse, men også diskriminering. I perioden 2007-2011 behandlet Likestillings- og diskrimineringsombudet totalt 1200 klager, etnisitet og språksaker utgjorde ca. 21% av disse.¹² Arbeidslivet er det område hvor ombudet mottar flest klagesaker.

Rapport lagt frem av Institutt for samfunnsforskning basert på et felteksperiment der 1800 parvise søknader ble sent ut til reelle stillinger, viser blant annet at arbeidssøkere med utenlandske navn har større barrierer i tilgangen til arbeidslivet enn søkere med norske navn, til tross for at kvalifikasjoner er identiske.¹³ Dersom navntrekket signaliserer at søker har minoritetsbakgrunn, reduseres sannsynligheten for å bli kalt inn til intervju med 25%.¹⁴ Det er forskjeller i diskrimineringsraten mellom offentlig og privat sektor. Mens et utenlandsk navn reduserer sannsynligheten for å bli innkalt til intervju med ca. 10% i det offentlige, er tallet på det private arbeidsmarked ca. 34%.¹⁵

Selv om en del av innvandrerne som kommer til Norge, mangler de nødvendige kvalifikasjoner for å fungere i arbeidslivet, gjelder dette ikke alle.

¹² <http://www.ldo.no/no/Tema/Statistikk-og-analyse/Klagesaker-etter-diskrimineringsgrunnlag/>

¹³ Midtbøen (2012), s. 9.

¹⁴ I.c

¹⁵ Midtbøen (2012), s. 87.

Mange har også høy utdanning og lang yrkeserfaring. Til tross for dette får de ikke lønnet arbeid på lik linje med majoritetsbefolkningen. Innvandrere er overrepresentert i ufaglærte stillinger, i større grad ansatt i vikariater og mange må ta til takke med stillinger de er overkvalifisert for.¹⁶

Ofte er det slik at arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn må ha flere særegne kvaliteter sammenlignet med etnisk norske jobbsøkere for å bli vurdert som likeverdige i en ansettelsesprosess. De må skille seg ut på positive måter, blant annet ved å ha høyere utdanning og mer yrkeserfaring. Denne uttalelsen fra en HR-sjef i et transportfirma er en oppfatning som er utbredt blant arbeidsgivere, ”De må jo i hvert fall være like bra og kanskje et hakk bedre”.¹⁷

1.3 Avgrensning og videre fremstilling

Jeg vil i kapittel 2 kort gå inn på relevante rettskilder for avhandlingens problemstilling. Kapittel 3 omhandler arbeidsgivers styringsrett. I kapittel 4 vil det redegjøres for forbudet mot direkte og indirekte diskriminering med tilhørende unntaksbestemmelse samt adgangen til positiv særbehandling, jf. diskrimineringsloven §§ 4 og 8. I kapittel 5 vil jeg gjennom en analyse av forvaltningspraksis søke å klarlegge diskrimineringsvernets rekkevidde på ulike stadier i en ansettelsesprosess, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd. Kapittel 6 drøfter bevisbyrdebestemmelsen i diskrimineringsloven § 10. Kapittel 7 er mine avsluttende bemerkninger.

¹⁶ http://eero.no/smedarkiv/SMED_2005_Underveis0405_88s.pdf

¹⁷ Midtbøen (2012), s. 108.

2 Relevante rettskilder

2.1 Innledning

Rettskildebildet er sammensatt. Fremstillingen nedenfor tar sikte på å gi en kort, ikke-uttømmende redegjørelse for nasjonale og internasjonale rettskilder som er av relevans for avhandlingens materielle problemstilling. Samspillet mellom de ulike rettskildene, deriblant forholdet mellom diskrimineringsloven og de internasjonale forpliktelsene og hvordan dette påvirker rekkevidden av diskrimineringsvernet, vil søkes belyst mer konkret i kapittel 4.

2.2 Nasjonale rettskilder

Diskrimineringsloven av 2005 nr. 33 forbyr diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk.

Likestillingsloven av 1978 nr. 45, arbeidsmiljøloven av 2005 nr. 62 kapittel 13, og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008 nr. 42 har materielt like regler som diskrimineringsloven. Dette er tilsiktet av lovgiver.¹⁸

Rettskilder knyttet til de ulike lovene vil derfor ha relevans og vekt ved tolkningen av diskrimineringsloven. Dette gjelder særlig praksis med utgangspunkt i likestillingsloven, som var først ute med å opprette et diskrimineringsvern i norsk rett og som diskrimineringslovens forarbeider i stor utstrekning henviser til.

¹⁸ NOU 2009:14

Avhandlingens materielle problemstilling har i liten grad vært gjenstand for domstolsbehandling nasjonalt, og det foreligger lite rettspraksis som kaster lys over diskrimineringsvernets rekkevidde på ulike stadier i en ansettelsesprosess. Forarbeidene utgjør derfor en viktig rettskilde ved tolkningen av loven.

Manglende rettspraksis om diskriminering på grunnlag av etnisitet ved ansettelser skyldes opprettelsen av et eget håndhevingsapparat i form av et Likestillings- og diskrimineringsombud og Likestillings- og diskrimineringsnemnd, jf. diskrimineringsombudsloven av 10. juni 2005 nr. 40. Mens ombudet kommer med veiledende uttalelser som partene frivillig kan velge å rette seg etter, treffer nemnda bindende vedtak, jf. §§ 3, 6 og 7. Sammenlignet med ombudet og nemnda, er domstolsbehandling en langt dyrere og mer tidskrevende prosess.

Praksis fra ombudet og nemnda har ikke samme rettskildevekt som rettspraksis, særlig høyesterettspraksis. Slik avhandlingen viser vil imidlertid ombudets og nemndas rettsoppfatninger være relevante og vektige rettskilder å bygge på, når det ikke foreligger rettspraksis av betydning på området. Ombudet og nemnda har som særorgan særlig fagkunnskap om rettskildebildet og problemstillinger på diskrimineringsrettens område.

Av juridisk teori fra diskrimineringsretten er det særlig Anne Hellum og Kirsten Ketschers *Diskriminerings- og likestillingsrett* som gir en systematisk innføring i diskrimineringsrettslige problemstillinger innenfor ulike emner, inkludert diskriminering på grunnlag av etnisitet. Av internasjonal litteratur

vises det til Ronald Craigs *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*. Av juridisk teori med fremstilling av arbeidsrettslige spørsmål, deriblant diskrimineringsvern, kan nevnes Henning Jakhellns *Oversikt over arbeidsretten* og Gerd Engelsruds *Styring og vern*.

2.3 Internasjonale rettskilder

2.3.1 EU og EØS-rett

Diskrimineringsloven tar sikte på å implementere rådsdirektiv 2000/43/EF om diskriminering på grunnlag av rase og etnisk opprinnelse (etnisitetsdirektivet). Selv om direktivet ikke er en del av EØS-avtalen, har Norge på frivillig grunnlag sluttet seg til direktivet og til den minstestandard av diskrimineringsvern som det innfører.¹⁹ Implementering av direktivet innebærer blant annet at adgangen til å forskjellsbehandle etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd må tolkes innskrenkende på arbeidslivets område.

Per dags dato foreligger det ikke nasjonal praksis, verken forvaltningspraksis eller rettspraksis, som gir en avklaring på hvor langt arbeidsgiver kan gå i å særbehandle positivt på grunnlag av etnisitet, jf. diskrimineringsloven § 8. Høyesterett sin rettsanvendelse i Rt. 2012 s. 219 ”helikopterpilot”, illustrerer at EU-domstolens praksis vil være en viktig rettskilde ved tolkningen av direktiver som lovgiver har ønsket å implementere i norsk rett til tross for at

¹⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 5.1, s. 36.

de ikke er en del av EØS-avtalen.²⁰ Ved spørsmålet om positiv særbehandling og kvoteordninger vil særlig EU-rettens praksis på område for kjønnslikestilling være en relevant rettskilde.

2.3.2 Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

Lovgiver forutsetter at lovens diskrimineringsbegrep tolkes og anvendes i samsvar med internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og det rettskildemateriale som finnes i medhold av disse. Tolkningsuttalelser i form av *generelle rekommandasjoner* utarbeidet av de internasjonale overvåkningsorganene utgjør en sentral kilde ved tolkningen av FN-konvensjonenes diskrimineringsforbud.²¹

Den mest sentrale konvensjonen på området er FNs rasediskrimineringskonvensjon av 21. desember 1965 (RDK). Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. diskrimineringsloven § 2. RDK artikkel 2 bokstav d forplikter statene til å forby alle former for rasediskriminering og motarbeide slik diskriminering med alle egnede midler. Dette gjelder særlig i forbindelse med retten til arbeid og fritt valg av yrke, jf. art. 5 bokstav e punkt i. Rasediskrimineringsbegrepet presises i artikkel 1 nr. 1.

Et forbud mot diskriminering på grunnlag av etnisitet mv. fremkommer også av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), FNs konvensjon

²⁰ Avsnitt 41-73.

²¹ Strand, Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsutøvelse (2011), s. 49.

om sivile og politiske rettigheter (SP), og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Disse konvensjonene er gjort til norsk rett med forrang, jf. menneskerettsloven av 1999 §§ 2 og 3.

3 Arbeidsrettslig utgangspunkt: Arbeidsgivers styringsrett

Rettspraksis og juridisk teori har tradisjonelt sett definert arbeidsgivers styringsrett som en rett til å ”organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet”.²² Det dreier seg således om en form for heteronom kompetanse på arbeidsgivers hånd til ensidig å treffe avgjørelser og fastsette bestemmelser med rettslig bindende virkning for arbeidsforholdet og dets innhold.²³ I medhold av styringsretten er det derfor som hovedregel arbeidsgiver som fatter beslutninger om virksomhetens strukturering, arbeidsoppgaver, omfang og ressursdisponering.

Ansettelsesrett utgjør et sentralt element i styringsretten. Det er i utgangspunktet arbeidsgiver som avgjør hvilke nye stillinger som skal opprettes, og i den henseende dermed også hvilke arbeidsoppgaver og kvalifikasjonskrav som skal følge stillingene.

²² Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave (2006), s. 48-49. Se også Rt. 2008 s. 856.

²³ Evju, Arbeidsrett og styringsrett - et perspektiv, Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1 (2003), pkt. 4.3, s. 16.

Styringsretten har ikke en generell rettslig forankring i lov. Det foreligger ingen rettsregler som i generell form eksplisitt fastlegger at arbeidsgiver har en slik kompetanse. Styringsretten er imidlertid utvilsomt anerkjent som en rettslig norm i rettspraksis og av partene i arbeidslivet.²⁴ Det er i lovgivning, tariffavtaler og rettspraksis konsekvent bygget på at arbeidsgiver har en slik styringsrett, og enkelte bestemmelser i arbeidsrettslig lovgivning kan dessuten sees på som uttrykk for at arbeidsgiver har en slik styringskompetanse.²⁵ Problemstillingen er således ikke om det eksisterer en styringsrett for arbeidsgiver. Det er *rekkevidden* av styringsretten som danner grunnlaget for diskusjon.

Arbeidsgivers styringskompetanse er negativt avgrenset, den må utøves innenfor lovfestede og ulovfestede rettslige rammer. Arbeidsgiver kan ikke treffe beslutninger, gi påbud eller foreta vurderinger som er i strid med det som følger av lovgivning, tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler og alminnelige saklighetskrav.²⁶ Styringsretten er en *restkompetanse*.²⁷

Utgangspunktet om at arbeidsgivers styringsrom er begrenset, har solid forankring i rettspraksis. I Rt. 2000 s. 1602 ”Nøkk”, uttaler et samlet høyesterett på prinsipielt grunnlag at arbeidsgivers styringsrett må utøves innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Høyesterett legger til

²⁴ Rt. 2000 s 1602 og Rt. 2001 s. 418.

²⁵ Evju (2003), pkt. 5.1, s. 19.

²⁶ Engelsrud, Styring og vern, 4. utgave (2009), pkt. 1.1, s. 148-150.

²⁷ Evju (2003), pkt. 5.2, s. 19.

grunn at ”ved tolkningen og utfylling av arbeidsavtalene, må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen” (s. 1609). Dette videreføres også i Rt. 2001 s. 418. I denne dommen uttaler Høyesterett at styringsretten også vil være begrenset av mer allmenne arbeidsrettslige saklighetsnormer. ”Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn” (s. 427).

Det allmenne arbeidsrettslige saklighetskrav som oppstilles i Rt. 2001 s. 418, vil ikke ha en selvstendig rolle ved siden av diskrimineringsvernet ved drøftelsen av hva som er tillatt av forskjellsbehandling, da dette saklighetskravet allerede er forankret i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

I spørsmålet om *hvem* som skal ansettes, er styringsretten begrenset av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, jf. diskrimineringsloven § 4. Selv om arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten i utgangspunktet selv avgjør om det er nødvendig med ny arbeidskraft og hvorvidt nye stillinger skal utlyses, kan arbeidsgiver ikke fritt velge mellom søkere til en stilling. Det er et absolutt krav om at de ansettelses- og kvalifikasjonsvilkår som arbeidsgiver styrer etter fremstår som nødvendige ut fra et saklig formål, og ikke vil være uforholdsmessig inngripende overfor arbeidssøkere, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

Hvordan forbudet mot usaklig forskjellsbehandling setter rettslige rammer for arbeidsgivers vurderinger og beslutninger på de ulike stadiene i en ansettelsesprosess, vil jeg forsøke å illustrere i kapittel 5.

4 Diskrimineringsloven § 4 – forbudet mot direkte og indirekte diskriminering

4.1 Hovedregel: forbud mot direkte og indirekte diskriminering

4.1.1 Diskrimineringsgrunnlagene

Diskrimineringsloven § 4 første ledd forbyr diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk.

Diskrimineringsgrunnlagene virker i stor grad overlappende.

For å klarlegge diskrimineringsvernets rekkevidde ved ansettelse, er det imidlertid nødvendig å avklare hva de ulike begrepene tar sikte på å omfatte.

4.1.1.1 Etnisitet

Det sentrale diskrimineringsgrunnlaget i loven er etnisitet. Begrepet etnisitet er vagt og er, i likhet med de øvrige diskrimineringsgrunnlagene, ikke

nærmere definert i lovteksten gjennom en legaldefinisjon. Forarbeidene påpeker at etnisitet har både et subjektivt og et objektivt innhold.²⁸ Kultur, felles språk, holdninger, verdier og moralnormer utgjør en sentral del av etnisitetsbegrepets innhold.²⁹ Dette er elementer som er dynamiske og som derfor kan justeres, tilpasses og endres i tråd med samfunnsutviklingen.³⁰

Bruken av begrepet etnisitet som diskrimineringsgrunnlag skiller diskrimineringsloven fra internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og etnisitetsdirektivet. FNs rasediskrimineringskomité kritiserer Norge for å ikke anvende ”rase” som et diskrimineringsgrunnlag i tråd med den internasjonale reguleringen.³¹ Lovgiver påpeker at dette har vært tilsiktet som ledd i bekjempelsen av rasisme.³² Migration Policy Group uttaler at dette er hensyn som kan ivaretas ved å bruke det mindre betonte begrepet ”assumed race”, og dermed på den måten tilkjenner at også feilaktige subjektive oppfatninger rammes av diskrimineringsforbudet.³³ Racistisk diskriminering ligger i kjerneområdet for diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven § 4, og det er klart at loven vil ramme handlinger som karakteriseres som diskriminering på grunnlag av rase. Rasediskrimineringskonvensjonen gjelder dessuten

²⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.1.8.2, s. 87.

²⁹ I.c

³⁰ Ibid, s. 88.

³¹ CERD/63/CO/9 final Concluding Observations, CERD Sixty-third session 4-22 August, punkt 10.

³² Ot.prp. nr 33 (2004-2005), pkt. 10.1.8.4, s. 89.

³³ ”Good as far as it goes, but does it go far enough?” A report on Norway’s Anti-Discrimination Laws and Policies, November 29th 2007, s. 51-52.

direkte som norsk lov, jf. diskrimineringsloven § 2. Det er derfor utvilsomt at diskrimineringsloven i alle fall vil favne like vidt som vernet etter internasjonale menneskerettighetskonvensjoner når det gjelder beskyttelsen mot rasediskriminering.

