

UiO : **Det juridiske fakultet**

Diskrimineringsloven § 24

Innholdet og anvendelsen av regelen om delt bevisbyrde i saker om forbigåelser ved ansettelser på grunn av arbeidssøkers etnisitet

Kandidatnummer: 654

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17641



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstillinger	1
1.2	Temaets aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger og presiseringer.....	3
1.4	Videre fremstilling	3
2	RETTSKILDER OG METODE	4
2.1	Rettskilder – gjeldende rett.....	4
2.2	Praksisundersøkelsen.....	6
2.2.1	Metodisk tilnærming.....	6
3	BEVISBYRDEBESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE	8
3.1	Diskrimineringsloven § 24 annet ledd.....	8
3.2	Diskrimineringsbegrepet	9
3.2.1	Innledning.	9
3.2.2	Direkte forskjellsbehandling, jf. § 6 annet ledd, annet punktum	9
3.2.3	Indirekte forskjellsbehandling, jf. § 6 annet ledd, tredje punktum	11
3.2.4	Etnisitet som diskrimineringsgrunnlag	14
3.2.4.1	Årsakssammenheng.....	14
3.2.4.2	Etnisitetsbegrepet.....	15
4	REGELEN OM DELT BEVISBYRDE	17
4.1	Bevisbyrde og beviskrav	17
4.2	Hva menes med delt bevisbyrde?	18
4.3	Hvorfor har vi en regel om delt bevisbyrde?.....	20
4.4	Diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav a.....	21
4.5	Diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav b.....	23
4.6	Beviskravene i praksis.....	24
4.6.1	Innledning	24
4.6.2	Arbeidssøkers beviskrav i ansettelsessaker.....	26
4.6.2.1	Nemndas vurdering.....	26
4.6.2.2	Formelle kvalifikasjoner	27
4.6.2.3	Subjektive oppfatninger.....	30
4.6.2.4	Retningslinjer for ansettelser	31
4.6.2.5	Øvrige momenter og oppsummering.....	32
4.6.3	Arbeidsgivers beviskrav i ansettelsessaker	33

4.6.3.1	Nemndas vurdering.....	33
4.6.3.2	Formelle kvalifikasjoner.....	34
4.6.3.3	Personlig egnethet.....	36
4.6.3.4	Øvrige momenter og oppsummering.....	38
4.7	Trinnvis eller samlet vurdering?.....	39
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	45
	LITTERATURLISTE.....	47

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger

Avhandlingen handler om regelen om delt bevisbyrde i tvister om forbigåelser ved ansettelse på grunn av søkerens etnisitet, jf. diskrimineringsloven § 24. Deltakelse i arbeidslivet er av stor betydning både for enkeltindivider og samfunnet for øvrig. Arbeidsdeltakelse dekker langt flere behov enn selve inntekten. Den spiller blant annet inn på menneskers selvfølelse, verdighet og behovet for å utnytte sine ferdigheter. I et samfunnsmessig perspektiv er det både ønskelig og nødvendig å dra nytte av den kompetansen innbyggerne besitter. Staten Norge er forpliktet til å arbeide for 100 prosent arbeidsdeltakelse.¹ Nyere forskning, hyppige oppslag i media og arbeidsledighetstallene taler imidlertid for at personer med en annen etnisk bakgrunn enn norsk diskrimineres i ansettelsesprosessen.

Regelen om delt bevisbyrde skriver seg fra EU-retten.² Den ble tatt inn i diskrimineringsloven for å styrke vernet mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn, og for å effektivisere håndhevingen av loven.³ Flere saker skulle bli gjenstand for en reell prøving. Til tross for at det materielle vernet mot diskriminering er på plass, taler det lave antallet saker som gjelder etnisk diskriminering mot at regelen har fått sine tilsiktede virkninger. Avhandlingens hovedproblemstilling er hvordan regelen om delt bevisbyrde fungerer i norsk diskrimineringspraksis. Har regelen ført til at flere mennesker som mener seg diskriminert på grunnlag av etnisitet har fått sin sak behandlet av håndhevingsorganene? Hvordan har regelen om delt bevisbyrde blitt tolket og praktisert av håndhevingsorganene?

Diskrimineringsloven § 24 kommer til anvendelse når de organer som håndhever loven skal ta stilling til hvorvidt det har funnet sted brudd på lovens diskrimineringsforbud. Reglen om delt bevisbyrde innebærer at det skjer et ”betinget skifte” av hvem av sakens parter som har bevisbyrden.⁴ Dersom det foreligger omstendigheter som gir ”grunn til å tro” at det har skjedd diskriminering, må arbeidsgiveren ”sannsynliggjøre” at det likevel ikke er tilfelle. Opplevelsen av diskriminering knytter seg i stor grad til subjektive oppfatninger av urettmessige behandling. Det kan derfor være vanskelig å bevise at en forbigåelse ved ansettelse skyldes lovstridige forhold. Hvilke bevis er relevante i anvendelsen av regelen? Hvordan vektlegges bevisene? Når foreligger det ”grunn til å tro”? Og hva kreves det eventuelt av arbeidsgiveren for å tilbakevise en påstand om diskriminering? Avhandlingen tar for seg noen av de særskilte problemstillingene som melder seg ved anvendelsen av diskrimineringsloven § 24.

¹ Blant annet ØSK art 6 nr. 2 jf. ”full og produktiv sysselsetting”.

² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

³ Ibid. s. 129-131.

⁴ Syse (2009) s. 586.

1.2 Temaets aktualitet

Norge er et flerkulturelt samfunn med en økende innvandring.⁵ Med et økende antall mennesker som i praksis ikke oppnår samme rettigheter som etnisk norske statsborgere, får avhandlingens problemstillinger potensielt økt aktualitet med tiden. Pr. 1. Januar 2015 var det om lag 805 000 personer bosatt i Norge som enten har innvandret selv (669 000) eller som er født i Norge med to innvandrerforeldre (136 000). Dette utgjør 15,6 prosent av Norges befolkning.⁶ Det norske arbeidsmarked bygger i prinsippet på grunnverdier som inkludering, likeverd og aktiv deltakelse.⁷ Alle skal ha like muligheter, uavhengig av personlige kjennetegn. Nyere forskning viser likevel at sannsynligheten for å bli innkalt til jobbintervju reduseres med omtrent 25 prosent dersom søkerens navn signaliserer etnisk minoritetsbakgrunn.⁸ Videre er det en utbredt holdning blant arbeidsgiverne at dersom en søker er av en annen etnisk bakgrunn, har vedkommende ”et steg å gå i forhold til den jevne nordmann”.⁹

Arbeidsledighetstallene i Norge taler også for at personer med innvandrerbakgrunn møter større barrierer på arbeidsmarkedet enn etnisk norske personer. I november 2014 var den registrerte ledigheten blant innvandrere på 6,7 prosent, mot 1,9 prosent for resten av befolkningen.¹⁰ Noe av denne ulikheten skyldes nok andre forhold enn diskriminering, men ovennevnte forskning taler for at deler av den kan ha sammenheng med diskriminering. Det er nærliggende å anta at det finnes betydelige mørketall, da et uvisst antall personer som mener seg diskriminert, av ulike årsaker, velger å ikke ta saken videre.

At diskriminering på grunn av etnisitet i arbeidslivet fremdeles er et aktuelt tema fremkommer videre av saksmengden og saksfordelingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet. I tidsrommet 2007-2014 behandlet de 2402 saker innenfor diskrimineringslovens anvendelsesområde. 865 av disse utspilte seg innenfor arbeidslivets område.¹¹ Bildet underbygges videre av hyppige oppslag i media om at personer med innvandrerbakgrunn sliter med å få seg jobb. Enkelte må gå så langt som å skifte navn for å bli innkalt til intervju.¹² Og hvor mange saker som gjaldt forbigåelser ved ansettelser nådde frem til behandling hos Likestillings- og diskrimineringsnemnda, det vil si i hvor mange tilfeller fant Nemnda ”grunn til å tro” at det forelå etnisitetsdiskriminering?

⁵ SSB nr. 1.

⁶ SSB nr. 1.

⁷ Uttrykk for dette i blant annet arbeidsmarkedsloven § 1, arbeidsmiljøloven kapittel 13 og diskrimineringsloven § 1.

⁸ Midtbøen (2012) s. 79.

⁹ Ibid. s. 108. Uttalelse fra en arbeidsgiver som deltok i prosjektet.

¹⁰ SSB nr. 2.

¹¹ LDO nr. 1.

¹² VG nr. 1, VG nr. 2 og Aftenposten.

I norsk juridisk litteratur finnes det noe stoff knyttet til regelen om delt bevisbyrde. Regelens innhold og betydning er diskutert. Diskusjonene er imidlertid i liten grad knyttet opp til undersøkelser av hvordan regelens beviskrav fungerer i praksis. Behovet for slike undersøkelser er dermed til stede.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Med ”forbigåelser ved ansettelser” siktes det til tilfeller hvor en arbeidssøker ikke blir innkalt til intervju, ikke blir innstilt i stillingen eller blir tilsatt i stillingen.

Diskrimineringsloven kommer til anvendelse innenfor arbeidslivets område, jf. lovens § 1, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 (5). Diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav a knytter seg til vedkommende som mener seg diskriminert. Sett hen til avhandlingens tema vil denne gjennomgående bli kalt ”klager” eller ”arbeidssøker”. § 24 første ledd, bokstav b angir subjektet med ”den ansvarlige”. I avhandlingen benyttes ”arbeidsgiver” eller ”innklagede”.

Diskrimineringsloven oppstiller diskrimineringsgrunnlagene etnisitet, religion og livssyn. (Se punkt 3.2.4.) Avhandlingen tar imidlertid kun for seg grunnlaget etnisitet. Diskrimineringsgrunnlagene religion og livssyn reiser flere særskilte spørsmål som faller utenfor avhandlingens rammer.

1.4 Videre fremstilling

I kapittel 2 redegjøres det kort for avhandlingens rettskilder og metode. Kapittel 3 inneholder en fremstilling av regelens anvendelsesområde. I kapittel 4 redegjøres det først for regelens innhold, deretter foretas det en gjennomgang av forvaltningspraksis med siktemål å se på hvordan regelen anvendes i norsk diskrimineringspraksis. Kapittel 5 inneholder noen av mine bemerkninger til hvordan regelen anvendes i praksis og regelens betydning for det norske diskrimineringsvernet.