4.1.1.2 Nasjonal opprinnelse. Forholdet til nasjonalitet og statsborgerskap

Nasjonal opprinnelse er et beskyttet grunnlag etter flere internasjonale konvensjoner, jf. blant annet SP. art. 26 og RDK art. 1 nr 1. Nasjonal opprinnelse omfatter i stor grad elementer som også utgjør en sentral del av etnisitetsbegrepets alminnelige innhold. Det fremkommer av forarbeidene at begrepet nasjonal opprinnelse vil bestå av ”fødested, landbakgrunn og sted hvor man har hatt sin oppvekst eller bakgrunn fra”.³⁴

Selv om nasjonal opprinnelse ligger nær opp til etnisitet, er det tatt med i lovteksten som et selvstendig grunnlag for å tydeliggjøre diskrimineringsvernets rekkevidde, og for å vise at diskriminering som bygger på slike forhold vil være forbudt uten at det vil være nødvendig å foreta en nærmere vurdering av etnisiteten.³⁵ Nasjonal opprinnelse som selvstendig diskrimineringsgrunnlag vil kunne være av betydning for arbeidssøkere og arbeidstakere som har sin opprinnelse i land med nær tilknytning til norsk kultur og tradisjon, for eksempel andre skandinaviske land. Dersom en

³⁴ Ot.prp. nr 33 (2004-2005), pkt. 10.1.8.3, s. 88

³⁵ *Holgeresen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.3.4, s. 162.

arbeidsgiver usaklig unnlater å innkalle en svensk arbeidssøker til intervju fordi vedkommende er født i Sverige, vil det være mer nærliggende å fastslå at handlingen kan ha vært diskriminerende på grunnlag av nasjonal opprinnelse enn etnisitet.

Diskrimineringsloven oppstiller ikke nasjonalitet som et diskrimineringsgrunnlag. Nasjonalitet anvendes som synonymt med statsborgerskap, og begrepet er derfor innholdsmessig noe annet enn nasjonal opprinnelse. Europarådets kommisjon sin anbefaling til medlemstatene om utformingen av nasjonal lovgivning til bekjempelse av rasisme og intoleranse, oppstiller nasjonalitet som ett av flere diskrimineringsgrunnlag.³⁶ EUs rådsdirektiv 2000/43/EF legger imidlertid konkret til grunn i art. 3 nr. 2 at det vern direktivet søker å oppstille ikke vil berøre diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

Etter SP, ØSK og EMK vil nasjonalitet omfattes av begrepet ”other status”.³⁷

Selv om diskrimineringsloven ikke uttrykkelig nevner nasjonalitet som diskrimineringsgrunnlag, fremkommer det av forarbeidene at det kan tenkes tilfelle der forskjellsbehandling på grunnlag av statsborgerskap vil kunne rammes av forbudet mot indirekte diskriminering på grunnlag av etnisitet. Selv om også mange etniske minoriteter er norske statsborgere, vil et krav om

³⁶ ECRI General Policy Recommendation no. 7: National legislation to combat racism and racial discrimination, 13. desember 2002.

³⁷ *Holgeresen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.3.4, s. 163.

norsk statsborgerskap som ansettelsesvilkår slå skjevt ut, og først og fremst ramme arbeidssøkere og arbeidstakere med en annen etnisitet enn norsk.³⁸

Unntagelsen av nasjonalitet som et eget diskrimineringsgrunnlag, innebærer ikke at det er tillatt å diskriminere *mellom* ulike grupper av utenlandske statsborgere. Dette kommer klart frem i rasediskrimineringskonvensjonen art. 1 nr. 3 og i rasediskrimineringskomiteen rekommandasjon fra 1993.³⁹

4.1.1.3 Avstamning og hudfarge

Avstamning som diskrimineringsgrunnlag har som siktemål å hindre diskriminering av personer som er født inn i en bestemt gruppe eller som har et bestemt slektskap. Begrepet er bredt, og favner alle former for sosial lagdeling i samfunnet som er både medfødt, nedarvet eller tilskrevet, for eksempel kaste, klan eller stammetilhørighet.⁴⁰ Diskrimineringsloven samsvarer med rasediskrimineringskonvensjonen på dette punkt, som oppstiller ”descent” som diskrimineringsgrunnlag, jf. art 1. nr. 1.

Avstamning som diskrimineringsgrunnlag vil kunne være av betydning *mellom* minoriteter. Det kan for eksempel tenkes at en innvandrerbbutikk ikke

³⁸ LDN sak 18/2006

³⁹ General Recommendation No. 11 on non-citizens (art.1), forty-second session, 19.03.1993, pkt. 1.

⁴⁰ Ot.prp. nr 33 (2004-2005), pkt. 10.1.8.5, s. 89

ansetter en person fra samme land fordi vedkommende tilhører en annen stamme eller kaste.

Hudfarge har stor tilknytning til en persons etnisitet, og hudfarge som diskrimineringsgrunnlag fremgår eksplisitt i konvensjoner som RDK, SP, ØSK og EMK. Hudfarge må dessuten anses for å være en del av det vern EUs rådsdirektiv 2000/43/EF tar sikte på å bygge opp.

Hudfarge som diskrimineringsgrunnlag vil være av særlig betydning på intervjustadiet i en ansettelsesprosess. Hudfarge vil ikke bare være viktig for etniske minoriteter som synlig har en annen hudfarge, men også for adoptivbarn og barn som har én utenlandsk forelder.⁴¹ Da slike barn vil kunne ha norsk identitet men skille seg ut på grunn av hudfargen, kan det skape uklarheter med hensyn til om de er omfattet av vernet mot diskriminering på grunnlag på etnisitet.⁴² Tilføyelsen av hudfarge i lovteksten vil gjøre det klart at også diskriminering overfor slike personer vil falle inn under diskrimineringsforbudet.

4.1.1.4 Språk

Språk har sammenheng med andre diskrimineringsgrunnlag som etnisitet og nasjonal opprinnelse. Personer som ikke har sin etniske bakgrunn i Norge, vil ofte ha et annet morsmål enn norsk. Daværende Senter mot etnisk

⁴¹ I.c

⁴² I.c

diskriminering (SMED) var en av flere høringsinstanser som presiserte nødvendigheten av språk som diskrimineringsgrunnlag. SMEDs egne erfaringer viste at uforholdsmessige krav til norskkunnskaper i arbeidslivet var vanlig årsak til diskriminering, og mente derfor at det ville ha en preventiv effekt dersom språk ble tatt med som et eget diskrimineringsgrunnlag i lovteksten.⁴³

Problemstillingen i praksis vil ofte være hvorvidt arbeidssøker behersker norsk på et nivå som er tilstrekkelig til å oppfylle de krav som er nødvendige for å opptre i stillingen. For en arbeidsgiver blir det således et spørsmål om manglende norskkunnskaper utgjør en saklig grunn til forskjellsbehandling, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

Betegnelsen språk er ikke anvendt konsekvent i den internasjonale reguleringen. Språk som diskrimineringsgrunnlag er nevnt uttrykkelig i SP, ØSK og EMK, men er derimot ikke tatt med i RDK og EUs etnisitetsdirektiv. Språk er et aspekt ved etnisitet, og diskriminering på grunnlag av språk vil i visse tilfelle kunne falle innenfor forbudet mot indirekte diskriminering på grunnlag av ”rase, hudfarge, avstamning og nasjonal opprinnelse” etter RDK og ”race eller etnisk opprinnelse” etter EUs etnisitetsdirektiv.⁴⁴

⁴³ Ibid, pkt. 10.1.7.6, s. 86.

⁴⁴ *Holgensen* i *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008), kap. 5, pkt. 5.3.6, s. 164.

4.1.2 Direkte diskriminering

Diskrimineringsloven § 4 andre ledd legger til grunn at direkte diskriminering foreligger når en ”handling eller unnløtelse har som formål eller virkning at personer eller foretak pÅ grunnlag som nevnt i første ledd blir behandlet dÅrligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon”. I juridisk litteratur beskrives direkte diskriminering ofte kort, løst og unyansert som *ulik behandling av like tilfelle*.⁴⁵ Bestemmelsen mÅ leses i sammenheng med § 4 fjerde ledd, som oppstiller unntak fra diskrimineringsforbudet dersom handlingen eller unnløtelsen er saklig, nødvendig og forholdsmessig.

Legaldefinisjonen av direkte diskriminering i § 4 andre ledd reiser en del spørsmål i forhold til de enkelte kumulative vilkÅr som mÅ vÅre oppfylt, og siktemÅlet videre er derfor Å foreta en nÅrmere presisering av lovens ordlyd.

BÅde aktive handlinger og unnløtelser omfattes av forbudet direkte diskriminering. At unnløtelser omfattes er viktig i arbeidslivet, da manglende innkalling til intervju utgjør en vanlig form for diskriminering. Selv om annonsering ikke er nevnt spesifikt, presiserer forarbeidene at alle typer av annonser og løpesedler med diskriminerende innhold vil vÅre omfattet av bÅde forbudet mot direkte og indirekte diskriminering.⁴⁶ Et renseri som utlyser en stilling og krever at arbeidstaker behersker flytende norsk, bÅde muntlig og

⁴⁵ Ibid , kap. 5, pkt. 5.2.1, s. 153.

⁴⁶ Ot.prp. nr 33 (2004-2005), pkt. 10.3.2.3, s. 95.

skriftlig, diskriminerer på grunnlag av språk. I dette tilfelle vil et slikt språkkrav ikke være saklig og forholdsmessig sett i forhold til hva som er nødvendig for å utføre arbeidet på en tilfredsstillende måte.

Rene ytringer vil ikke være omfattet. Grensen mellom rene ytringer og handlinger er imidlertid ikke klar, og ytringer må derfor vurderes i den kontekst de blir fremsatt.⁴⁷ En ytring kan i utgangspunktet være en annonse og dermed omfattes av alternativet handling, for eksempel en arbeidsgiver som ytrer på fjernsyn eller radio at bedriften har et behov for arbeidskraft og at nye stillinger herved annonseres. Hvorvidt en handling kommer til uttrykk skriftlig eller muntlig er ikke av avgjørende betydning, og begge former vil falle innenfor lovens virkeområde.

Forbudet mot direkte diskriminering retter seg både mot handlinger og unnlaterer med diskriminerende *formål*, og handlinger og unnlaterer med diskriminerende *virkning*. En formålsrettet diskriminering som ikke oppfyller kravene til saklig forskjellsbehandling, utgjør den mest direkte form for ulovlig forskjellsbehandling, og kan i utgangspunktet karakteriseres som rasisme.

Direkte diskriminering kan foreligge selv om handlingen eller unnlateren ikke er bevisst og formålsrettet, en såkalt ubevisst direkte diskriminering.⁴⁸

⁴⁷ Ibid, pkt. 20, s. 205.

⁴⁸ NOU 2002:12, punkt 13.5.2.2, s. 238.

Slik diskriminering forekommer ofte på grunn av holdninger og stereotypier om den etniske gruppen personen tilhører. For en arbeidssøker vil dette innebære at et navn med utenlandsk klang indirekte kan vekke stereotypier arbeidsgiver har, og som dermed vil styre ansettelsesprosessen og den individuelle vurderingen av kompetanse og kvalifikasjoner. Selv om arbeidsgiver ikke handler med diskriminerende hensikt, vil han således fortsatt handle ”på grunn av” arbeidssøkers etniske bakgrunn og de forbudte diskrimineringsgrunnlag.

Diskriminerende hensikt kreves ikke som vilkår for å konstatere direkte diskriminering. Motiv om å diskriminere vil i de fleste tilfelle være skjult eller tilsørt, og bevismessig vil det være enklere å fastslå at en handling eller unnlattelse har en diskriminerende virkning, enn å redegjøre for om arbeidsgiver har handlet bevisst og målrettet.⁴⁹ Craig skriver at ”...intentional discrimination is simply not the fundamental problem that needs addressing...the most prevalent and embedded forms of discrimination today derive from subtle and non-conscious bias which is so much a part of our culture and history that one is not even aware of it” og at ”the injury to equality exists irrespective of the decisionmakers’ motives and should thus be addressed”.⁵⁰

⁴⁹ Craig, Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of ethnic equality (2007), s. 72.

⁵⁰ Ibid s. 73-74.

En gjennomgang av likestillings- og diskrimineringsombudets praksis viser at de saker som klages inn for ombudet fra arbeidstakere ofte gjelder tilfelle hvor en handling eller en unnløtelse har fått en virkning i form av dårligere behandling, for eksempel at en midlertidig kontrakt ikke blir fornyet⁵¹ eller at arbeidstaker i et vikariat blir forbigått når arbeidsgiver innkaller til intervju for å fylle opp arbeidsbehovet med en fast stilling.⁵²

I den internasjonale reguleringen synes det ikke å være tvil om at diskriminerende hensikt ikke kan kreves. Rasediskrimineringskonvensjonen sier dette uttrykkelig i art. 1 nr. 1 ("purpose or effect"). I en generell kommentar om fortolkningen av SP-konvensjonens bestemmelser om diskriminering, uttaler FNs menneskerettighetskomité at det i likhet med RDK, også etter SP er et spørsmål "purpose or effect".⁵³ Det sentrale vurderingstema etter både norsk rett og internasjonale konvensjoner er således hvilke *resultater* en handling eller unnløtelse har.

Hvorvidt arbeidsgiver har handlet med diskriminerende hensikt vil imidlertid være av betydning for erstatningsspørsmål, jf. diskrimineringsloven § 14, og for utfallet av forholdsmessighetsvurderingen, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

⁵¹ LDN sak nr. 18/2007.

⁵² LDN sak nr. 18/2008.

⁵³ General Comment nr. 18 on Non-discrimination, thirty-seventh session, 10.11.1989, punkt 7.

Diskrimineringsloven krever at personer eller foretak blir behandlet *dårligere* enn andre blir, er blitt eller ville ha blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Når det skal vurderes om direkte diskriminering har funnet sted, må det således foretas en sammenligning mellom personen som mener seg diskriminert og situasjonen til andre personer. For arbeidstakere med minoritetsbakgrunn innebærer dette at de på grunn av sin etnisitet havner i en mindre gunstig posisjon enn etnisk norske arbeidstakere eller andre arbeidstakere som tilhører en annen etnisitet enn vedkommende.

Diskrimineringsloven bruker samme formulering som EUs etnisitetsdirektiv art 2 nr. 2 bokstav a. En naturlig språklig forståelse av ordlyden, å komme ”dårligere” ut enn andre, indikerer at det ikke stilles kvalifikasjonskrav til graden og omfanget av ulikheten. Det er tilstrekkelig at det foreligger en forskjell.⁵⁴

Forarbeidene til diskrimineringsloven belyser imidlertid ikke nærmere hva det vil innebære å bli behandlet dårligere enn andre. Likestillingsloven § 3 andre ledd anvender en tilsvarende betegnelse, og praksis med utgangspunkt i denne kan gi veiledning.

Etter reglene om kjønnsdiskriminering vil det å komme i ”en dårligere stilling” bety tap av goder eller rettigheter, forbigåelse ved ansettelse og forfremmelse, endring av arbeidsoppgaver som ikke samsvarer med arbeidsavtalen og som ikke kan hjemles i styringsretten, manglende opplæring

⁵⁴ *Holgensen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.4.2, s. 168.

og tilrettelegging, lavere lønn og annet økonomisk tap.⁵⁵ Det dreier seg således om forhold som har en konkret og direkte betydning for arbeidstakere. Hva som er dårligere behandling må i utgangspunktet vurderes etter en objektiv målestokk og hva som til vanlig blir sett på som negativt. Dersom det etter en objektiv vurdering av omstendighetene fortsatt er tvilsomt om arbeidstaker har kommet i en mindre gunstig situasjon enn andre, vil arbeidstakers egen subjektive oppfatning av situasjonen kunne være av betydning.⁵⁶

Den sammenligningen som må foretas krever ikke at det rent faktisk er en eller flere konkrete personer å sammenligne med. Direkte diskriminering vil kunne foreligge også etter en sammenligning med en *ikke-eksisterende, hypotetisk tredjeperson*.⁵⁷ Lovteksten sier uttrykkelig, i likhet med forbudet mot direkte diskriminering i EUs etnisitetsdirektiv, at det er tilstrekkelig at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at andre ville ha blitt behandlet på en bedre måte i en tilsvarende situasjon eller med andre ord, at vedkommende er behandlet på en måte som andre ikke ville ha blitt. Hensynet til effektiv håndheving av diskrimineringsvernet begrunner en slik regel.⁵⁸ Hva som er eller ville ha vært en tilsvarende situasjon, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle på bakgrunn av sakens forhold.⁵⁹

⁵⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975), punkt 3.2.1, s. 26.

⁵⁶ LDN 2006/7.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.3.2.3, s. 94.

⁵⁸ NOU 2002: 12, punkt 13.5.3.2, s. 240.

⁵⁹ Strand, "Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?" (2007), pkt. 4.3.1, s. 144.

Dersom det ikke finnes en faktisk sammenligningsperson i det konkrete tilfelle, blir det et bevisspørsmål om direkte diskriminering foreligger. Å føre bevis for at en hypotetisk tredjeperson ville ha blitt behandlet annerledes, kan i noen tilfelle medføre vanskeligheter da det dreier seg om hypotetiske vurderinger om fremtidige forhold. I andre tilfelle vil det være enklere å fastslå at direkte diskriminering foreligger. Det kan tenkes at et adoptivbarn henvender seg til en bedrift per telefon eller mail med forespørsel om ledige stillinger, og personen får opplyst at det er behov for arbeidskraft. Hvis vedkommende blir avvist av arbeidsgiver uten nærmere begrunnelse når han møter opp for å levere søknaden sin personlig, vil avslaget typisk skyldes personens mørkere hudfarge og at arbeidsgiver hadde en feilaktig oppfatning av vedkommende på grunn av navn og beherskelse av det norske språk, selv om arbeidsgiver forholder seg taus om dette. Det vil i slike tilfelle være stor sannsynlighet for at en stilling blir lyst ut på nytt, og at ny person ansettes. Arbeidsgivers handling vil falle inn under forbudet mot direkte diskriminering.