2 Rettskilder og metode

2.1 Rettskilder – gjeldende rett

Formålet med avhandlingen er todelt. I avhandlingens første del gis det en fortolkning av diskrimineringsloven § 24 i lys av eksisterende rettskilder, det vil si en fremstilling av gjeldende rett. Med ”gjeldende rett” menes her, som Strand uttrykte det, ”det tolkningsresultat som alt i alt har de beste grunner for seg, gitt det foreliggende rettslige landskap”.¹³ I den andre delen, som er oppgavens hoveddel, tar jeg for meg den fungerende rett. Med ”fungerende rett” siktes det til hvordan gjeldende rett blir anvendt i praksis. I den anledning foretas det en undersøkelse av Likestillings- og diskrimineringsnemndas vurderinger av bevis i saker om forbigåelser ved ansettelser på grunnlag av etnisitet.

Rettskildebildet for diskrimineringsretten er sammensatt, ”[d]et består av en kombinasjon av nasjonale og internasjonale rettskilder.”¹⁴ Siktemålet her er å gi en kort, ikke-uttømmende oversikt over relevante rettskilder. Retten til ikke-diskriminering ble tatt inn allerede i FN-pakten¹⁵ og FNs menneskerettighetserklæring¹⁶. Norge er bundet av en rekke internasjonale konvensjoner som gjelder ”som norsk lov”.¹⁷ Deres tilhørende rettskilder vil også være relevante.¹⁸ Konvensjonene som er tatt inn i menneskerettsloven er gitt en særskilt stilling da de ved motstrid ”går foran bestemmelser i annen lovgivning”, jf. § 3. I 2014 ble diskrimineringsvernet grunnlovsfestet i Norge. Grunnloven § 98 lyder nå: ”Alle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.” Det foreligger dermed flere relevante rettskilder, med ulik trinnhøyde. Fastleggelsen av gjeldende rett kan dermed by på vanskelige tolkningsspørsmål. Sett hen til avhandlingens tema behandles ikke disse særskilte spørsmålene nærmere her.¹⁹

Ovennevnte rettskilder inneholder imidlertid ingen bestemmelser om delt bevisbyrde. Diskrimineringsloven § 24 er en kort og konsis bestemmelse, som gir liten veiledning om hva som kreves for at beviskravene anses oppfylt. Heller ikke lovens forarbeider belyser beviskravene i særlig grad. Det er tatt inn bestemmelser med vesentlig det samme innhold i blant annet likestillingsloven, og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Rettskilder knyttet til disse lovene

¹³ Strand (2012) s. 72.

¹⁴ Ibid. s. 63.

¹⁵ Artikkel 1 nr. 3.

¹⁶ Artikkel 1 og artikkel 2.

¹⁷ Se blant annet menneskerettsloven § 2 og diskrimineringsloven § 5. Se også Ketscher (2008) s. 36 flg. og Strand (2012) kapittel 2.

¹⁸ Blant annet Strand (2012) s. 73 flg.

¹⁹ Mer om dette i blant annet Strand (2012) 96 flg. og Andenæs (2009) s. 160 flg.

vil dermed også være relevante for denne avhandlingen.²⁰ De norske domstolene har kun behandlet et fåtall saker som er relevant for avhandlingens problemstillinger.²¹ Det foreligger imidlertid rikholdig med praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (heretter Ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (heretter Nemnda). Diskrimineringsapparatet ble opprettet for å være et reelt alternativ til domstolsbehandling og et lavterskeltilbud for brukerne.²² Det er nærliggende å anta at det lave antallet diskrimineringsaker for domstolene henger sammen med opprettelsen av disse særskilte organene. Ombudet og Nemnda skal ”håndheve og medvirke” til gjennomføringen av diskrimineringsloven, jf. dens § 23. Reglene for deres organisering og virksomhet finnes i diskrimineringsombudsloven. Nemnda behandler klager på Ombudets uttalelser og vedtak, og kan kun behandle saker som først er behandlet av Ombudet, jf. diskrimineringsombudsloven § 6 første ledd.

I teorien er det diskutert hvorvidt forvaltningspraksis kan fungere som rettskildefaktor.²³ Diskusjonen dreier seg i hovedsak om hvilken vekt forvaltningspraksis skal tillegges som rettskildefaktor. Som Boe uttrykte det ”vil [vekten av forvaltningspraksis] variere fra instans til instans og sak til sak, men relevansen burde være klar.”²⁴ Selv om forvaltningspraksis gis plass som en relevant rettskilde ”betyr det ikke at forvaltningspraksisen alltid må følges, bare at det går an å se hen til presedensene når lover og regelverk skal tolkes.”²⁵ Forvaltningspraksis vil ikke være bindende for domstolene. Domstolene skal, som Boe uttrykte det, ”kontrollere forvaltningen, ikke etterape den.”²⁶ Sett hen til avhandlingens problemstillinger er det unødvendig med en nærmere drøftelse av forvaltningspraksis vekt som rettskildefaktor.²⁷

Regelen om delt bevisbyrde skriver seg fra EU-retten. Den ble utviklet i konkrete rettsavgjørelser av EF-domstolen og deretter nedfelt i Rådsdirektiv 97/80/EF (bevisbyrdedirektivet).²⁸

²⁰ Lovene har blant annet felles forarbeider, lik oppbygning og lik utforming. På samme tid foretar Høyesterett krysshenvisninger fra de ulike områdene, se blant annet Rt. 2014 s. 402 avnitt 57.