For å konstatere brudd på forbudet mot direkte og indirekte diskriminering er det et vilkår at det foreligger en *årsakssammenheng* mellom den dårligere behandlingen, og et vernet diskrimineringsgrunnlag. I forhold til direkte diskriminering, kommer kravet om årsakssammenheng uttrykkelig frem i lovteksten i § 4 andre ledd, gjennom ordene ”på grunnlag som nevnt i første ledd”. En arbeidssøker med minoritetsbakgrunn som blir forbigått i en ansettelsesprosess vil ikke være diskriminering i seg selv, dersom forbigåelsen bygger på manglende kompetanse og arbeidssøker ikke har de kvalifikasjoner

som er nødvendige for å fungere i stillingen. I praksis vil problemstillingen som oftest være om arbeidsgiver har lagt vekt på etnisitet i sine vurderinger og om dette utgjør usaklig forskjellsbehandling.

Hvorvidt det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng utgjør et bevisspørsmål og vil derfor bli behandlet mer utdypende i kapittel 6.

4.1.3 Indirekte diskriminering

Indirekte diskriminering karakteriseres ofte som lik behandling av ulike tilfelle⁶⁰, eller som likebehandling som er etisk uakseptabel.

Indirekte diskriminering skyldes at en *konkret og tilsynelatende nøytral* bestemmelse, praksis, betingelse, handling eller unnlattelse slår skjevt ut og fører til at personer eller grupper kommer dårligere ut enn andre på grunn av etnisitet mv., jf. diskrimineringsloven § 4 tredje ledd. Ved å bruke uttrykket ”tilsynelatende nøytral” søker lovteksten å vise at det er bestemmelser mv. som isolert sett *ikke* er diskriminerende men som *fører til* diskriminerende resultater som rammes av forbudet mot indirekte diskriminering. Dersom bestemmelsen mv. ikke er ”tilsynelatende nøytral”, vil det diskriminerende resultatet falle inn under forbudet mot direkte diskriminering.

⁶⁰ *Holgensen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.2.1, s. 153

I følge forarbeidene har det vært tilsiktet fra lovgiver sin side å sidestille begrepene betingelse og bestemmelse i lovteksten. I motsetning til en bestemmelse, som er mer skriftliggjort og formell, er betingelse av en mer uformell art.⁶¹ I arbeidslivet vil begrepene ”betingelse” og ”bestemmelse” referere til blant annet både skreven og uskreven ansettelsespraksis, retningslinjer, stillingsannonser, bonusordninger på den enkelte arbeidsplass, innholdet i individuelle arbeidsavtaler mv. Krav norsk utdanning, norsk statsborgerskap eller avtjent verneplikt i Norge vil slå skjevt ut for arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn. Dersom slike krav ikke er saklig begrunnet, nødvendige og forholdsmessige, vil det være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering.⁶²

En gjennomgang av ombudets og nemndas praksis viser at problemstillingen i arbeidslivet ofte knytter seg til håndhevelsen av uniformsreglement fastsatt av arbeidsgiver. Dersom det stilles krav til arbeidstakeres klesdrakt, kan dette medføre at kvinner som bruker hijab eller menn med turban ikke vil kunne oppfylle kravene og at de da blir behandlet annerledes på grunn av etnisitet og religion. Spørsmålet drøftet av ombudet og nemnda i slike tilfelle har da vært hvorvidt krav om nøytralitet fastsatt i uniformsreglement har vært saklig begrunnet og om det er nødvendig og forholdsmessig, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

⁶¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.3.3.3, s. 96.

⁶² NOU 2002: 12, pkt. 13.5.3.3, s. 241.

Ved indirekte diskriminering, er det klart at det ikke stilles krav om diskriminerende hensikt. Et slikt krav kan ikke utledes av lovteksten eller forarbeidene, og kan heller ikke innfortolkes på grunnlag av Norges internasjonale forpliktelser.⁶³ Det er derfor samsvar mellom direkte og indirekte diskriminering på dette punkt.

Selv om diskriminerende hensikt ikke er et vilkår, kan indirekte diskriminering i likhet med direkte diskriminering være både bevisst og ubevisst.⁶⁴ Det kan tenkes at en arbeidsgiver oppstiller krav om norsk statsborgerskap eller norsk utdanning for å forhindre arbeidstakere med minoritetsbakgrunn i å søke arbeid i bedriften. Her vil det foreligge en bevisst intensjon fra arbeidsgiver om å holde visse etniske grupper utenfor ved å utforme en tilsynelatende nøytral bestemmelse. Hvorvidt resultatet er bevisst eller ubevisst, er av uten betydning da diskrimineringsloven § 4 tredje ledd vil ramme begge former indirekte diskriminering.

Diskrimineringslovens definisjon av når indirekte diskriminering skal anses å foreligge, sonder mellom arbeidslivet og andre samfunnsområder. *Utenfor* arbeidslivet må en bestemmelse mv. stille en person ”særlig ufordelaktig”, jf. § 4 tredje ledd første punktum. I arbeidslivet gjelder derimot et annet rettslig utgangspunkt, jf. § 4 tredje ledd annet punktum. Her kreves det ikke at det må foreligge en *kvalifisert* dårligere behandling for å komme inn under vernet mot indirekte diskriminering. Det er tilstrekkelig at personen *stilles dårligere*

⁶³ *Holgensen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.4.3, s. 171.

⁶⁴ NOU 2002: 12, pkt. 13.5.3.3, s. 241.

sammenlignet med andre arbeidssøkere eller arbeidstakere med en annen etnisitet mv., altså tilsvarende det krav som stilles etter forbudet mot direkte diskriminering. Forbudet mot indirekte diskriminering i diskrimineringsloven etablerer således et sterkere vern for arbeidssøkere og arbeidstakere enn etnisitetsdirektivet, jf. art. 2 nr. 2 bokstav b som også anvender uttrykket ”særlig ufordelagtig”. Bakgrunnen for en slik særløsning, er at samme formulering var brukt i arbeidsmiljølovens tidligere bestemmelser om diskriminering på grunnlag av etnisitet mv. Lovgiver ønsket ikke å svekke vernet da bestemmelsene i arbeidsmiljøloven ble opphevet i og med vedtakelsen av diskrimineringsloven, og samme formulering brukes derfor nå også i § 4 tredje ledd annet punktum.⁶⁵

Selv om diskrimineringslovens forbud mot indirekte diskriminering er bygget opp etter samme prinsipper som EUs etnisitetsdirektiv art 2 nr. 2 bokstav b, foreligger det en forskjell i måten ordlyden er formulert på. Etter etnisitetsdirektivet er det tilstrekkelig at en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis ”vil stille” personer som er beskyttet av de vernede diskrimineringsgrunnlag særlig ufordelaktig i forhold til andre personer. Bestemmelsens formulering er begrunnet med to hensyn. For det første vil det forenkle den bevismessige situasjonen til personer som mener seg diskriminert ved at de ikke må vise til konkrete diskriminerende virkninger, og for det andre har det vært ønskelig av forebyggende hensyn å ramme bestemmelser, praksis mv. som *kan* ha en diskriminerende virkning

⁶⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.3.3.3, s. 97.

også før en slik konkret virkning har oppstått.⁶⁶ En slik løsning innebærer at det vil være tilstrekkelig at en bestemmelse mv. er *egnet* til å diskriminere for å slå fast at et brudd på forbudet mot indirekte diskriminering foreligger.⁶⁷ Konkrete bevis om diskriminerende virkning kreves således ikke.

Dette står i motsetning til diskrimineringslovens ordlyd i § 4 tredje ledd annet punktum, som legger til grunn at en nøytral bestemmelse mv. ”faktisk virker slik” at en arbeidssøker eller arbeidstaker stilles dårligere enn andre.

Forarbeidene presiserer imidlertid at diskrimineringsloven § 4 tredje ledd annet punktum må tolkes i samsvar med EUs etnisitetsdirektiv, slik at det også etter diskrimineringsloven vil være tilstrekkelig at det foreligger en bestemmelse, betingelse mv. som *vil stille* personer tilhørende bestemte etniske grupper mv. dårligere for at det skal utgjøre indirekte diskriminering i arbeidsforhold. Lovgiver har ikke bevisst ønsket å bryte med etnisitetsdirektivet til tross for lovtekstens ordlyd.⁶⁸

Et spørsmål er hvorvidt den konkrete virkning eller den virkning som en bestemmelse mv. er egnet til å fremkalle, må være av en slik art at den *typisk* vil ramme personer med samme etniske bakgrunn som den arbeidssøker eller arbeidstaker som fremsetter en påstand om diskriminering.⁶⁹ Å konstatere indirekte diskriminering på grunnlag av spesielle, individuelle og særegne etniske karakteristikk vil svekke arbeidsgivers rettssikkerhet. Det vil

⁶⁶ Strand (2007), pkt. 4.3.2, s. 145.

⁶⁷ I.c

⁶⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.3.3.3, s. 97.

⁶⁹ *Holgersen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.4.3, s. 172.

dessuten ikke være i samsvar med lovens overordnede og generelle formål å ramme slike enkeltstående spesielle tilfelle.⁷⁰ Forarbeidene legger derfor til grunn at forbudet mot indirekte diskriminering forutsetter en sammenligning av grupper av personer.⁷¹ Dette innebærer at selv om en konkret arbeidssøker eller arbeidstaker blir gjenstand for et diskriminerende resultat, må det foreligge en form for typisitet over forholdet, slik at også andre personer med en tilsvarende etnisk bakgrunn ville ha blitt stilt dårligere som følge av bestemmelsen mv.

Indirekte diskriminering utgjør også en sentral del av det vern mot diskriminering som blant annet FN konvensjonene tar sikte på å oppstille. Rasediskrimineringskonvensjonens definisjon i art. 1 av hva som er diskriminering i konvensjonens forstand, sonderer ikke markert mellom direkte og indirekte diskriminering slik diskrimineringsloven gjør. Rasediskrimineringskomiteen kommer imidlertid med en uttalelse i General Recommendation nr. 14 som kaster lys over diskrimineringsbegrepet, og hvor det legges til grunn at ”in seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it will look to see whether that action has an *unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin* (min kursivering).”⁷² En “unjustifiable

⁷⁰ I.c

⁷¹ NOU 2002: 12, pkt. 13.5.3.3, s. 241.

⁷² General Recommendation nr. 14: Definition of discrimination (art. 1, para. 1), forty-second session, 22.03.1993, punkt 2.

disparate impact upon a group...” utgjør kjernen i et forbud mot indirekte diskriminering.⁷³

I motsetning til begrepene direkte og indirekte diskriminering, kan strukturell diskriminering ikke alltid reduseres til engangstilfelle eller identifiserbare individuelle handlinger.⁷⁴ Det som kjennetegner en slik form for diskriminering i arbeidslivet er at ”den er knyttet til administrativ praksis og organisasjonskulturer som uten saklig grunn skaper eller bevarer en posisjon av relativ ulempe for noen grupper og relativ fordel for andre grupper”.⁷⁵ Selv om slike strukturelle forhold av formell og uformell art i enkelte tilfelle ikke gir seg utslag i direkte eller indirekte diskriminering, vil det fortsatt foreligge en diskriminerende effekt innebygget i systemet som hindrer like muligheter for personer med minoritetsbakgrunn.⁷⁶ Strukturell diskriminering kan ikke alene overkommes gjennom et klagebasert individuelt diskrimineringsvern i form av et forbud mot direkte og indirekte diskriminering.⁷⁷

⁷³ Craig (2007), s. 70.

⁷⁴ Craig i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 13, pkt. 13.2, s. 358.

⁷⁵ I.c.

⁷⁶ NOU 2002: 12, pkt. 3.6, s. 35.

⁷⁷ Craig i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 13, pkt. 13.3, s. 362.

4.2 Når er det tillatt med forskjellsbehandling?

4.2.1 Utgangspunktet etter norsk rett og internasjonale forpliktelser

Det er på det rene at et forbud mot direkte og indirekte diskriminering ikke kan gjelde absolutt og i alle situasjoner. Dette gjelder spesielt på arbeidslivets område, hvor diskrimineringsvernet må balanseres opp mot arbeidsgivers styringsrett. Det kan foreligge omstendigheter som medfører et legitimt behov om å vektlegge karaktertrekk som etnisitet og språk mv. I tilknytning til bestemmelser som oppstiller forbud mot diskriminering har det derfor både nasjonalt og internasjonalt alltid vært uttrykkelig fastsatt eller innfortolket som en del av diskrimineringsbegrepet en adgang til å gjøre unntak fra forbudene. Det er *usaklig forskjellsbehandling* diskrimineringsvernet tar sikte på å beskytte mot.

Diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd legger til grunn at ”forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her”. Bestemmelsen oppstiller kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at en forskjellsbehandling skal gå klar av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, og forutsetter en tre-leddet vurdering. Diskriminering vil således være *resultatet* av denne vurderingen dersom de kumulative vilkår ikke er oppfylt i den konkrete sak. Ordlyden sonderer ikke mellom ulike samfunnsområder, og adgangen til å gjøre unntak gjelder derfor hele lovens virkeområde, både i arbeidslivet og utenfor. Etnisitetsdirektivet medfører imidlertid at adgangen til å

forskjellsbehandle etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd må tolkes innskrenkende på arbeidslivets område.

For det første må det tas stilling til om forskjellsbehandlingen bygger på et saklig formål. Saklighetskravet innebærer at det formål som arbeidsgiver begrunner en diskriminerende handling, unnlattelse, bestemmelse mv. med, må være av en slik art at prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandling bør vike.⁷⁸ Innebygget i saklighetsvurderingen er således om formålet i seg selv objektivt sett fremstår som legitimt, rimelig og forsvarlig.⁷⁹ Arbeidsgiver må dessuten bygge på et faktum som objektivt sett er korrekt.⁸⁰ For det annet må det for arbeidsgiver ikke foreligge andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer. Dersom det foreligger andre handlingsalternativer som er egnet til å oppfylle formålet uten at diskriminerende virkninger inntreer og som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, vil forskjellsbehandlingen ikke være nødvendig i lovens forstand.⁸¹ For det tredje må det foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom det formål som forskjellsbehandlingen tar sikte på å oppnå og middelet som anvendes for å nå dette målet. Proporsjonalitetsvurderingen skal sikre at arbeidsgivers handlinger mv. ikke virker for uforholdsmessig sterkt overfor den som forskjellsbehandles, i forhold til formålet med dem.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.4.8.1, s. 101.

⁷⁹ I.c

⁸⁰ NOU 2002: 12, punkt. 13.5.3.4, s. 243.

⁸¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.4.8.1, s. 101.

Til tross for at det etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd skal foretas en vurdering som bygger på samme kriterier etter både direkte og indirekte diskriminering, vil innholdet i proporsjonalitetsvurderingen kunne stille seg annerledes og få et annet utslag ved indirekte diskriminering. Siden denne formen for diskriminering omhandler *strukturelle forhold* som medfører at personer tilhørende enkelte etniske grupper kommer dårligere ut enn andre, vil det kun i begrenset grad foreligge handlingsalternativer for arbeidsgiver som ikke er mindre ressurskrevende enn den foretatte handling mv.⁸² Dette vil innebærer at resultatet av en proporsjonalitetsvurdering i større grad vil føre til at indirekte diskriminering tillates, enn det som er tilfelle ved direkte diskriminering.

Innenfor EU-systemet, ble utgangspunktet om saklig forskjellsbehandling først utviklet gjennom EF-domstolens praksis i forbindelse med vernet mot indirekte kjønnsdiskriminering etter EF-retten.⁸³ Bilka dommen dannet grunnlaget for kriteriene om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet, den såkalte ”Bilka-testen”, som senere ble nedfelt og kodifisert i de ulike EU direktivene.⁸⁴ Det henvises ofte til denne avgjørelsen ved tolkningen av begrepene i saker om diskriminering på grunnlag av etnisitet mv. etter etnisitetsdirektivet.

⁸² I.c

⁸³ Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, C-170/84.

⁸⁴ Craig (2007), s. 55-56.

Etnisitetsdirektivet legger til grunn et annet rettslig perspektiv enn diskrimineringsloven og de internasjonale menneskerettighetsinstrumentene. Forbudet mot direkte diskriminering i art. 2 nr. 2 bokstav a oppstiller ikke en generell adgang til å gjøre unntak fra forbudet. Medlemslandene har imidlertid erkjent at det i arbeidslivet vil kunne oppstå et behov som gjør det nødvendig å forskjellsbehandle på grunnlag av en persons etnisitet mv. Direktivets art. 4 oppstiller derfor en meget snever adgang til å forskjellsbehandle begrenset til å gjelde i arbeidslivet. Utenfor arbeidslivet vil forbudet fortsatt gjelde absolutt. Forbudet mot indirekte diskriminering har derimot en oppbygning som tilsvarer diskrimineringsloven, jf. art. 2 nr. 2 bokstav b. Bestemmelsens definisjon av hva som utgjør indirekte diskriminering tar utgangspunkt i en forskjellsbehandling som ikke er saklig, nødvendig og proporsjonal. Bestemmelsen er således ikke en unntaksbestemmelse, men kun en presisering av begrepet indirekte diskriminering.