²¹ Jeg har søkt på Lovdata med søkeordene: etnisitet/etnisk bakgrunn, diskriminering, forskjellsbehandling, grunn til å tro, sannsynliggjøre, diskrimineringsloven, språk mv. Det er foretatt ulike kombinasjoner av de angitte søkeordene. Søkes det på ”etnisitet”, ”diskriminering” og ”grunn til å tro” får en kun ett treff; Rt. 2014 s. 124. En ærekrenkelsessak som faller utenfor avhandlingens tema. Samme søk for lagmannsretten og tingretten gir 25 treff, men ingen av disse er relevante for avhandlingens problemstillinger. Utelukkes ”etnisitet” i søket for Høyesterett får en 39 treff. To av disse ligger nært opp til avhandlingens tema. Rt. 2012 s. 424 (spørsmål om forbigåelse på grunn av alder) og Rt. 2014 s. 402 (spørsmål om forbigåelse på grunn av kjønn).

²² Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) s. 45, LDN nr. 1 og LDO nr. 2.

²³ Se blant annet Boe (2012) s. 262 flg.

²⁴ Ibid. s. 275.

²⁵ Ibid. s. 265.

²⁶ Ibid. s. 265.

²⁷ Se blant annet Boe (2012) s. 263 flg. og Andenæs (2009) s. 112-115 for mer om vektspørsmålet.

²⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 90-93 og Syse (2009) s. 586-589.

Stortinget vedtok bevisbyrdedirektivet i desember 1999.²⁹ En regel om delt bevisbyrde finnes også i EUs rasediskrimineringsdirektiv, Rådskdirektiv 2000/43/EF, artikkel 8. Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI) uttrykte i sin andre rapport om Norge (27. juni 2000) bekymring rundt bevisproblemene i forbindelse med diskriminering på grunn av etnisitet. Det ble anført at bevisbyrden i norsk lovgivning hvilte for tungt på klageren. I sin tredje rapport om Norge (27. juni 2003) uttrykte ECRI tilfredshet med at utvalget foreslo at delt bevisbyrde ble tatt inn i diskrimineringsloven.³⁰ Det følger av Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129 at diskrimineringslovens vern mot diskriminering skal ligge på samme nivå som vernet innen EU-retten.

Det finnes en god del norsk juridisk litteratur om den generelle diskrimineringsretten, herunder diskriminering på grunn av etnisitet. Kun en liten del av teorien som foreligger tar for seg regelen om delt bevisbyrde. Til tross for at det foreligger flere forhold som taler for at det skjer diskriminering på grunn av etnisitet i ansettelsesprosessen, jf. punkt 1.1, kan jeg ikke se at det finnes noen undersøkelser av hvordan bevisbyrdebestemmelsen fungerer i praksis. Dette er hovedårsaken til at jeg ønsket å gjennomføre en slik undersøkelse av den fungerende rett.

2.2 Praksisundersøkelsen

2.2.1 Metodisk tilnærming

Etter at innholdet av diskrimineringsloven § 24 er kartlagt, tar jeg for meg hvordan gjeldende rett blir anvendt i praksis. Hva kreves for at bestemmelsens beviskrav anses oppfylt i saker om forbigåelser ved ansettelser? Siden det ikke foreligger rettsavgjørelser som berører spørsmålet, blir forvaltningspraksis den sentrale rettskilden. Da Nemnda opererer som Ombudets klageinstans, har jeg valgt å konsentrere meg om deres vedtak og uttalelser.³¹ Nemnda har vært virksom siden 1. januar 2006, og erstattet da den tidligere Klagenemnda for likestilling.

Jeg har gjennomgått alle vedtak og uttalelser fra Nemnda i tidsrommet 2006-2014 som omhandler diskrimineringslovens diskrimineringsgrunnlag innenfor arbeidslivets område.³² Dette

²⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 92.

³⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 126.

³¹ Nemnda har ikke kompetanse til å "opphøve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsordninger, jf. Diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd. Nemnda har imidlertid en plikt til å gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn "er i strid med bestemmelsene nevnt i § 1 annet ledd", jf. § 7 første ledd, annet punktum. Sakene som faller utenfor anvendelsesområdet til § 9, anses Nemndas uttalelse som et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage, jf. forvaltningsloven § 28. Vedtaket kan imidlertid bringes inn for domstolene til "full prøving av saken", jf. diskrimineringsombudsloven § 12 første ledd. Hvorvidt det er tale om et vedtak eller en uttalelse er uten betydning for avhandlingens tema, og trekkes dermed ikke frem i avhandlingen.

³² Pr. 19. april 2015 er det kun ute én sak fra 2015. Denne faller utenfor avhandlingens tema. Se LDN nr. 2.

utgjør 52 saker. 23 av disse knytter seg til forbigåelser ved ansettelser.³³ Utvelgelsen av de sakene som nevnes i fremstillingen er basert på hvor egnet jeg mener de er til å belyse beviskravene. Flere saker kunne vært nevnt, men av hensyn til oppgavens omfang lot det seg ikke gjøre. Jeg har ikke hatt innsyn i sakenes dokumenter ut over det som fremkommer av Nemndas og Ombudets hjemmesider.³⁴ Det finnes dermed store mengder av relevante dokumenter jeg ikke har hatt for hånden. I fremstillingen trekkes det kun frem saksforhold av betydning for avhandlingens problemstillinger. For en fullstendig oversikt over saksforholdene henvises det til de konkrete sakene.