Diskrimineringsbegrepet etter RDK art. 1 nr. 1 må også forstås slik at det kun tar sikte på å ramme forskjellsbehandling som *ikke* bygger på en objektiv og rimelig grunn og som er uforholdsmessig inngripende.⁸⁵

Diskrimineringsbegrepet etter SP tolkes tilsvarende.⁸⁶

⁸⁵ General Recommendation nr. 14: Definition of discrimination (art. 1, para. 1), forty-second session, 22.03.1993, punkt 2.

⁸⁶ General Comment nr. 18 on Non-discrimination, thirty-seventh session, 10.11.1989, punkt 13.

Etnisitetsdirektivets snevre adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering på arbeidslivets område, reiser enkelte spørsmål om hvordan dette vil påvirke diskrimineringsvernets rekkevidde etter diskrimineringsloven. Jeg skal på bakgrunn av det som er sagt ovenfor, se litt nærmere på tolkningen av den generelle unntaksbestemmelsen i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd i relasjon til diskrimineringsforbudene. Jeg vil først ta for meg forbudet mot direkte diskriminering, deretter forbudet mot indirekte diskriminering.

4.2.2 Unntak fra forbudet mot direkte diskriminering

Det fremkommer uttrykkelig i forarbeidene at det ikke har vært lovgivers hensikt å fravike det vern mot direkte diskriminering som etnisitetsdirektivet oppstiller på arbeidslivets område. Unntaksbestemmelsen i § 4 fjerde ledd har fått en ulik formulering enn direktivet på dette punkt, da diskrimineringsloven omfatter flere diskrimineringsgrunnlag, og har et videre virkeområde enn etnisitetsdirektivet, jf. direktivets art. 3 sammenlignet med diskrimineringsloven § 3.⁸⁷

På bakgrunn av dette, må det legges til grunn at der diskrimineringslovens virkeområde og diskrimineringsgrunnlag er sammenfallende med

⁸⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.4.8.1, s. 101.

etnisitetsdirektivet, må diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd tolkes og anvendes innenfor den rammen som direktivet oppstiller.⁸⁸

Innenfor arbeidslivet konkret, innebærer dette at direkte diskriminering etter diskrimineringsloven kun vil være tillatt dersom forskjellsbehandlingen skyldes *regulære og avgjørende yrkesmessige krav*, altså at det er forhold ved selve utførelsen av det konkrete arbeidet eller yrket som gjør at arbeidstakere med en annen etnisk bakgrunn enn norsk, ikke er i stand til å utføre de arbeidsoppgaver som er tilknyttet stillingen og som dermed nødvendiggjør forskjellsbehandling. I tillegg til dette, må forskjellsbehandlingen dessuten fremstå som saklig, nødvendig og proporsjonal. I direktivets fortale punkt 18 legges det til grunn at det kun er i særlige tilfelle og under meget begrensede omstendigheter at direkte diskriminering kan forsvares. Vilkåret om ”regulære og avgjørende yrkesmessige krav” må derfor tolkes restriktivt slik at det bare er de yrkeskvalifikasjoner som er absolutt nødvendige for ervervsvirksomheten som omfattes.⁸⁹ Siden vilkåret viser til hva som er nødvendig ved det enkelte arbeidet eller yrket, må det nærmere innholdet fastlegges i relasjon til konkrete saker.

I forhold til diskrimineringsgrunnlagene etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, og hudfarge er det i praksis ikke ofte at det vil kunne foreligge et saklig formål eller avgjørende yrkesmessige kvalifikasjoner som hjemler direkte diskriminering. Eksempel på at et slikt behov kan oppstå er film- og

⁸⁸ I.c

⁸⁹ Gyldendal Rettsdata, Norsk Lovkommentar, fotnote 21 ved Christel Kirkøen.

teaterbransjen, der det må tillates at det stilles krav til en skuespillers etnisitet mv. ved utlysningen av en rolle, dersom dette er nødvendig av troverdighetshensyn.⁹⁰ Et annet eksempel er ansettelse av helsepersonell til et pleiehjem for eldre kvinner av en bestemt etnisk gruppe.⁹¹

Etnisitetsdirektivet inkluderer ikke språk som et selvstendig diskrimineringsgrunnlag. Direkte diskriminering på grunnlag av språk og spørsmål om unntak, vil imidlertid kunne falle inn under bestemmelsene om indirekte diskriminering på grunnlag etnisitet og dermed være dekket av vernet som etnisitetsdirektivet oppstiller. Dette er uten betydning da språk inngår som et vernet grunnlag etter diskrimineringsloven. Spørsmål om unntak fra forbudet mot direkte diskriminering må derfor i sin helhet vurderes etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

Språk anvendes ofte av arbeidsgivere som en begrunnelse for å luke ut søkere med minoritetsbakgrunn. Hvorvidt krav om beherskelse av det norske språk i arbeidslivet er saklig, for eksempel ved utlysning av stillinger, må vurderes konkret i forhold til den stilling det dreier seg om. Det kan ikke på generelt grunnlag oppstilles språkkrav. Et behov for en arbeidstaker som kan kommunisere på norsk må begrunnes i den enkelte stilling. Selv om språk er et viktig arbeidsredskap i arbeidslivet, vil ikke dette være av avgjørende betydning for å utføre arbeidsoppgaver i ethvert yrke. En korrekturleser i forlagsbransjen må således inneha særskilte språklige kvalifikasjoner for å

⁹⁰ Jakhelln (2006), petitavsnitt s. 195-196.

⁹¹ *Holgensen* i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 5, pkt. 5.4.4.2, s. 177.

kunne utføre jobben på en tilfredsstillende måte. På den annen side vil det ikke være grunnlag for å avfeie søkere med minoritetsbakgrunn dersom de snakker og skriver like godt norsk som etnisk norske søkere, og de har den faglige utdannelsen som er nødvendig for å fungere i stillingen.⁹²

Det vil for eksempel være både saklig, nødvendig og forholdsmessig å stille krav om at en lege på et fastlegekontor behersker norsk av hensyn til pasientsikkerheten. Det samme vil gjelde for verbale og utadrettede stillinger som forutsetter gode kommunikasjonsevner, for eksempel telefonselgere og lærere.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har behandlet flere saker om direkte diskriminering på grunnlag av språk, blant annet sak nr. 16/2011. Denne saken gjaldt påstått diskriminering på grunn av språk av en russisk kvinne i forbindelse med tilsetning i stilling som psykisk helsearbeider. Nemnda la til grunn at kvinnen var forskjellsbehandlet da kommunen hadde vektlagt språkkunnskaper ved ansettelsen. Ved vurdering av om forskjellsbehandlingen var lovlig etter fjerde ledd, var nemnda enig i at det i denne type stilling ville være saklig å oppstille språkkrav. I den følgende nødvendighets- og proporsjonalitetsvurderingen delte imidlertid nemnda seg i et flertall og i et mindretall.

Flertallet viser først til at det av kommunen i utgangspunktet ble gjort en helhetsvurdering av søkerens kompetanse, arbeidserfaring, inntrykk under intervjuet samt referanser, hvor formålet var å finne den best kvalifiserte

⁹² NOU 2002: 12, punkt 13.5.3.4, s. 243.

søkeren til stillingen som var utlyst. Nemnda uttaler så: ”Sett hen til arbeidsoppgavene som ligger i stillingen som psykisk helsearbeider, har Nemndas flertall kommet til at det ikke var uforholdsmessig inngripende overfor A å vektlegge hennes språkkunnskaper. Flertallet er av den oppfatning at evne til å kommunisere vil være en viktig egenskap hos en psykisk helsearbeider. Det er primært viktig å ha evne til god kommunikasjon med brukerne. Videre vises det i denne forbindelse til den aktuelle stillingsutlysningen hvor det blant annet fremgår at den som skulle ansettes, skulle delta på ansvarsgruppemøter og nettverksmøter mv. I tillegg skulle vedkommende samarbeide med andre faggrupper, pårørende og eksterne samarbeidspartnere rundt bruker.”

For en renholder eller andre yrker hvor det fysiske arbeidet er det sentrale, vil dette stille seg annerledes. Språklige barrierer i yrker hvor det verbale ikke utgjør det sentrale, kan overkommes ved kommunikasjon på engelsk eller ved at tospråklige kollegaer fungerer som oversettere.⁹³ Dersom dette er en nærliggende mulighet på arbeidsplassen, vil det få betydning for vurderingen av om språkkravet er nødvendig og proporsjonalt.

4.2.3 Unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering

I LDN sak 2006/18, som ikke gjaldt arbeidslivet men utleievirksomhet, hadde utleier oppført ”utleies kun til norske statsborgere” i boligannonsen. Nemnda

⁹³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.4.8.1, s. 104.

uttaler at dette vil være indirekte forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, nasjonalitet og avstamning, men at det kan foreligge saklige og legitime grunner til å legge vekt på statsborgerskap i enkelte tilfelle. I nemndspraksis finnes det ikke konkrete eksempler på at en slik problemstilling fra arbeidslivet har blitt behandlet. Det forekommer imidlertid at norsk statsborgerskap blir oppstilt som et kvalifikasjonskrav av arbeidsgiver. Når vil dette være saklig, nødvendig og forholdsmessig?

Krav om norsk statsborgerskap for dommere, personer med politimyndighet, ambassadører og utenriktjenestemenn og andre innehavere av embete, vil ikke være usaklig forskjellsbehandling. Dette er stillinger hvor arbeidstaker i utgangspunktet representerer den norske stat, og hvor det må kunne kreves en viss tilknytning til Norge. For stillinger i forsvaret vil det for eksempel kunne kreves både norsk statsborgerskap og avtjent verneplikt i Norge. Dette ikke bare av hensyn til tilknytning, men også sikkerhetsklarering. SMED sak 03/164 viser imidlertid at dersom krav om norsk statsborgerskap oppstilles av hensyn til sikkerhetsklarering, må det ikke foreligge en like egnet måte å sikre slike sikkerhetshensyn på, for at kravet skal være forholdsmessig.

SMED sak 04/158 gjaldt avslag på søknad fra norsk statsborger om høyere sikkerhetsklarering, og illustrerer hvordan et generelt krav om sikkerhetsklarering kan utgjøre en reell begrensning for tilgangen til bestemte stillinger for personer med minoritetsbakgrunn. Formål som å sikre nasjonal sikkerhet, infrastruktur og andre tungtveiende samfunnsinteresser vil være saklige. For at sikkerhetsklarering skal være forholdsmessig, må klareringsmyndigheten foreta en *konkret og individuell* vurdering av om

arbeidssøkers tilknytning til hjemlandet er av en slik art at det vil få betydning for hans ”sikkerhetsmessige egnethet”. Å nekte norske statsborgere sikkerhetsklarering kun på bakgrunn av nasjonal opprinnelse alene vil utgjøre usaklig forskjellsbehandling.

Nemndspraksis og internasjonal praksis viser imidlertid at flestparten av sakene som omhandler indirekte diskriminering i arbeidslivet, angår tilfelle hvor en arbeidsgiver har oppstilt et generelt bekledningsreglement med krav til fremtoning og uniformering, som personer med religiøse hodeplagg ikke kan oppfylle.⁹⁴ Spørsmålet har da vært om en slik forskjellsbehandling av personer med en annen religion kan aksepteres ut fra en saklighets- og proporsjonalitetsvurdering. Det vil falle utenfor avhandlingens tema å behandle religion og livssyn som diskrimineringsgrunnlag, og denne problemstillingen vil derfor ikke bli behandlet videre. Det kan imidlertid nevnes at hensynet til sikkerhet, hygiene, nøytralitet og likhet, i konkrete tilfelle har blitt akseptert som saklige formål i internasjonal praksis.⁹⁵ Problemstillingen har da vært hvorvidt uniformsreglementet er nødvendig og forholdsmessig.

4.3 Positiv særbehandling

Positiv særbehandling etter diskrimineringsloven § 8 representerer et unntak fra forbudet mot å diskriminere, men med en annen innfallsvinkel. I

⁹⁴ *Holgensen* i *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008), kap. 5, pkt. 5.4.4.3, s. 179.

⁹⁵ *Ibid*, s. 179-180.

motsetning til diskrimineringsloven § 4, knytter forskjellsbehandlingen seg her ikke til selve *jobbutførelsen*. Bestemmelsen gir tillatelse til å innføre enkelte særordninger for å styrke posisjonen til personer eller grupper som i utgangspunktet stiller svakere enn andre uten at dette rammes av diskrimineringsforbudet. Ved å kompensere for en dårligere utgangsposisjon, skal særbehandlingen bidra til å rette opp skjevheter mellom etniske grupper og motvirke strukturell diskriminering.⁹⁶ I arbeidslivet er det minoriteter som er underrepresentert, og positiv særbehandling vil i alle praktiske tilfelle anvendes til fordel for arbeidstakere med minoritetsbakgrunn.

Diskrimineringsloven § 8 må fortolkes og anvendes i lys av relevante internasjonale forpliktelser og praksis. Rasediskrimineringskonvensjonen art. 1 nr. 4 gir adgang til å særbehandle positivt. Etnisitetsdirektivet åpner opp for en tilsvarende løsning, jf. art. 5. I likhet med diskrimineringsloven pålegger disse bestemmelsene imidlertid ikke en plikt til positiv særbehandling. Rasediskrimineringskonvensjonen art. 2 nr. 2 pålegger imidlertid statene i visse tilfelle og innenfor konkrete livsområder til å innføre midlertidige og konkrete tiltak ”når forholdene tilsier det”.⁹⁷

Siktemålet med positiv særbehandling er eliminere faktiske forskjeller mellom ulike grupper, ikke å gi gruppen som særtiltakene er rettet mot reelt sett bedre muligheter enn andre grupper i samfunnet.⁹⁸ Det er derfor på det rene at ikke

⁹⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.9.1, s. 114.

⁹⁷ Ibid s. 116.

⁹⁸ Ibid s. 209 (merknader til § 8).

enhver form for positiv særbehandling vil være tillatt. Vilkårene for bruken av positiv særbehandles kan ikke leses direkte ut av lovteksten. De følger av lovens forarbeider og praksis.

Særbehandlingen må for det første være saklig og rimelig, diskrimineringsloven § 8 første punktum presiserer at særbehandlingen må bidra til å fremme lovens formål. Virkemidlene som tas i bruk må også være egnet og nødvendige.⁹⁹ Disse vilkårene viser at det er nødvendig med kunnskaper om hvordan og hvorfor diskriminering oppstår, og at det må foretas en bred vurdering av den faktiske situasjonen på området før positiv særbehandling iverksettes. Forarbeidene presiserer videre at det dessuten må innfortolkes et krav om proporsjonalitet, det må være forholdsmessighet mellom tiltaket og det formålet som ønskes oppnådd.¹⁰⁰

Det er ikke et vilkår at personen eller gruppen som særbehandlingen er rettet mot, selv har behov for slik tilrettelegging.¹⁰¹ Hensynet til den gruppen som eventuelt skal betjenes, kan også begrunne særbehandling.¹⁰² For å bedre tjenestetilbudet til innvandrerbefolkningen, kan enkelte offentlige etater ha behov for økt rekruttering av personer med minoritetsbakgrunn. I slike tilfelle vil det imidlertid ikke alltid være behov for positiv særbehandling, da arbeidsgiver ofte vil betrakte språklige ferdigheter og kunnskaper om kultur

⁹⁹ I.c

¹⁰⁰ Ibid s. 118.

¹⁰¹ Ibid s. 119.

¹⁰² I.c

som en særlig kvalifikasjon som gjør personen mer egnet til stillingen enn personer med majoritetsbakgrunn.¹⁰³

I arbeidslivet vil det være en forskjell mellom tiltak som styrker en persons eller gruppes sjanse til å oppnå godet *før beslutningen treffes*, og tiltak der etnisitet vektlegges ved *selve tildelingen av godet*.

Tiltak som tar sikte på å bryte ned barrierer som virker diskriminerende, vil ligge innenfor det som er tillatt av særbehandling. Eksempler på dette kan være å lyse ut stillinger i ulike språk og i aviser rettet mot etniske minoriteter, inkludere en erklæring om mangfold i stillingsannonser som oppfordrer innvandrere til søke på utlyste stillinger, sørge for at etniske minoriteter inkluderes i innstillingsråd og ansettelsesutvalg, bistand til å utforming av søknader mv.¹⁰⁴ Slike tiltak har som formål å styrke minoriteters sjanse i en ansettelsesprosess. Etnisitet tillegges ikke vekt ved selve beslutningen om hvem som skal ansettes.