³³ Vedlegg og LDN nr. 2.

³⁴ LDN nr. 2 og LDO nr. 3.

3 Bevisbyrdebestemmelsens anvendelsesområde

3.1 Diskrimineringsloven § 24 annet ledd

Regelen om delt bevisbyrde gjelder ved ”påståtte brudd på bestemmelsene i kapittel 2 og §§ 16 og 17”, jf. diskrimineringsloven § 24 annet ledd. § 17 omhandler innhenting av opplysninger ved ansettelser. Lovens kapittel 2 går under overskriften ”Forbud mot diskriminering”. Kapitlet inneholder blant annet hovedregelen om forbud mot diskriminering i § 6, en unntaksbestemmelse fra hovedregelen i § 7 og et forbud mot trakassering i § 9. Forbudene i kapittel 2 gjelder ”alle sider av et ansettelsesforhold”, jf. § 16. Dette omfatter ”blant annet” utlysning av stilling og ansettelse. Da ”blant annet” er benyttet fremgår det at det ikke har vært lovgivers mening å gi en uttømmende oppramsing. At oppramsingen ikke er uttømmende fremkommer også av Nemndas praksis. I **sak 12/2010** uttalte Nemnda at:

”Diskrimineringsvernet gjelder hele ansettelsesprosessen, jf. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 6/2007. Diskrimineringsforbudet kan være overtrådt allerede dersom den påståtte diskrimineringen medfører at vedkommende ikke blir innkalt til intervju, innstilt eller vurdert som aktuell for stillingen.”

Det er i hovedsak disse situasjonene avhandlingen tar for seg. Det arbeidsrettslige utgangspunkt er arbeidsgivers styringsrett. Dette innebærer, kort fortalt, at arbeidsgiver har rett til å ”organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet”, jf. blant annet Rt. 2008 s. 856 avsnitt 34. Beslutninger i en ansettelsesprosess faller klart nok innenfor arbeidsgivers styringsrett.³⁵ Styringsretten kan imidlertid være begrenset av lov, tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler mv.³⁶ Diskrimineringslovgivningen innebærer dermed en begrensning for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten.

Det følger av diskrimineringsloven § 24 første ledd at det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis de kumulative vilkårene i bokstav a og bokstav b foreligger. Bestemmelsen kommer til anvendelse ved håndhevingsorganets fastleggelse av sakens kjensgjerninger. Beviskravene er nært knyttet opp til diskrimineringsbegrepet, da det er vilkårene for diskriminering bevisføringen i all hovedsak dreier seg om. Klageren vil føre bevis for at det har funnet sted diskriminering, innklagede for at det ikke er tilfelle. Av den grunn er det nødvendig med en kort redegjørelse for diskrimineringsbegrepet.

³⁵ Se blant annet Fanebust (2013) s. 110 og s. 125-126.

³⁶ Se blant Rt. 2008 s. 856 avsnitt 34 og Evju (2010) s. 60.

3.2 Diskrimineringsbegrepet

3.2.1 Innledning.

For bare noen tiår tilbake i tid var det uproblematisk å forskjellsbehandle mennesker på grunn av personlige kjennetegn som etnisitet, religion, kjønn mv. Dette hadde sammenheng med de samfunnsmessige strukturene som rådet på den tiden.³⁷ I dag anses retten til ikke å bli diskriminert som et grunnleggende menneskerettslig prinsipp.³⁸ Kjernen i prinsippet er, som Strand beskrev det, ”at hvert menneske har en rett til å bli vurdert som et individ, ikke som del av en gruppe.”³⁹ Retten er nært knyttet opp til temaer som toleranse, likeverd, verdighet og integritet. At det finnes et effektivt vern mot usaklig forskjellsbehandling av enkeltindivider, og grupper av personer, er et viktig strukturelt trekk ved menneskerettighetene. Viktigheten av dette kommer klart til syne gjennom en lang rekke av både internasjonale og regionale menneskerettighetskonvensjoner.⁴⁰

Siktemålet her er å se nærmere på hva som konstituerer diskriminering etter diskrimineringsloven. § 6 annet ledd, første punktum definerer diskriminering som ”direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 7 eller § 8.” § 7 angir vilkårene for når en forskjellsbehandling ikke er i strid med forbudet i § 6. § 8 oppstiller reglene for såkalt positiv særbehandling. (Sett hen til avhandlingens tema behandles ikke § 8 nærmere. Jeg vil kort komme innom § 7 i forbindelse med behandlingen av beviskravene i avhandlingens kapittel 4.) Det som rammes er følgelig den usaklige forskjellsbehandlingen. Begrepet ”diskriminering” anvendes i det følgende for tilfeller hvor forskjellsbehandlingen baserer seg på et rettstridig kriterium, og dermed innebærer et brudd på loven.⁴¹ Diskrimineringsloven § 6 annet ledd skiller mellom to hovedformer for diskriminering; direkte og indirekte. Definisjonen av disse hovedformene følger av annet og tredje punktum.

3.2.2 Direkte forskjellsbehandling, jf. § 6 annet ledd, annet punktum

Diskrimineringsloven § 6 annet ledd, annet punktum definerer ”direkte forskjellsbehandling” slik:

”Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person eller et foretak blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes etnisitet, religion eller livssyn.”