Kan arbeidsgiver anvende kvoteordninger? Kvoteordninger innebærer at etnisitet tillegges vekt i selve avgjørelsen om hvem som skal ansettes. De begrenser andre personers muligheter i en ansettelsesprosess, og vil derfor oftere være i strid med forholdsmessighetskravet. Det foreligger ingen nasjonal praksis som omhandler kvoteordninger for etniske minoriteter og som trekker opp grensene for hva som vil være tillatt. EF-domstolen har

¹⁰³ I.c

¹⁰⁴ I.c

imidlertid i tilknytning til rådsdirektiv 76/207/EØF jf. 2002/73/EØF, som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen, avsagt en rekke dommer som trekker opp de rettslige rammene for adgangen til positiv særbehandling på område for kjønnslikestilling. Denne praksisen får betydning ved fortolkningen av etnisitetsdirektivet art. 5.

I Kalanke-saken (C-450/93), Marschall-saken (C-409/95), og Badeck-saken (C-158/97), tar EF-domstolen stilling til moderat kvotering, det vil si tilfelle hvor kvinner går foran menn i den grad de er like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert. Dersom domstolens konklusjoner legges til grunn ved fortolkningen av etnisitetsdirektivet art. 5, vil dette først og fremst innebære at fortrinnsrett kun vil være tillatt dersom arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn fremstår som like godt eller tilnærmet like godt kvalifiserte sammenlignet med andre søkere etter en objektiv vurdering av individuelle kvalifikasjoner med utgangspunkt i klare kriterier. Domstolen påpeker at formålet med positiv særbehandling er å sikre *like muligheter* og ikke like resultater.

I Tham-saken (C-407/98), legger EF-domstolen til grunn at radikal kvotering ikke vil være tillatt. Med radikal kvotering menes øremerking av stillinger til bestemte grupper uten at det foretas en objektiv sammenlignende vurdering av søkerne. Dette også om ordningen er begrenset til et bestemt antall stillinger.

Etniske minoriteter er ikke en sammensatt gruppe. De ulikheter som foreligger mellom gruppene og graden av deltakelse i arbeidslivet innebærer at positiv

særbehandling vil kunne bli anvendt på ulike måter og i forskjellige omfang.¹⁰⁵

Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd jf. diskrimineringsloven § 8 annet punktum. Mer permanente ordninger imidlertid være tillatt dersom de faktiske forskjellene vil øke ved bortfall av den innførte særordningen.¹⁰⁶

4.4 Oppsummering

Et effektivt diskrimineringsvern rammer både direkte og indirekte diskriminering. Diskrimineringsvernet balanseres opp mot arbeidsgivers styringsrett, og det er derfor kun *usaklig forskjellsbehandling* som rammes av diskrimineringsforbudet. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering i arbeidslivet når det gjelder etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning og hudfarge er imidlertid meget snever, jf etnisitetsdirektivet art. 4. Språk omfattes ikke av etnisitetsdirektivet og har derfor et svakere vern enn de andre grunnlagene. I praksis blir spørsmålet om krav til språk vil være saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

¹⁰⁵ I.c

¹⁰⁶ I.c

Positiv særbehandling er et midlertidig særtiltak som innebærer at arbeidsgivere innenfor gitte vilkår kan tillegge etnisitet mv. vekt for å fremme lovens formål om likestilling i form av *like muligheter*.

5 Forbudet mot direkte og indirekte diskriminering ved ansettelse – hvor langt går vernet i praksis?

5.1 Innledning

En ansettelsesprosess innebærer at arbeidsgiver foretar vurderinger på ulike stadier. I likhet med etnisitetsdirektivet jf. art 3, gjelder diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven enhver vurdering arbeidsgiver foretar under hele ansettelsesprosessen, fra utlysning av stilling, til vurdering av kompetanse og innstilling. Nemnda påpeker i sine vedtak at ”diskrimineringsforbudet kan være overtrådt allerede dersom den påståtte diskrimineringen medfører at vedkommende ikke blir innkalt til intervju, innstilt eller vurdert som aktuell for stillingen”.¹⁰⁷

Diskrimineringsvernet gjelder både når en arbeidssøker henvender seg direkte til en potensiell arbeidsgiver, og når en arbeidssøker henvender seg til et bemanningsselskap i forbindelse med en rekrutteringsprosess, jf. nemndas sak

¹⁰⁷ 2007/6 jf. blant annet sak 2010/34.

nr. 14/2009. Forbudet mot å instruere om diskriminering på grunnlag av etnisitet mv. vil være særlig aktuelt i en slik situasjon, jf. § 6. En arbeidsgiver som henvender seg til et rekrutteringsbyrå med en formaning om at søknader fra personer med minoritetsbakgrunn regelmessig skal legges nederst i bunken eller at søknader skal sorteres først etter navn og deretter kvalifikasjoner, handler ikke bare i strid med forbudet om direkte diskriminering, men også diskrimineringsloven § 6.

Selv om diskrimineringsloven § 4 andre ledd presiserer at forbudet mot direkte diskriminering også vil gjelde for foretak, viser forvaltningspraksis at diskrimineringsvernet i arbeidslivet først og fremst vil være av betydning for fysiske personer. Eksempler fra ansettelsespraksis er blant annet arbeidssøkere i private og offentlige stillinger, selvstendig næringsdrivende innen liberale yrker som leger og konsulenter samt innleide arbeidstakere. Loven gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder og forplikter derfor både private og offentlige arbeidsgivere, jf. diskrimineringsloven § 3. Likestillings- og diskrimineringsnemndas kompetanse i forhold til andre forvaltningsorganer er imidlertid begrenset, jf. diskrimineringsombudsloven § 9.

Diskrimineringsvernet gjelder ikke bare alle sider av et arbeidsforhold, men også alle typer av stillinger, både faste stillinger, midlertidige stillinger, heltidsstillinger og deltidsstillinger.

Fremstillingen videre tar sikte på, gjennom en analyse av forvaltningspraksis, å vise hvordan forbudet mot direkte og indirekte diskriminering påvirker arbeidsgivers vurderinger på de ulike stadiene i ansettelsesprosess, og

eventuelt når og på hvilke vilkår diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd åpner opp for forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet mv.

Forvaltningspraksisen det vises til er fra perioden 2006-2011, og er et utvalg av ombudet og nemnda sin praksis.

5.2 Rekruttering og ansettelse

5.2.1 Utlysning av stilling – utforming av stillingsannonse

En stillingsutlysning er en ”handling” etter diskrimineringsloven § 4 andre og tredje ledd. Forbudet mot direkte og indirekte diskriminering innebærer således at en utlysningstekst ikke kan oppstille kvalifikasjonskrav med diskriminerende innhold eller diskriminerende virkning. Selv om de fleste arbeidsgivere utformer stillingsannonser med det formål om å ansette personer som formelt og personlig er best egnet for stillingen, kan det allerede på dette stadiet forekomme diskriminering.

Diskrimineringsloven § 7 oppstiller et forbud mot at arbeidsgiver ved ansettelser innhenter opplysninger om arbeidssøkers religiøse og kulturelle tilknytning. Bestemmelsen er imidlertid kun en presisering av diskrimineringsforbudet i § 4, og innebærer ikke en utvidelse eller en innskrenkning av adgangen til å innhente slike opplysninger.¹⁰⁸ Formålet er å

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), s. 209.

sikre at arbeidsgiver ikke tillegger slike momenter vekt når vurderinger foretas, og er dermed med på å skape større sikkerhet for at en ansettelse tidlig i prosessen ikke vil virke diskriminerende.

Stillingsannonser som uttrykkelig fremhever at stillingen kun ønskes besatt av ”norske arbeidstakere” eller som fraber seg kontakt med ”sigøynere og utlendinger” eller andre type formuleringer som indikerer at det ikke ønskes kontakt med minoriteter, vil omfattes av forbudet mot direkte diskriminering på grunnlag av etnisitet mv. I arbeidslivet er adgangen til å legge vekt på etnisitet meget snever, jf. etnisitetsdirektivet art. 4 som presiserer at forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet kun kan aksepteres dersom etnisitet som kvalifikasjonskrav er autentisk og av avgjørende betydning for utførelsen av arbeidet. Kravet til saklighet og proporsjonalitet etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd må også være oppfylt. Dette innebærer at det meget sjeldent i en utlysningstekst kan anvendes formuleringer som tar sikte på å luke ut arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn. De fleste stillinger kan utføres uavhengig av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning eller hudfarge.

Urimelig høye språkkrav er en barriere som er til hinder for at etniske minoriteter deltar i arbeidslivet på lik linje med majoritetsbefolkningen. Språk anvendes ofte som begrunnelse for å dekke mer skjulte motiver. I stillingsannonser fremgår det stadig krav om at søkere må ”beherske norsk”, snakke ”flytende norsk”, ha norsk ”som morsmål” eller ha en ”god skriftlig og muntlig fremstillingsevne”, som regel i kombinasjon med krav til formell

utdannelse, kompetanse, praksis og andre personlige egenskaper. Kan arbeidsgiver stille slike krav til språk i en stillingsannonse?

Språkkrav utgjør direkte diskriminering, jf. diskrimineringsloven § 4 andre ledd. Det er imidlertid på det rene at det i enkelte situasjoner vil være legitimt å vektlegge språkkvalifikasjoner.¹⁰⁹ Spørsmålet i forhold til slike annonser vil derfor alltid være om det er nødvendig med språkkrav for å oppnå et saklig formål, og om det vil være uforholdsmessig inngripende for arbeidssøkere sett i forhold til stillingens art jf. diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

I sak 08/1222 presiserer ombudet dette slik: ”I arbeidslivet vil språkkrav derimot kunne være saklige dersom de begrunnes i den enkelte stilling. Det vil i denne vurderingen være avgjørende hvor sentralt språket er i forhold til utøvelsen av arbeidet. I enkelte yrker kan språk være et viktig arbeidsredskap, mens det i andre yrker ikke har avgjørende betydning. Det vil eksempelvis være forskjell på hvilke språkkrav som stilles til en lærer og en renholder på en skole. Jo mer verbal og utadrettet en jobb er, jo mer relevant vil det være å legge vekt på språket.”

Dette fordrer at arbeidsgiver må foreta en stillingsanalyse før utlysningsteksten utformes. Det er ikke tidligere arbeidstakeres kvalifikasjoner som bestemmer hvilke kvalifikasjoner som faktisk er nødvendige for å utføre arbeidet på en forsvarlig måte.¹¹⁰ Det er stillingens karakter og innhold på

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 10.4.8.4, s. 103.

¹¹⁰ <http://www.ldo.no/no/arbeidsliv/Ansettelse-og-oppsigelse/Utllysningsteksten/>

utlysningstidspunktet som er styrende for hva som vil kunne anses som saklig, nødvendig og forholdsmessig. Et generelt krav til språk løst fra de arbeidsoppgaver som skal utføres, kan ikke oppstilles.

For ordinære sjåfører, vil det ikke kunne oppstilles krav til ”gode norskkunnskaper” i en stillingsutlysning.¹¹¹ I yrker hvor skilting og instruksjoner er av stor betydning og sikkerheten påvirkes av språkforståelsen, vil imidlertid krav til en viss grad av språklig kompetanse være saklig, nødvendig og forholdsmessig. Dette vil for eksempel kunne gjelde trikkesjåfører, flymekanikere, og andre yrker hvor tungt utstyr eller kjemikalier håndteres. I sak 09/1847, la ombudet til grunn at Widerøe kunne oppstille språkkrav til flymekanikere. Kravet fra selskapet var at ansatte måtte ”beherske norsk”. Dette var saklig og nødvendig av hensyn til passasjersikkerheten, og kommunikasjon mellom de ansatte. Widerøe var et norsk selskap, og hadde norsk som arbeidsredskap. Skriftlig og muntlig kommunikasjon foregikk på norsk. Arbeidstakere måtte derfor forvente at det stilt krav til norskkunnskaper.

TV2 publiserte en artikkel på sine nettsider den 2. oktober 2012 med tittelen ”språkproblemer truer pasientsikkerheten”. En kartlegging av legevaktstjenesten viste at 85% av legevaktleger var alene på jobb på en søndag kveld, de fleste turnusleger, og at 10% av disse, hadde

¹¹¹ LDO sak 06/592.

språkproblemer.¹¹² I slike pasientorienterte yrker innenfor helsevesenet hvor det jobbes i et høyt tempo med liten margin for feil, og hvor det foreligger en risiko for feilbehandling ved sviktende kommunikasjonsferdigheter, må det være tillatt å oppstille strenge krav til språkferdigheter. En slik rettsoppfatning ble også lagt til grunn av nemnda i sak 2011/16, som gjaldt påstand om direkte diskriminering på grunn av språk av en russisk kvinne i forbindelse med tilsetting i stilling som psykisk helsearbeider.

Krav om at arbeidssøkere må snakke ”flytende norsk” eller ”beherske norsk”, er imidlertid noe annet enn krav om ”norsk som morsmål”. Denne formuleringen knytter seg nærmere til noens etnisitet enn til språk som formell kompetanse. Ombudet påpeker derfor at det ikke vil være saklig å kreve norsk som morsmål, da dette i utgangspunktet vil medføre diskriminering på grunnlag av etnisitet.¹¹³ Minoriteter kan beherske norsk på lik linje med etnisk norske, men vil fortsatt ikke ha norsk som morsmål.

Kan arbeidsgiver kreve at bilde sendes med? I stillingsannonser kan det ofte forekomme at arbeidsgiver ser det som ønskelig at arbeidssøkere legger med et bilde når søknaden sendes inn. Dette gjelder spesielt serviceyrker. I utgangspunktet er diskrimineringsloven ikke til hinder for dette, men dersom det i tillegg til et slikt ønske, også er oppstilt et krav om at søkere må snakke ”flytende norsk”, vil det peke i retning av at arbeidsgiver ikke ønsker etniske

¹¹² <http://www.tv2.no/nyheter/innenriks/helse/spraakproblemer-truer-pasientsikkerheten-3890258.html>

¹¹³ <http://www.ldo.no/no/Tema/Etnisitet/SoS-etnisitet/>

minoriteter i stillingen og at bilde vil bli brukt til å luke ut søkere som ikke ser norske ut. Dette vil være ulovlig forskjellsbehandling. Fotokrav øker faren for skjult diskriminering på grunnlag av etnisitet tidlig i ansettelsesprosessen.¹¹⁴ Et eksempel på en annonse som vil være i strid med diskrimineringsloven § 4, var publisert på Finn.no på vegne av Peppes Pizza: “Søkere må være over 19 år og KUNNE FLYTENDE norsk og HA førerkort!!!!!! CV sendes med BILDE. PS! Søknader uten bilde vil ikke bli vurdert!!!!!!”¹¹⁵

5.2.2 Sortering av jobbsøknader og innkalling til intervju

I januar 2012 skrev Aftenposten om Edward Jada, som kom til Norge fra Uganda i 1991.¹¹⁶ Jada har siden 1991 tatt 2 mastergrader, og skrevet i underkant av 200 søknader til stillinger han var kvalifisert for, men han har nesten aldri blitt innkalt til jobbintervju. Jadas historie er ikke ny eller enestående. VG skriver om Fidel Soto, som kom til Norge fra Chile som ettåring, og som har norsk grunnskole og videregående skole.¹¹⁷ Til tross for at Soto har både bachelor og masterutdannelse, har han slitt med å få jobb i Norge. I en periode sendte han ut 140 jobbsøknader, også til stillinger han var overkvalifisert for, uten å bli innkalt til intervju. Et endret søkernavn fra Fidel Soto til Espen Johnsen, medførte imidlertid en innkalling til jobbintervju.

¹¹⁴ <http://www.aftenposten.no/jobb/--Ulovlig-forskjellsbehandling-kan-oppsta-6282769.html>

¹¹⁵ <http://e24.no/kommentarer/spaltister/urimelig-krav-til-norsk/20177463>

¹¹⁶ <http://www.aftenposten.no/jobb/Hansen-far-jobben-fremfor-Ahmed-6738352.html>

¹¹⁷ <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10075201>

En forskningsrapport lagt fram av Fafo og Institutt for samfunnsforskning (ISF) basert på et felteksperiment hvor 1800 parvise fiktive jobbsøknader var sendt ut til reelle stillingsutlysninger, bekrefter at det forekommer systematisk forskjellsbehandling av personer med etnisk bakgrunn i ansettelsesprosesser, og at navn, fødested og dermed etnisitet utgjør en relevant faktor i arbeidsgivers vektning av hvilke arbeidssøkere som skal innkalles til intervju. Resultatene fra felteksperimentet viser at sannsynligheten for å bli kalt inn til et jobbintervju reduseres i gjennomsnitt med 25 prosent dersom søkeren har et utenlandsk klingende navn, sammenlignet med identisk kvalifiserte søkere med majoritetsbakgrunn.¹¹⁸ På et litt mer nyansert nivå, viste rapporten at det forelå forskjeller mellom kjønn, sektorer, bransjer, stillinger og geografisk kontekst.