³⁷ Ketscher (2008) s. 33.

³⁸ Se blant annet Strand (2007) s. 131 og NOU 2009:14 s. 95.

³⁹ Strand (2007) s. 131-132.

⁴⁰ Se blant annet Ketscher (2008) s. 34 og NOU 2009:14 s. 21.

⁴¹ Ordlyden i § 6 annet ledd første punktum, Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 205 og Ketscher (2008) s. 41.

Når et av disse rettstridige kriteriene, etnisitet, religion eller livssyn, anvendes åpenlyst, har det klart nok funnet sted direkte diskriminering. Et eksempel på dette finnes i Nemndas **sak 35/2012**. Spørsmålet var hvorvidt Y (innklagede) handlet i strid med diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunn av språk, i forbindelse med tilsettingen av en førsteinspektør. Y erkjente at det blant annet ble lagt vekt på språk da A (klager) ikke ble innstilt. Nemnda slo klart fast at dette er ”noe som innebærer direkte diskriminering.”

Det følger uttrykkelig av definisjonen at det ikke behøver å ha funnet sted en aktiv handling. Også en unnlattelse vil kunne rammes av forbudet mot direkte diskriminering, jf. ”handling eller unnlattelse”. Et eksempel på en unnlattelse som konstituerer direkte diskriminering er hvor en kvalifisert arbeidssøker ikke innkalles til intervju fordi søkerens navn signaliserer at vedkommende har innvandrerbakgrunn. Fra Nemndas praksis kan **sak 26/2008** trekkes frem, hvor spørsmålet for Nemnda var ”om A kommune, bydel X, la vekt på etnisitet og/eller nasjonal opprinnelse i forbindelse med *unnlattelsen* av å innkalle B til intervju.” [Min utheving.]

I Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 95 presiseres det i at også annonser, løpesedler mv. med et diskriminerende innhold kan rammes av forbudet, jf. ”handling eller unnlattelse”. Rene ytringer vil imidlertid, i utgangspunktet, falle utenfor § 6.⁴²

Det følger av definisjonen at handlingens eller unnlattelsens ”formål eller virkning” vil være avgjørende for om det foreligger direkte diskriminering. Ved at ”virkning” er tatt inn er det klart at det ikke kreves diskrimineringshensikt for at lovens forbud kan være overtrådt. Dette er et bevisst valg fra lovgivers side, for ikke å svekke effektiviteten av diskrimineringsforbudet.⁴³ Et motiv om å diskriminere vil ofte holdes skjult eller ikke være til stede. Det sentrale kriteriet for å vurdere om en handling mv. er direkte diskriminerende eller ikke, vil dermed være hvilke resultater handlingen mv. har.⁴⁴ At det ikke kreves diskrimineringshensikt er i samsvar med blant annet FNs rasediskrimineringskonvensjon.⁴⁵ Dette er også lagt til grunn i langvarig nemndspraksis. Se blant annet **sak 21/2009** hvor det uttales at det ikke stilles krav ”om diskriminerende hensikt for å bli rammet av lovens forbud, ... Det er tilstrekkelig at det oppstår en diskriminerende virkning, og at denne skyldes for eksempel nasjonal opprinnelse eller nasjonalitet.” Lovens formulering innebærer samtidig at en handling som ikke nødvendigvis får en forskjellsbehandlende virkning vil rammes dersom formålet likevel var å diskriminere.

⁴² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 205-206.

⁴³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 94.

⁴⁴ I.c.

⁴⁵ ”Formål eller virkning” i artikkel 1 nr. 1 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 94.

I diskrimineringsloven av 2005 var følgen av den lovstridige handlingen mv. beskrevet på tre måter; dersom en person ”blir”, ”er blitt” eller ”ville blitt” behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon.⁴⁶ Det følger av forarbeidene til någjeldende diskrimineringslov at § 6 viderefører gjeldende rett og erstatter den tidligere bestemmelsen.⁴⁷ Alle de tre tilfellene vil dermed også kunne rammes av dagens diskrimineringsforbud. Som Strand uttrykte det: ”Hensikten med forbudet mot direkte diskriminering er å sikre formell likhet mellom individene.”⁴⁸

Et sentralt forhold ved diskrimineringsforbudet er at det ikke kreves en konkret sammenligningsperson.⁴⁹ Det finnes ikke alltid andre tilsvarende tilfeller å sammenligne med. Et slikt krav ville derfor gått på bekostning av forbudets effektivitet. En ”hypotetisk tredjeperson” (en tenkt Ola Nordmann) vil derfor være tilstrekkelig i fastleggelsen av om det har skjedd diskriminering.⁵⁰ Rettsstillingen er dermed i samsvar med EUs rådsdirektiv 2000/43/EF.⁵¹

For at en handling eller en unnlattelse skal anses som direkte diskriminerende må det også foreligge en årsakssammenheng, jf. ”og at dette skyldes”. Det må være årsakssammenheng mellom handlingen eller unnlattelsen og et av bestemmelsens diskrimineringsgrunnlag. (Jeg kommer tilbake til årsakssammenhengen og diskrimineringsgrunnlagene under punkt 3.2.4.) At en person med en annen etnisk bakgrunn ikke kalles inn til jobbintervju fordi han ikke oppfyller utlysningstekstens krav er således ikke diskriminerende. Det foreligger da ingen sammenheng mellom unnlattelsen og søkerens etniske bakgrunn. Nemnda formulerte kravet om årsakssammenheng, i **sak 12/2014**, på denne måten: ”Det må foreligge årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget, etnisitet, og at den aktuelle handlingen gir visse negative virkninger for en person, ...” Vilkåret om årsakssammenheng vil stå sentralt i den senere behandlingen av den fungerende rett. (Punkt 4.6.)