I teorien anlegges det økonomiske og sosialpsykologiske perspektiver for å forklare hvorfor etnisitet utgjør et substansielt hinder for tilgang til arbeidslivet. I en økonomisk kontekst vises det ofte til den grunnleggende tesen om *statistisk diskriminering*.¹¹⁹ Siden en ansettelsesprosess er forbundet med økonomisk usikkerhet, anvender arbeidsgivere den ofte feilaktige statistiske kunnskapen som foreligger om bestemte gruppers produktivitet i valget mellom søkere.¹²⁰ Det sosialpsykologiske perspektivet forklarer diskriminering med at arbeidsgivers beslutninger styres av ubevisste

¹¹⁸ Midtbøen (2012), s. 9.

¹¹⁹ Ibid, s. 106.

¹²⁰ I.c

fordommer, stereotypier og kategoriseringsprosesser.¹²¹ Barbara Reskin har for eksempel forsøkt å forklare arbeidsgivers seleksjonsprosess ved å oppstille en teori om at ”like barn leker best”, arbeidsgiver søker hovedsakelig etter personer med tilsvarende bakgrunn og velger trygghet fremfor risiko.¹²² Varierende kjennskap til etniske minoriteter medfører at ubevisste stereotypier glir over i fordommer, og dermed usaklig forskjellsbehandling. Et utenlandsk klingende navn vil for eksempel indikere at personen har opprinnelse utenfor Norge. Dette vil igjen skape en oppfatning hos arbeidsgiver om at den gruppen arbeidssøker tilhører har dårlig språkferdigheter, og kanskje utfører arbeidet på en mindre tilfredsstillende måte sammenlignet med like godt kvalifiserte søkere med majoritetsbakgrunn.

Arbeidsgivere foretar således ulike risikovurderinger av hvordan arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn vil fungere i virksomheten, og denne risikovurderingen medfører at Saera Rashid og Kamran Ahmad har 25 prosent mindre sjanse til å bli innkalt til intervju enn Ida Johansen og Andreas Hansen.

Grunnleggende likhetsidealer og prinsippet om arbeidslinja blir utfordret når de barrierer arbeidssøkere med etnisk minoritetsbakgrunn møter i arbeidslivet ikke knytter seg til relevante faktorer som språk, utdanning, arbeidserfaring, men til stereotypier om etnisitet. Dette gjelder spesielt når søknadene fra søkerne med minoritetsbakgrunn signaliserte at de enten var født og oppvokst

¹²¹ I.c

¹²² Ibid, s. 16.

i Norge eller de kom til landet i en ung alder, at de behersket norsk flytende og at utdanning og yrkeserfaring var opparbeidet i Norge.¹²³ Mange av de begrunnelsene arbeidsgivere kommer med for at arbeidssøkere med minoritetsbakgrunn ikke får jobb faller jo således bort.¹²⁴

Resultatet av rapporten understreker hvorfor det er av grunnleggende betydning at diskrimineringsforbudet også omfatter *unnlatelser*.

I LDO sak 11/2007, var en av problemstillingene om manglende innkalling av arbeidssøker utgjorde brudd på forbudet mot direkte diskriminering, jf. diskrimineringsloven § 4 andre ledd. Søker fremla en påstand om at han som følge av å oppfylle alle kravene i utlysningsteksten hadde krav på å bli innkalt til intervju. Siden han var bedre kvalifisert enn personen som fikk stillingen, og denne personen var etnisk norsk, hadde han blitt diskriminert på grunnlag av etnisitet/nasjonal opprinnelse.

Ombudet var uenig i arbeidssøkers påstand. I offentlig sektor reguleres ansettelsesprosessen av det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet, det er søker som anses for å være best kvalifisert som skal ansettes.¹²⁵ Spørsmålet i saken var derfor hvorvidt klager faktisk var bedre kvalifisert enn de som ble innkalt, og om han ble forbigått ved innkallingen i denne sammenheng, og ikke om

¹²³ Ibid, s. 128.

¹²⁴ I.c

¹²⁵ Engelsrud (2009), s. 51.

klager på generelt grunnlag oppfylte kravene i utlysningsteksten og derfor burde ha blitt innkalt til intervju.

Utgangspunktet for arbeidsgivers siling og rangering av jobbsøknadene, er dermed en sammenlignende vurdering av søkerens utdannelse, erfaring og personlig egnethet. Kravene som oppstilles i utlysningsteksten danner grunnlaget for denne kvalifikasjonsvurderingen. Spørsmålet er om etnisitet hadde blitt tillagt vekt av arbeidsgiver i hans vurdering av søkerne og i den påfølgende utvelgelsen av intervjukandidater.

Ombudet påpekte at terskelen for innkalling til intervju var høy da arbeidsgiver hadde mottatt et stort antall søknader fra godt kvalifiserte søkere. Sammenlignet med disse stilte klager svakt. Da samme arbeidsgiver dessuten i tidligere ansettelsesprosesser hadde innkalt, intervjuet og innstilt klager til ulike stillinger, var dette et moment som talte for at etnisitet ikke hadde inngått som et element i arbeidsgivers vurderinger. Ombudet konkluderte derfor med at arbeidsgiver ikke hadde diskriminert i strid med diskrimineringsloven § 4 andre ledd, jf. første ledd ved å ikke innkalle klager til intervju. Det avgjørende for arbeidsgiver var en kombinasjon av klagers arbeidserfaring og personlige egnethet i form av motivasjon.

I LDO sak 10/1887, kom ombudet til et annet resultat. En mindreårig søker ble ikke innkalt til intervju som avisbud etter tre søknader. Ved fjerde forsøk søkte han under det falske, norsk klingende navnet "Simen" og ble innen kort tid innkalt til intervju. Ombudet konkluderte med at det var grunn til å tro at arbeidsgiver hadde lagt vekt på etnisitet/nasjonal opprinnelse ved unnlatt

innkalling. I tillegg til den omstendighet at klager ble innkalt til intervju med en gang han endret navn, hadde avisen heller ikke fulgt rutiner for tilbakemelding. Arbeidsgiver fremla en anførsel om at det var manglende ruter i søkers boområdet som var avgjørende for sorteringen av jobbsøknader. Ombudet fant imidlertid at arbeidsgiver ikke klarte å sannsynliggjøre denne anførselen. Avisen hadde i en tidligere tekstmelding skrevet til søker ”jeg skal be regionen se om de kan finne noe til deg selv om det ikke er noe fast der du bor”, og dette tydet på at avisen derfor var villige til å finne ruter utenfor søkers boområde. Da avisen heller ikke klarte å dokumentere at de *ikke* hadde ledige ruter i søkers området på det tidspunktet han søkte om stillingen som avisbud, fant ombudet at unnlattelsen av å innkalle klager til intervju under hans egentlige navn, var direkte diskriminering.

5.2.3 Gjennomføring av intervju

Et intervju med aktuelle kandidater gir arbeidsgiver en anledning til å vurdere den enkelte søker utover det som fremgår av søknaden, og dermed et bedre grunnlag for beslutningen om hvem som skal innstilles. Dette gjelder spesielt i de tilfelle arbeidsgiver oppstiller ”personlig egnethet” som et avgjørende kvalifikasjonskrav.

I motsetning til offentlig sektor, foreligger det ingen generelle lovbestemmelser som regulerer den formelle saksbehandlingen i ansettelsessaker for private arbeidsgivere. Enkelte virksomheter kan ha retningslinjer nedfelt i personalreglement, instruksjer eller tariffavtaler.

Diskrimineringsloven § 4 vil imidlertid få betydning for *hvilke* spørsmål som kan stilles, og *hvordan* selve intervjuet kan gjennomføres.

I LDO sak 07/2088, var intervjuet preget av generelle rasistiske undertoner. Rekrutteringsbyrået, som gjennomførte intervjuet på vegne av en oppdragsgiver, handlet i strid med forbudet mot direkte diskriminering ved å utheve arbeidssøkers etnisitet og hudfarge, og deretter påpeke at arbeidsgiver ikke ønsket å ansette mennesker med den minoritetsbakgrunn som søker hadde.

Arbeidsgiver vil som regel stille spørsmål som belyser søkerens personlighet, og andre egenskaper som samarbeidsevne og evne til å takle stressituasjoner. Personlig egnethet er et skjønnsmessig og subjektivt kvalifikasjonskrav, og usaklig forskjellsbehandling vil ofte kunne skjules bak nøytrale forklaringer om arbeidssøkers personlige egenskaper. Saksbehandlingen må derfor uavhengig av virksomhetens organisering og størrelse, foregå slik at det kan dokumenteres at det kun er relevante hensyn som er vurdert.¹²⁶ Manglende dokumentasjon av intervjuprosessen vil medføre at arbeidsgiver i større grad vil ha problemer med å oppfylle beviskravet etter diskrimineringsloven § 10.

Når det gjelder hvilke forhold arbeidsgiver kan ta opp på intervjuet, må det også her oppstilles et krav om at de spørsmål som stilles, må ha en saklig sammenheng med den stilling man har søkt på, og de må være nødvendige og egnet til å belyse arbeidssøkers kvalifikasjoner. Utlysningsteksten og

¹²⁶ Nemndas sak 2010/34.

stillingens art vil være avgjørende. Dersom det i en utlysning ikke kan kreves at arbeidssøker oppgir visse opplysninger, kan det heller ikke ved intervju stilles spørsmål som direkte eller indirekte tar sikte på å avsløre slik informasjon, jf. diskrimineringsloven § 7.¹²⁷

En sak fra det tidligere Senter mot etnisk diskriminering illustrerer hvordan uprofesjonelle og ustrukturerte intervjuer med tilfeldige og vilkårlige spørsmål, vil være til skade for etniske minoriteter.¹²⁸ Saken gjaldt en stilling som prosjektleder ved Universitet i Oslo. En muslimsk kvinne av asiatiske-britisk opprinnelse fikk under intervjuet spørsmål om blant annet religion og spisevaner, og ble konfrontert med påstander om integrering og manglende sosialisering blant innvandrere. Dette medførte et tap av selvtillit og påvirket senere svar på mer relevante spørsmål. Sivilombudsmannen konkluderte med at Universitet i Oslo hadde brutt § 55a i arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977, en bestemmelse tilsvarende diskrimineringsloven § 7.

Søkere med minoritetsbakgrunn må få anledning til å belyse sine egne egenskaper og kvalifikasjoner på lik linje med andre kandidater. Dette forutsetter at alle som er innkalt til intervju, blir stilt samme grunnleggende spørsmål. Dersom det stilles spørsmål som er av mindre relevans og som ikke tar sikte på å avklare søkers egnethet for stillingen, kan dette påvirke arbeidsgivers inntrykk av søker, og dermed den sammenligning og vektning av søkerne som senere foretas. I nemndas sak 2009/21, anførte klager at hennes

¹²⁷ Jakhelln (2006), s. 213.

¹²⁸ Senter mot etnisk diskriminering, sak 04/116.

intervju var meget kort sammenlignet med søker som fikk jobben, og at hun selv måtte ta initiativet til å utdype hennes kvalifikasjoner nærmere.

Arbeidsgiver begrunnet manglende innstilling med at hun ikke hadde like god innsikt i hva jobben innebar og at hun derfor var mindre egnet enn søker som ble ansatt, dette til tross for at hun fikk ikke spørsmål om blant annet læreplan under intervjuet. Strukturerte intervjuer hvor samme format anvendes overfor alle kandidater, vil således være et tiltak mot forskjellsbehandling med henhold til vurderingsgrunnlaget.

Språktester kan anvendes, men disse må fremstå som saklige og nødvendige i forhold til de arbeidsoppgaver som er tilknyttet stillingen det intervjues for.¹²⁹ Forutsetningen er at alle aktuelle kandidater som er innkalt til intervju må gjennomføre en slik språktest, og at det ikke foreligger en forskjellsbehandling basert på etnisitet, hudfarge mv. i forhold til hvem som blir testet.

5.2.4 Vurdering av kompetanse og innstilling til ansettelse

Underrapportering av kompetanse og arbeidserfaring, ofte i kombinasjon med kort eller manglende vurdering, er noe som forekommer hyppig i saker hvor ombudet og nemnda konkluderer med at det foreligger forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsloven § 4.

¹²⁹ <http://www.ldo.no/no/arbeidsliv/Ansettelse-og-oppsigelse/Jobbintervjuet/>

Eksempelvis kan her nevnes nemndas sak 2008/2. I følge Den norske legeforeningens retningslinjer, skal man ved tilsetting i utdanningsstilling som thoraxkirurg, prioritere de kandidater som har kommet lengst i å oppfylle kravene i den rekkefølgen som er oppgitt. En riktig vurdering av kompetanse og formelle kvalifikasjoner hadde medført at klager, som var fra Iran men med utdannelse fra Norge, hadde blitt innstilt til stillingen.

Tilsettingsdokumentene hadde imidlertid utelatt legens praksis innen thoraxkirurgi i sin helhet, til tross for at deler av praksisen var gjennomført ved samme sykehus og derfor kjent for ledelsen. Sykehuset kunne ikke dokumentere hvorfor det forelå en manglende vurdering av praksis, og nemnda konkluderte derfor med at etnisitet var en relevant faktor i avgjørelsen av hvem av søkerne som skulle tilsettes.

En skjev framstilling av søkerne og deres kompetanse finner vi også i sak 2009/21, som gjaldt tilsetting av pianolærer ved en videregående skole. Søker som fikk stillingen hadde betydelig mindre yrkeserfaring enn klager, men hadde fått en bredere og mer detaljert omtale i innstillingsdokumentet.

Ulikheten i yrkeserfaring var ikke nevnt, og deler av klagers praksis var enten utelatt eller tolket innskrenkende. Hun hadde dessuten i søkerlistene fått oppført feil tidspunkt for fullført mastergrad. I sak 2008/18, hadde klagers hovedfag i sin helhet blitt utelatt fra søkerlisten i tillegg til at arbeidspraksis, vekttall på den øvrige utdannelsen, og tidligere stillingsstørrelser var redusert.

5.3 Oppsummering

Diskrimineringsvernet beskytter mot arbeidsgivers diskriminerende vurderinger på alle stadier i en ansettelsesprosess. Urimelig høye språkkrav er en barriere som er til hinder for at etniske minoriteter deltar i arbeidslivet på lik linje med majoritetsbefolkningen. Manglende innkalling til intervju er en hyppig diskrimineringsform, og understreker betydningen av at ”unnlater” omfattes av diskrimineringsforbudet. Et gjennomgående trekk ved ansettelsespraksisen til samtlige arbeidsgivere, er at personlig egnethet ofte anvendes som begrunnelse på hvorfor personer med minoritetsbakgrunn ikke får en stilling. Personlig egnethet som kvalifikasjonskrav er viktigere på det private arbeidsmarked enn på offentlig sektor.

6 Bevisbyrde: diskrimineringsloven § 10

6.1 Hva er delt bevisbyrde? Formål og hensyn

I en ansettelsesprosess der arbeidssøker mener seg forbigått i strid med diskrimineringsloven § 4, kan det være vanskelig å kartlegge om det foreligger årsakssammenheng mellom forbigåelsen og arbeidssøkers etnisitet mv. Bevisbyrdebestemmelsen i diskrimineringsloven § 10 er derfor av grunnleggende betydning i praksis.

Bevisbyrdebestemmelsen i diskrimineringsloven § 10 er bygd opp av to hovedkomponenter som må sees i sammenheng. For det første oppstiller bestemmelsen en regel om hvem av partene som i utgangspunktet har bevisføringsplikten. Deretter regler om hvilke krav som stilles til bevisets styrke. Diskrimineringsloven § 10 gjelder både direkte og indirekte diskriminering.

Utgangspunktet i norsk rett etter alminnelige sivilrettslige prosessregler er at den som fremsetter et krav må sannsynliggjøre kravet. De særlige hensyn som gjør seg gjeldende i diskrimineringsaker har imidlertid medført at diskrimineringsloven § 10 regulerer spørsmålet om bevisbyrde annerledes enn de ordinære sivilrettslige prosessregler. Bestemmelsen oppstiller en regel om *delt bevisbyrde*. En regel om delt bevisbyrde vil sikre en effektiv håndheving av diskrimineringsvernet.¹³⁰

Arbeidssøker vil i utgangspunktet ha bevisføringsplikten i samsvar med de alminnelige prosessregler, men dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med § 4, går bevisbyrden over på arbeidsgiver. Det vil da være opp til arbeidsgiver å fremskaffe opplysninger som sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven. Diskrimineringsloven § 10 innebærer at arbeidsgiver vil ha tvilsrisikoen dersom arbeidssøker oppfyller sin bevisføringsplikt.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.6, s. 127.

Reglene om bevisbyrde i diskrimineringsloven er bygget opp på samme måte og etter de samme hensyn som bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16. Den bevisbyrdepraksis som foreligger etter likestillingsloven, og de erfaringer som er gjort med bevisspørsmål i forbindelse med kjønnsdiskriminering, vil derfor av betydning ved fortolkningen av diskrimineringsloven § 10.