3.2.3 Indirekte forskjellsbehandling, jf. § 6 annet ledd, tredje punktum

Diskrimineringsloven § 6 annet ledd, tredje punktum definerer indirekte forskjellsbehandling slik:

”Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av etnisitet, religion eller livssyn.”

Der direkte diskriminering vil være forholdvis enkel å oppdage, stiller den indirekte diskrimineringen, som Ketscher uttrykte det, krav om en ”kombination af viden om faktiske sam-

⁴⁶ § 4 annet ledd og Strand (2007) s. 141.

⁴⁷ Prp.88 L (2012-2013) s. 176.

⁴⁸ Strand (2007) s. 141.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 94.

⁵⁰ I.c.

⁵¹ I.c.

fundsmæssige sammenhænge.”⁵² Tilsynelatende nøytrale og saklige bestemmelser, betingelser mv. kan slå skjevt ut, og det vil ofte være mennesker med personlige kjennetegn som inngår i lovens diskrimineringsgrunnlag som rammes.⁵³ Et eksempel kan være en utlysningstekst som stiller krav om svært gode norskkunnskaper, uten at dette er begrunnet i stillingens karakter. En slik utlysningstekst setter gjerne personer med en annen etnisk bakgrunn i en dårligere posisjon enn etnisk norske personer. Indirekte diskriminering skiller seg fra direkte diskriminering ved at den ”i en viss utstrekning forutsetter en sammenlikning av grupper av personer”, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 93. Problemet er, som Holgersen uttrykte det, at ”diskriminering også kan bli resultatet av en rekke formelle eller uformelle strukturer i samfunnet, ...”⁵⁴ Den indirekte diskrimineringen kjennetegnes ved at det tilsynelatende ikke er noe formelt galt med bestemmelsen mv., men i praksis får den en negativ eller uønsket virkning for visse etniske grupper på et usaklig grunnlag.⁵⁵ Indirekte diskriminering kan beskrives som ”likebehandling av ulike tilfeller, mens direkte diskriminering som ulik behandling av like tilfeller”, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 93.

For å konstatere indirekte diskriminering trenger det ikke faktisk å ha forekommet diskriminering, i den forstand at noen er behandlet dårligere enn andre. Det er tilstrekkelig at det foreligger en ”tilsynelatende nøytral” bestemmelse, betingelse mv. som vil stille personer tilhørende bestemte etniske mv. grupper dårligere enn andre personer som ikke tilhører slike grupper.⁵⁶ Eksemplet om utlysningsteksten nevnt ovenfor kan igjen trekkes inn. Selv om personer med en annen etnisk bakgrunn ble innkalt til intervju, kan utlysningsteksten fremdeles innebære indirekte diskriminering. Dersom det ikke er tale om en ”tilsynelatende nøytral” bestemmelse mv. må diskrimineringsspørsmålet eventuelt vurderes etter forbudet mot direkte diskriminering.

Ved spørsmål om indirekte diskriminering er det enda klarere, sammenlignet med direkte diskriminering, at det ikke kreves diskrimineringshensikt for at en bestemmelse, betingelse mv. vil kunne rammes av lovens forbud.⁵⁷ Det må antas at den diskriminerende følgen av nøytrale bestemmelser i de aller fleste tilfeller ikke er bevisst tilsiktet.⁵⁸ Et diskrimineringsforbud som kun rammet direkte diskriminering ville dermed vært temmelig ufullstendig. Ved at indirekte

⁵² Ketscher (2008) s. 44.

⁵³ Holgersen (2008) s. 170.

⁵⁴ I.c.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 93.

⁵⁶ Ibid. s. 96-97.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130 og Holgersen (2008) s. 171.

⁵⁸ Holgersen (2008) s. 171.

diskriminering er tatt inn i hovedregelen får loven en betydelig større slagkraft.⁵⁹ Men til tross for at indirekte diskriminering rammes, må det erkjennes at dette, i seg selv, ikke er tilstrekkelig for å sikre full likestilling for alle uavhengig av etnisitet mv.⁶⁰ Dette kommer klart til syne gjennom forholdene som ble nevnt under punkt 1.2.

At en tilsynelatende nøytral ”betingelse” kan rammes av forbudet mot indirekte diskriminering følger uttrykkelig av definisjonen. Bakgrunnen for at betingelsesbegrepet ble tatt inn i den norske loven var at dette begrepet ble benyttet i EUs rådsdirektiv 2000/43/EF og 2000/78/EF (de danske versjonene). På samme tid var betingelsesbegrepet anvendt i tilsvarende forbud i arbeidsmiljøloven av 1977 § 54 C nr. 2. Departementet anså at innføringen av betingelsesbegrepet ville tilføre definisjonen noe substansielt. ”Betingelse” og ”bestemmelse” overlapper til en viss grad, men det ble antatt at sistnevnte i større grad er skriftliggjort og formalisert, mens ”betingelse” gjerne er av en mer uformell karakter.⁶¹ Dermed er det tydeliggjort at forbudet mot indirekte diskriminering kan ramme begge forhold, og en unngår eventuelle grensedragningspørsmål.