Diskrimineringsloven § 10 bringer vernet mot diskriminering i samsvar med det beskyttelsesnivå som forventes og praktiseres internasjonalt. EUs etnisitetsdirektiv artikkel 8 nr. 1 pålegger alle medlemsland å innføre delt bevisbyrde som et generelt prinsipp innenfor direktivets virkeområde. ECRI påpeker nødvendigheten av å ha lempeligere krav til bevis for arbeidssøkere som mener seg forbigått i en rekrutteringsprosess, og viser til at dersom bevisbyrden legges på arbeidstaker i tråd med alminnelige regler, vil dette i realiteten medføre at saker om påstått diskriminering ikke bringes inn til behandling for håndhevingsapparatene.¹³¹

For å effektivisere diskrimineringsforbudet ytterligere, har lovgiver funnet det nødvendig å pålegge arbeidsgiver en opplysningsplikt i tilsettingssaker, jf. diskrimineringsloven § 11. Arbeidsgiver er den part som er nærmest til å belyse sakens faktiske forhold. Det er han som har foretatt den påståtte handlingen og som har tilgang til saksopplysninger og de vurderinger som er gjort. En ansettelsesprosess er dessuten i stor grad en lukket prosedyre, og en opplysningsplikt er nødvendig for at arbeidssøker skal kunne fremskaffe

¹³¹ ECRI's andre rapport om Norge, 27. juni 2000, pkt. 51.

dokumentasjon for å oppfylle bevisføringsplikten. At arbeidssøker vil kunne ha vanskeligheter med å fremlegge bevis, er ikke ensbetydende med at diskriminering ikke har forekommet.

En slik regel vil også være en drivkraft for arbeidsgiver om å foreta en individuell vurdering av hver søker ved å fokusere på kvalifikasjoner og utdanning i stedet for etnisk bakgrunn. Dette vil kunne bidra til avdekke eventuelle bevisste eller ubevisste stereotypier og holdninger arbeidsgiver har i forbindelse med ansettelse, og på den måten dermed virke preventivt.¹³²

Diskrimineringsloven § 11 tar ikke sikte på å innføre en generell *begrunnelsesplikt* for arbeidsgiver. Det arbeidsgiver plikter å gi opplysninger om er ”utdanning, praksis og *andre klart konstaterbare kvalifikasjoner* (min kursivering”. Opplysningsplikten er til for at arbeidssøker skal kunne vurdere egne kvalifikasjoner opp mot den personen som ble ansatt, og arbeidsgiver vil således ikke være forpliktet til gi opplysninger utover faktainformasjon og det som er objektivt konstaterbart. En nærmere begrunnelse for hvorfor den ansatte ble foretrukket og den vurdering som ble foretatt av personlig egnethet kan ikke kreves.¹³³ Det samme vil gjelde for arbeidsgivers subjektive oppfatninger.¹³⁴

¹³² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.9.4, s. 133.

¹³³ NOU 2002: 12, punkt 13.8.5.3, s. 261.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.9.5, s. 134.

6.2 Diskrimineringslovens bevisbyrdebestemmelse

6.2.1 Beviskrav på klagersiden – arbeidstaker

Diskrimineringsloven § 10 legger uttrykkelig til grunn at bevisføringsplikten først vil gå over på arbeidsgiver som den innklagede part, dersom det ”foreligger omstendigheter” som gir ”grunn til å tro” at det har funnet sted direkte eller indirekte diskriminering i strid med diskrimineringsloven § 4.

Hva må arbeidssøker bevise og hvilke krav stilles til bevisets styrke?

Begrepet ”omstendigheter” er et vidt begrep. Prinsippet om fri bevisbedømmelse kommer til anvendelse i diskrimineringssaker. Det vil derfor være opp til ombudet og nemnda å fastlegge gjennom praksis hva som vil utgjøre en omstendighet, og vurdere verdien av de opplysninger som er fremlagt i den konkrete sak.¹³⁵

Ved å anvende ”foreligger omstendigheter” som betegnelse, markerer lovteksten at det ikke er et avgjørende vilkår at det er arbeidssøker selv som har fremskaffet de opplysninger som er fremlagt til vurdering.¹³⁶

Uttrykksmåten dekker også det tilfelle at det er andre som fremlegger saksrelevant informasjon. Opplysninger vil kunne fremkomme blant annet ved

¹³⁵ Ibid, pkt. 11.8.1, s. 130.

¹³⁶ NOU 2002: 12, punkt 13.8.5, s. 259

at de blir innhentet av håndhevingsorganene, jf. diskrimineringsombudsloven av 2005 § 11.

Saksbehandlingen i ombudet er hovedsakelig skriftlig. Ønsket om å nå et mest mulig riktig resultat har imidlertid medført at ordlyden ikke oppstiller noen formkrav til de opplysninger eller omstendigheter som kan vektlegges ved vurderingen av saken.¹³⁷ Arbeidssøker har i utgangspunktet rett til å føre de bevismidler han måtte ønske. I LDN sak 2009/18 la arbeidssøker fram et lydopptak. Et annet bevismiddel kan være resultatet av en testing.

Lovtekstens formulering ”grunn til å tro”, angir et beviskrav. I motsetning til alminnelige sivilrettslige regler om bevis, er det etter diskrimineringsloven §10 ikke et krav om at de omstendigheter som foreligger, med overvekt av sannsynlighet må tilsi at det har skjedd en ulovlig forskjellsbehandling i strid med § 4. Det kreves mindre enn sannsynlighetsovervekt for at bevisbyrden skal gå over på arbeidsgiver.¹³⁸

Foreligger det et minimumskrav til bevisets styrke? Det stilles ikke store krav til dokumentasjon, men det har heller ikke vært lovgivers hensikt at en ren påstand fra arbeidssøker skal kunne være tilstrekkelig til å oppfylle bevisføringsplikten.

¹³⁷ Hedlund i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 11, pkt. 11.2.3, s. 328.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.8.1, s. 130.

Forarbeidene har forsøkt å presisere beviskravet ved å uttale at en arbeidssøker som mener seg forbigått, må etablere en *presumsjon* for at forbigåelsen bygger på et usaklig grunnlag og dermed er å anse som en handling i strid med diskrimineringsloven § 4.¹³⁹ Dette er en norm som åpner opp for en helhetlig skjønnsvurdering. Det er grunn til å påpeke at presumsjonskravet kun gjelder de objektive omstendigheter i saken. Diskriminerende hensikt er ikke et vilkår for å konstatere diskriminering. Hvorvidt arbeidsgiver har handlet med diskriminerende hensikt vil derfor ikke være et bevisstema.

Spørsmålet i praksis vil således være hva som skal til for at arbeidssøker skal sies å ha etablert en presumsjon om diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge eller språk.

Utgangspunktet er at arbeidssøkers påstand om at det er lagt vekt på etnisitet mv. i ansettelsesprosessen, må ha forankring i ytre omstendigheter.¹⁴⁰ Det er ikke et vilkår at det foreligger dokumentbevis eller vitneutsagn, så lenge sakens hendelsesforløp og ytre omstendigheter samlet sett støtter opp om arbeidssøkers påstand.¹⁴¹ Hvorvidt presumsjonsnormen vil være oppfylt, må vurderes konkret i hver enkelt sak. Krav om at arbeidssøkers påstand må

¹³⁹ NOU 2002: 12, punkt 13.8.3, s. 257.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.8.1, s. 130

¹⁴¹ I.c

underbygges av ytre omstendigheter, vil være med på å forhindre at arbeidsgiver blir utsatt for grunnløse klager og søksmål.¹⁴²

Sak 2008/17 illustrerer at det er arbeidssøker som vil ha bevisføringsrisikoen dersom det kun foreligger en ren påstand. Arbeidssøker, som var adoptert fra Sør-Korea av etnisk norske foreldre og snakket flytende norsk, fremla en påstand om at arbeidsgiver hadde lagt vekt på etnisitet og hudfarge ved vurderingen av hans jobbsøknad, og dermed handlet i strid med forbudet mot direkte diskriminering. Nemnda konkluderte med at arbeidssøkers påstand om dårlig behandling under intervjuet på grunn av hudfarge, ikke hadde støtte i dokumentbevis eller andre typer bevis og heller ikke av hendelsesforløpet eller sakens ytre omstendigheter. Påstand om lovnad om stilling under telefonsamtalen før selve intervjuet ble avholdt, ble ikke tillagt vekt som en faktisk omstendighet av betydning for bevisbyrdens overgang. Arbeidsgiver gav klart uttrykk for at det ikke var policy å fremsette et slikt løfte før intervjurunden. Etter en vurdering av sakens faktiske omstendigheter, var det fremdeles påstand mot påstand. Arbeidssøker hadde dermed ikke oppfylt beviskravet, og som følge av dette gikk bevisføringsplikten ikke over på arbeidsgiver.

Det er ikke et krav etter diskrimineringsloven § 10 at alle omstendigheter som foreligger i saken har vært bevist for at arbeidssøker skal oppfylle bevisføringsplikten. Det avgjørende er at *totalbildet* gir grunn til å tro at det har skjedd en negativ forskjellsbehandling i strid med loven. Dette kommer

¹⁴² NOU 2002: 12, punkt 13.8.3, s. 257.

klart frem i en uttalelse i sak 2007/16. Saken gjelder ikke forbigåelse ved ansettelse men anses å ha en generell gyldighet ved alle former for ulovlig forskjellsbehandling. Uttalelsen gir en god oppsummering av hvordan bevisbyrdebestemmelsen fortolkes og anvendes i praksis. Nemnda uttaler: ”Nemnda har i denne forbindelse foretatt en totalvurdering av flere forskjellige holdepunkter som ikke nødvendigvis hver for seg snur bevisbyrden. Av den grunn har det heller ikke vært nødvendig å ta stilling til hva som ble sagt og ment i enkeltsamtaler; totalbildet gir uanset grunn til å tro at etnisitet mv. ble vektlagt.”

Nemdas praksis viser at de kvalifikasjonskrav som er oppstilt i stillingsannonsen for den aktuelle stilling, utgjør et sentralt parameter i vurdering av om arbeidssøker har oppfylt beviskravet.

Sak 2008/2 og 2010/10, illustrerer at dersom det foreligger en utlysning med klare og entydige kvalifikasjonskrav og arbeidssøker på bakgrunn av en objektiv vurdering av kvalifikasjoner er ”vesentlig bedre formelt kvalifisert” til stillingen enn den som er innstilt eller ansatt, så vil dette være et tungtveiende moment som raskere vil medføre at bevisbyrden går over på arbeidsgiver.

I sak 2010/10, var spørsmålet om det forelå direkte diskriminering på grunn av etnisitet og språk i forbindelse med tildeling av fastlegehjemmel ved et legesenter. I sin bevisvurdering, la nemnda vekt på at det var tydelige dokumenterbare forskjeller i de formelle kvalifikasjoner. Legen som var forbigått hadde en mer omfattende utdanning og yrkeserfaring enn den

svenske legen som fikk tildelt hjemmelen. Legen hadde dessuten fremlagt gode attester av overveiende positiv art fra tidligere arbeidsgivere med direkte relevans for den utlyste stillingen som fastlege ved et legesenter. Bevisbyrden gikk over på kommunen etter diskrimineringsloven § 10.

I sak 2008/2, var det ytterligere holdepunkter å finne i tillegg til det store spriket i de formelle kvalifikasjoner ved at arbeidsgiver hadde utelatt store deler av relevant praksis i både innstillingen og tilsettings skjema, når denne praksisen var et vesentlig kriterium for utvelgelsen av hvilke søkere som skulle tilsettes. Arbeidssøkers subjektive oppfatning om at hans iranske bakgrunn og hudfarge hadde blitt vektlagt i negativ retning, hadde således støtte i ytre omstendigheter. Bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver.

En regel om delt bevisbyrde vil ikke være til hinder for at arbeidsgiver legger vekt på personlig egnethet i sin vurdering av arbeidssøkere.¹⁴³

Stillingsannonser er ofte vidtrekkende utformet med skjønnsmessige kvalifikasjonskrav, ved at det for eksempel kun stilles krav om ”høyere utdanning” i stedet for en konkret grad, ”god skriftlig og muntlig fremstillingsevne” eller at personlige egenskaper vil tillegges stor vekt. Dette gir arbeidsgiver anledning til å legge vekt på ikke bare rent formelle kvalifikasjoner som utdanning og yrkeserfaring, men også arbeidssøkers egnethet for stillingen.

¹⁴³ NOU 2002: 12, punkt 13.8.5, s. 259.

Slike skjønnsmessige stillingskriterier reiser vanskelige bevisvurderinger da de strekker kompetansebegrepet utover formell kompetanse.¹⁴⁴ Mens formell kompetanse kan måles, er egnethet subjektivt og går hovedsakelig ut på ”magefølelse” og hvorvidt arbeidssøker oppfattes å passe inn arbeidsgivers forestilling om bedriftens kultur, sosiale relasjoner, team, arbeidsoppgaver mv.¹⁴⁵

Arbeidsgiver må være ekstra påpasselig dersom personlige forhold ved søker tillegges avgjørende vekt, og dette innebærer at en bedre formelt kvalifisert arbeidssøker med en annen etnisk bakgrunn enn norsk blir forbigått. Nemnda kom i sak 2007/6 med følgende uttalelse om beviskravene når det avgjørende kvalifikasjonskravet for arbeidsgiver har vært personlig egnethet: ”En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdanning, yrkeserfaring, og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har anledning til å legge vekt på personlige egenskaper ved en ansettelse, men i forhold til bevisbyrden må kravet være at *vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går fram av saksdokumenter eller på en annen måte som kan ettervises (min kursivering)*. På hvilken måte dette gjøres av arbeidsgiveren, må være opp til denne”.

Dette kravet om *etterprøvbarehet* er konkretisert nærmere i blant annet sak 2010/34, hvor nemnda uttaler at det ved bevisvurderingen i saker om

¹⁴⁴ Midtbøen (2012), s. 19.

¹⁴⁵ Ibid, s. 136.

ansettelser vil bli lagt vekt på hvorvidt det foreligger en *tidsnær dokumentasjon* av ansettelsesprosessen og de vurderinger som er gjort. Arbeidsgiver må ha et godt og bredt grunnlag for å vurdere søkerens personlige egnethet.

Saken gjaldt påstand om direkte diskriminering på grunn av etnisitet ved ansettelse av lærer i elektrofag ved en videregående skole. Skolen uttalte at arbeidssøker hadde gode faglige kvalifikasjoner, men at han ikke var personlig egnet for stillingen. Skolen hadde ikke innkalt søker til intervju, men på bakgrunn av et tidligere vikariat hadde skolen hatt tilstrekkelig grunnlag til å foreta en vurdering av søkers kompetanse og egnethet for stillingen. Nemnda fant at skolens observasjoner av søker i undervisningssituasjonen samt etterfølgende veiledning og møter oppfylte kravet til etterprøvbarhet av stillingskriteriet ”personlig egnethet”, og at det dermed forelå en tidsnær dokumentasjon av skolens vurdering av søker. Arbeidssøker klarte ikke å etablere en presumsjon om diskriminering på grunn av etnisitet.

6.2.2 Kravet til motbevis – arbeidsgiver

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det foreligger diskriminering i strid med diskrimineringsloven § 4, snus bevisbyrden. Det vil påhvile arbeidsgiver å sannsynliggjøre at forbigåelsen bygger på andre forhold enn søkerens etnisitet mv., eventuelt at forskjellsbehandlingen har vært saklig, nødvendig og forholdsmessig.

Når bevisføringsplikten går over på arbeidsgiver, er kravet til bevisets styrke sannsynlighetsovervekt. I motsetning til arbeidssøker, må arbeidsgiver etablere en bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet.¹⁴⁶ Forskjellen i kravet til bevisets styrke skyldes at det for en arbeidsgiver vil være lettere å fremlegge opplysninger for at en forbigåelse ikke er i strid med diskrimineringsforbudet, når arbeidssøker allerede har fremlagt opplysninger som etablerer en presumsjon om diskriminering i ansettelsesprosessen. Arbeidsgiver har tilgang til saksopplysninger og de vurderinger som er gjort. Dersom det fortsatt er tvil om hva arbeidsgiver har lagt vekt på, og hvorvidt det foreligger diskriminering i strid med § 4 etter at alle bevis er lagt frem og vurdert, vil denne tvilen gå utover arbeidsgiver. Det legges da til grunn at arbeidsgiver har diskriminert i strid med loven.

Hva som vil være bevistema for arbeidsgiver beror på arbeidssøkers påstand og hvorvidt det dreier seg om direkte eller indirekte diskriminering. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering er videre i arbeidslivet enn adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering, og dette vil kunne ha praktisk betydning for bevistema.¹⁴⁷

Nemnda foretar en totalvurdering av den dokumentasjon som er fremlagt og av partenes muntlige og skriftlige forklaringer. Det sees hen til hvorvidt det foreligger en tidsnær dokumentasjon av de vurderinger som er gjort under

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.8.1, s. 131.

¹⁴⁷ Hedlund i Diskriminerings- og likestillingsrett (2008), kap. 11, pkt. 11.2.3.2, s. 333.

ansettelsesprosessen, for eksempel i form av skriftlige nedtegninger på innstillingsdokumentet. Nemnda har i sin praksis presisert at kravet om etterprøvbarhet innebærer at arbeidssøkers kvalifikasjoner må være dokumentert allerede på *tilsettingstidspunktet*.¹⁴⁸ En etterfølgende udokumentert forklaring, og en generell henvisning til personlig egnethet vil ikke være tilstrekkelig til å oppfylle arbeidsgivers bevisbyrde. Hensynet til en effektiv håndheving av diskrimineringsforbudet begrunner en slik fortolkning av diskrimineringsloven § 10.

Nemndas sak 2008/18 illustrerer hvordan manglende konkretisering påvirker arbeidsgivers bevisbyrde. Spørsmålet i saken var om unnlatsen av å innstille søker til stilling som lærer innen service og samferdsel var direkte diskriminering på grunn av etnisitet og språk. Skolen klarte ikke å sannsynliggjøre at etnisitet og språk ikke hadde vært ufordelaktig for søker, som var fra Sør-Amerika. Nemnda viste til at søker hadde blitt behandlet ufordelaktig på mange ulike punkter, sammenlignet med søkere som var etnisk norske. Hennes arbeidspraksis var underrapportert, og deler av utdannelsen var utelatt fra søkerlisten. Hun ble overhodet ikke innstilt til stillingen til tross for at hun hadde fungert som vikar på søknadstidspunktet. Ikke bare hadde hun mer omfattende utdanning og lengre yrkeserfaring som lærer enn personen som ble innstilt, men hun hadde også oppnådd gode resultater med elevene, og skolen hadde ikke uttrykt misnøye med arbeidsutførelsen under vikariatet. Nemnda påpeker videre at hun i en periode ikke hadde fått utbetalt riktig lønn på grunn av manglende

¹⁴⁸ Sak 2007/6.

kompetansevurdering, og at hun hadde søkt men ikke fått tilbud om fast stilling ved tidligere anledninger. Skolen hadde på innstillingsdokumentet påført en påtegning om at søker hadde ”noe utydelig norsk språk”, til tross for at språkkunnskaper hadde blitt vurdert som tilstrekkelige.

På den annen side, har vi sak 2008/26, hvor en troverdig og dokumenterbar forklaring på hvorfor en søker fra Iran ikke hadde blitt innkalt til intervju som prosjektmedarbeider i en kommune, medførte at arbeidsgiver oppfylte kravet om sannsynlighetsovervekt. Sett i forhold til utlysningsteksten og søkerlistene, hadde den iranske søkeren ikke like god arbeidserfaring med den aktuelle brukergruppen som søkerne som var innkalt til intervju. Kommunen trengte medarbeidere som kunne starte i stillingen uten en omfattende opplæringsperiode. Arbeidssøker hadde dessuten tidligere jobbet i kommunen i en annen stilling, og fått en god attest på det arbeidet som var utført i stillingen. Nemnda mente dette var en omstendighet som talte for at etnisitet og nasjonal opprinnelse ikke var blitt tillagt negativ vekt.

Kravet om etterprøvbarhet vil spesielt være viktig i forhold til skjønnsmessige kvalifikasjonskrav som ”personlig egnethet”, da slike opplysninger ikke omfattes av arbeidsgiver opplysningsplikt etter diskrimineringsloven § 11.

6.3 Oppsummering

Diskrimineringslovens bevisbyrdebestemmelse og arbeidsgivers opplysningsplikt medfører at arbeidssøkere stiller sterkere enn det som følger

av alminnelige regler om bevisførsel. Arbeidsgiver pålegges et større ansvar for å klargjøre saksforholdet. Krav om etterprøvbarhet er viktig i praksis. Det sikrer at arbeidsgiver på forhånd legger til rette for en gjennomiktig seleksjonsprosess. Nemndas praksis viser at det er enklere å fastslå at arbeidsgiver har diskriminert dersom det foreligger klare kvalifikasjonskrav. Praksisen viser også at arbeidsgiver må ha et bredt nok grunnlag til å vurdere kvalifikasjoner, dersom arbeidssøker ikke innkalles til intervju eller blir innstilt til en stilling, med den begrunnelse at vedkommende ikke er godt nok kvalifisert eller personlig egnet til stillingen.

7 Avsluttende bemerkninger

Fremstillingen ovenfor har vist at personer med minoritetsbakgrunn har et sterkt vern mot diskriminering ved ansettelser. Arbeidsgivers handlingsrom er innskrenket i favør av et diskrimineringsvern. Diskrimineringslovens forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk, i kombinasjon med bestemmelsen om delt bevisbyrde, fanger opp diskriminering på ulike stadier i en ansettelsesprosess.

Til tross for et individuelt vern mot diskriminering på grunnlag etnisitet mv., og et vern mot strukturell diskriminering, forekommer det diskriminering av

arbeidstakere med minoritetsbakgrunn. Hvilke svakheter foreligger ved diskrimineringsvernet og hva kan gjøres annerledes?

Svakhetene knytter seg hovedsakelig til innholdet i bedriftenes obligatoriske interne likestillingsarbeid etter aktivitets- og rapporteringsplikten, og den eksterne institusjonelle rammen som er etablert for å forsikre om at arbeidsgivere gjennomfører de lovpålagte forpliktelsene.¹⁴⁹

Aktivitets- og redegjørelsesplikten må endre karakter, fra å være kvasi-juridisk, til å pålegge arbeidsgiver flere særlige tiltak. Den nåværende aktivitetsplikten vil i liten grad påvirke arbeidsgivers evne og vilje til å endre atferden på arbeidsplassen, og iverksette proaktive og forebyggende tiltak uten hensyn til om en klage har oppstått. Arbeidsgivere vil ikke føle seg tvunget til å reflektere over hvordan deres praksis inngår som ledd i en lang kjede av faktorer som medfører ulikhet mellom etniske grupper.¹⁵⁰ Manglende oppfyllelse av den materielle aktivitetsplikten kan dessuten ikke sanksjoneres. Av alle de proaktive regimer som er undersøkt av Craig, er Norge det eneste landet hvor brudd på den materielle aktivitetsplikten ikke kan sanksjoneres.¹⁵¹ I Sverige anvendes for eksempel sivile bøter, mens i USA og Canada kan myndighetene ekskludere bedrifter fra å delta i anbudskonkurranser om salg av varer og tjenester til staten.¹⁵² Hvorfor ikke en tilsvarende løsning i Norge?

¹⁴⁹ *Craig* i *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008), kap. 13, pkt. 13.4.2, s. 368.

¹⁵⁰ *Midtbøen* (2012), s. 136.

¹⁵¹ *Craig* i *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008), kap. 13, pkt. 13.4.2, s. 371.

¹⁵² *Ibid*, s. 372.

Rapport lagt frem av ISF om diskriminerings årsaker og omfang i arbeidslivet viser imidlertid at budskapet fra arbeidsgivere er klart: de fleste arbeidsgivere ønsker ikke ytterligere begrensninger av styringsretten, for eksempel i form av permanente kvoteordninger og andre forpliktende tiltak. De anser det ikke som sitt ansvar å drive med inkluderingspolitikk. Bedriftene skal levere ”bedriftsøkonomiske resultater og ikke samfunnsøkonomiske”.

Samtlige arbeidsgivere mener løsningen på diskrimineringsproblematikken har sin løsning *utenfor arbeidslivet*, og at politikere har et særskilt ansvar. Integreringspolitikk og tilrettelegging for bedre språkopplæring, særlig for norskfødte av innvandrerforeldre, trekkes særskilt frem. Enkelte arbeidsgivere mener hovedfokuset må ligge på bevisstgjøring av minoritetskompetanse som en ressurs da dette vil føre til større villighet til å ansette minoriteter, mens andre legger seg på en gapestokkmentalitet og mener at det diskriminerende ansettelsespraksis som må vises frem. Noen arbeidsgivere viser til at minoriteter som ikke blir innkalt til intervju bør vurdere å endre navn, og mer generelt at innvandrerforeldre bør vurdere å gi barna sine norske navn.

Navnendring vil etter min mening ikke virke holdningsendrende, men bidra til å opprettholde stereotype forestillinger. I stedet for diskriminering i form av manglende innkalling til intervju, vil diskriminering ikke bare fortsette, men også øke på innstillingsfasen. Navn henger dessuten sammen med identitet. Vil det da være etisk riktig å kreve at personer med minoritetsbakgrunn endrer navn for å få jobb?

Rapporten viser en påfallende uoverensstemmelse mellom arbeidsgiveres oppfatninger om hvorfor diskriminering finner sted og de mottiltak som foreslås. Mens årsakene til diskriminering knyttes til forhold på arbeidsgiversiden, som for eksempel fordommer og trygghetsbehov, foreligger det stor motstand mot tiltak som vil begrense styringsretten i ansettelsessaker og som vil kreve noe av arbeidsgiverne selv. Ansvarer lempes over på minoritetene selv og politiske myndigheter.

Manglende regulering av kriteriet personlig egnethet i diskrimineringsloven gir arbeidsgivere anledning til å omgjøre usaklige hensyn til nøytrale forklaringer ved henvisning til arbeidssøkers personlige egenskaper. Å innskrenke retten til å legge vekt på personlig egnethet vil imidlertid kunne medføre en mer lukket ansettelsesprosess. En mellomløsning vil være å pålegge arbeidsgivere, som en del av aktivitetsplikten, å foreta skriftlige stillingsanalyser, nedfelle skriftlige krav til formell kompetanse og definere kriteriet personlig egnethet, *før* en ansettelsesprosess starter.¹⁵³

Å kreve at arbeidsgiver spesifiserer hvilke krav til formell kompetanse som kreves i en stilling, vil også være i samsvar med rapportens øvrige konklusjon, nemlig at diskriminering forekommer mest på det private arbeidsmarked enn offentlig sektor.¹⁵⁴ I det offentlige er kravene til utdanning mer formaliserte og likebehandling er mer utbredt da det er liten usikkerhet om hva søkerne

¹⁵³ Midtbøen (2012), s. 158.

¹⁵⁴ Ibid, s. 86.

faktisk kan.¹⁵⁵ I privat sektor er utdanningskravene mer åpne, og dette gir større rom for skjønnsvurderinger og dermed diskriminering.¹⁵⁶ Der kravene er mer formaliserte vil søknadsmassen ofte være mindre, og arbeidsgiver vil da ikke ha råd til å diskriminere.¹⁵⁷

Utover det legale rammeverk, er det viktig at holdningsskapende arbeid videreføres. I mange tilfelle skyldes diskriminering negative holdninger til innvandrere på grunn av tidligere negative erfaringer. For arbeidstakere som er usikre, ikke vil ta sjanser og som vektlegger bedriftens økonomiske bærekraft fremfor likebehandlingsarbeid, må det vurderes om det kan gjøres mer attraktivt å ansette arbeidstakere med minoritetsbakgrunn. Rogstad nevner enkelte tiltak som for eksempel oppmykning av vilkårene for midlertidige ansettelser, redusere arbeidsgiveravgiften for arbeidstakere med minoritetsbakgrunn, og innføre flere tilskuddsordninger.¹⁵⁸ Slike tiltak har imidlertid både fordeler og ulemper, da de kan innebære at minoriteters tilgang til arbeidslivet i utgangspunktet begrenses til usikre og marginale stillinger.¹⁵⁹

Selv om det etter dette er på det rene at diskriminering på grunnlag av etnisitet fortsatt er et utbredt fenomen ved ansettelser, er det viktig å påpeke at

¹⁵⁵ Ibid, s. 104.

¹⁵⁶ I.c

¹⁵⁷ Ibid s. 105.

¹⁵⁸ Ibid s. 160.

¹⁵⁹ I.c

likebehandling også utgjør en sentral del av bildet. Ikke alle arbeidsgivere må stemples som ”råtne epler” med onde hensikter.

8 Litteraturliste

Bøker

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4 utgave. Oslo, 2006.

Engelsrud, Gerd *Styring og Vern, arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner*. 4. utgave. Oslo, 2009.

Diskriminering og likestillingsrett. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher. Oslo, 2008.

Craig, Ronald *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*. Leiden, 2007.

Strand, Vibeke Blaker *Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsutøvelse*. Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, 2011.

Lovgivning

Diskrimineringsloven, Lov 6. mars 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.

Likestillingsloven, Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene

Arbeidsmiljøloven, Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne

Diskrimineringsombudsloven, Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

EU-direktiver og konvensjoner

Etnisitetsdirektivet, Rådskdirektiv 2000/43/EF om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse

Likebehandlingsdirektivet, Rådskdirektiv 76/207/EØF om gjennomførelse av princippet om likebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgangen til beskæftigelse,

Rasediskrimineringskonvensjonen, FN konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 21. desember 1965, i kraft 4. januar 1969.

SP, FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966, i kraft 23. mars 1976.

ØSK, FN konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966, i kraft 3 januar 1976.

EMK, Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. November 1950, i kraft 3. september 1953.

Forarbeider

NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot. prp. nr. 33 (1974-1975) Lov om likestilling mellom kjønnene

Uttalelser Likestillings- og diskrimineringsombudet

LDO 06/592

LDO 07/2088

LDO 08/1222

LDO 09/1847

LDO 10/1887

LDO 11/207

Vedtak Likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN 2006/7

LDN 2006/18

LDN 2007/6

LDN 2007/16

LDN 2007/18

LDN 2008/2

LDN 2008/17

LDN 2008/18

LDN 2008/26

LDN 2009/14

LDN 2009/18

LDN 2009/21

LDN 2010/10

LDN 2010/34

LDN 2011/16

Senter mot etnisk diskriminering

Sak 03/164

Sak 04/116

Sak 04/158

Rettspraksis

Rt. 2000 s.1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2012 s. 219

EU domstolen

C-1707/84 Bilka

C-450/93 Kalanke

C-409/95 Marschall

C-158/97 Badeck

C-407/98 Tham

Rapporter, generelle rekommandasjoner, mv.

Midtbøen, Arnfinn og Jon Rogstad, Diskrimineringsens omfang og årsaker - etniske minoriters tilgang til arbeidslivet, Institutt for samfunnsforskning, Oslo 2012.

ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), General Policy Recommendation no. 7: National legislation to combat racism and racial discrimination, December 13th 2002

ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), Second report on Norway, June 27th 2000.

Migration Policy Group, Good as far as it goes, but does it go far enough? A report on Norway's Anti-Discrimination Laws and Policies, November 29th 2007

FNs Rasediskrimineringskomite, General Recommendation No. 11 on non-citizens (art.1), forty-second session, 19.03.1993

FNs Rasediskrimineringskomite, General Recommendation nr. 14: Definition of discrimination (art. 1, para. 1), forty-second session, 22.03.1993

FNs Rasediskrimineringskomite, CERD/63/CO/9 final Concluding Observations, Sixty-third session 4-22 August 2003

FNs Menneskerettighetskomite, General Comment No. 18 on Non-discrimination, thirty-seventh session, 10.11.1989

Nettdokumenter

Strand, Vibeke Blaker ”*Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?*”. Lov og rett. Norsk juridisk tidsskrift 43 (3) 2007 ss. 131-153.

http://www.idunn.no/ts/lor/2007/03/vern_mot_direkte_og_indirekte_diskriminering_etternorsk_rett_et_ensartet_v?mode=print&skipDecorating=true&textSize=

Evju, Stein *Arbeidsrett og styringsrett - et perspektiv*, Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1, s. 3-32, 2003.

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5511/h11/undervisningsmateriale/2003%20ArA%20Bind%201-1-1%20Evju.pdf>

Senter mot etnisk diskriminering, Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005

http://eero.no/smedarkiv/SMED_2005_prinsipiellesaker.pdf

Senter mot etnisk diskriminering, Underveis mot et bedre vern 2004-2005

http://eero.no/smedarkiv/SMED_2005_Underveis0405_88s.pdf

Avisartikler

”Hansen får jobben fremfor Ahmed”:

<http://www.aftenposten.no/job/Hansen-far-jobben-fremfor-Ahmed-6738352.html> (Aftenposten.no, 10. januar 2012).

”Fidel byttet søkernavn til Espen – fikk jobbintervju”:

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10075201> (Vg.no, 11. januar 2012)

”Språkproblemer truer pasientsikkerheten”:

<http://www.tv2.no/nyheter/innenriks/helse/spraakproblemer-truer-pasientsikkerheten-3890258.html> (Tv2.no, 3. oktober 2012)

”Urimelig krav til norsk”:

<http://e24.no/kommentarer/spaltister/urimelig-krav-til-norsk/20177463> (e24.no, 3. oktober 2012)

”- Ulovlig forskjellsbehandling kan oppstå”:

<http://www.aftenposten.no/job/-Ulovlig-forskjellsbehandling-kan-oppsta-6282769.html> (Aftenposten.no, 3. oktober 2012)

Nettsider

<http://www.ssb.no/innvandring/>

<http://www.ldo.no/no/Tema/Statistikk-og-analyse/Klagesaker-etter-diskrimineringsgrunnlag/>

<http://www.ldo.no/no/arbeidsliv/Ansettelse-og-oppsigelse/Utlysningsteksten/>

<http://www.ldo.no/no/Tema/Etnisitet/SoS-etnisitet/>

<http://www.ldo.no/no/arbeidsliv/Ansettelse-og-oppsigelse/Jobbintervjuet/>