Det følger av definisjonen at personer må ”stilles dårligere enn andre” for at det skal være tale om indirekte diskriminering. Er ikke dette vilkåret oppfylt, vil ikke bestemmelsen mv. være i strid med forbudet. Et eksempel på sistnevnte finnes i **sak 4/2009**. Saken gjaldt tilsettingen av en saksbehandler i utlendingsforvaltningen ved et politidistrikt. A (klager) fikk ikke stillingen da han ved tidligere asylsøknader hadde endret identitet opptil flere ganger. Dette var et problem i forhold til vandelsvurderingen. Nemnda uttalte blant annet at ”[v]andelsvurderingen stilte ikke klager dårligere på grunn av etnisk bakgrunn eller nasjonal opprinnelse.” Politidistriktet handlet derfor ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering. I diskrimineringsloven av 2005 varierte graden av vilkåret etter hvilket livsområde det var tale om. Utenfor arbeidslivets område måtte personer stilles ”særlig ufordelaktig” for at et tilfelle skulle rammes av forbudet. Innenfor arbeidslivets område var vilkåret angitt som i dagens lov, ”stilles dårligere”.⁶² Tidligere krevdes det følgelig en negativ virkning av en viss betydning utenfor arbeidslivets område, jf. ”særlig ufordelaktig”. Etter någjeldende lov er vilkåret det samme uavhengig av livsområde.⁶³ I Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96-97 ble det tatt til ordet for at det ikke bør gjelde et strengere krav for å bevise indirekte diskriminering enn direkte diskri-

⁵⁹ Holgersen (2008) s. 170.

⁶⁰ Ibid. s. 171.

⁶¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96.

⁶² § 4 tredje ledd. Mer om dette i Strand (2007) s. 148.

⁶³ Ordlyden i § 6 annet ledd, tredje punktum og Prop.88 L (2012-2013) s. 176.

minering. Dette var det heller ingen forutsetninger om ved vedtakelsen av EUs rådsdirektiv 2000/43/EF.⁶⁴

Det er også ved indirekte diskriminering et krav om årsakssammenheng mellom den diskriminerende bestemmelsen mv. og et av diskrimineringsgrunnlagene, jf. ”og at dette skjer på grunn av”. En utlysningstekst som oppstiller omfattende krav til norskkunnskaper vil ikke innebære indirekte diskriminering for en etnisk norsk person med et lite utviklet vokabular. Som vist tidligere, kan det imidlertid innebærer indirekte diskriminering overfor en person, eller en gruppe personer, med en annen etnisk bakgrunn enn norsk. (Nærmere om årsakssammenhengen i punkt 3.2.4.1 og 4.6.)

I tillegg til disse to hovedformene for diskriminering opereres det med ”systemisk diskriminering” og ”multipel diskriminering”. Førstnevnte kjennetegnes, som Craig uttrykte det, ved at ”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.”⁶⁵ Med ”multipel diskriminering” siktes det til tilfeller hvor diskrimineringen kan knyttes til mer enn et diskrimineringsgrunnlag.⁶⁶ Begge disse formene for diskriminering reiser særskilte problemstillinger som faller utenfor avhandlingens tema og formål. Det behandles dermed ikke nærmere i det følgende.⁶⁷

3.2.4 Etnisitet som diskrimineringsgrunnlag

3.2.4.1 Årsakssammenheng

For at en handling, unnlattelse, bestemmelse, betingelse mv. skal anses å være i strid med diskrimineringsloven må det foreligge årsakssammenheng mellom handlingen mv. og et av lovens diskrimineringsgrunnlag. Med ”diskrimineringsgrunnlag” forstås her forhold som det i utgangspunktet er ulovlig å begrunne en forskjellsbehandling med. Diskrimineringsloven § 6 første ledd forbyr diskriminering på grunn av tre selvstendige diskrimineringsgrunnlag; ”etnisitet, religion eller livssyn”. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett og erstatter § 4 første, annet og tredje ledd i diskrimineringsloven av 2005, jf. Prop.88 L (2012-2013) s. 176. Det er gjennomført enkelte lovtekniske endringer ved vedtakelsen av den nye loven, men det er kun tale om en presisering av gjeldende rett.⁶⁸

I diskrimineringsloven av 2005 var nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk tatt direkte inn i hovedregelen.⁶⁹ I någjeldende lov slås det eksplisitt fast at diskriminering på

⁶⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 96-97.

⁶⁵ Craig (2008) s. 358.

⁶⁶ Se blant annet Strand (2012) s. 145 flg.

⁶⁷ For mer om disse formene for diskriminering, se blant annet Strand (2012) s. 141 flg., Craig (2008) s. 357 flg.

⁶⁸ Prop.88 L (2012-2013) s. 176.

⁶⁹ § 4 første ledd.

grunn av ovennevnte forhold ”regnes også som diskriminering på grunn av etnisitet.” Disse anses dermed som elementer av etnisitetsbegrepet, og ikke som selvstendige diskrimineringsgrunnlag, jf. § 6 første ledd.⁷⁰ Dette innebærer at forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk må ha tilknytning til en persons etnisitet for å skulle rammes av diskrimineringsforbudet. Et eksempel fra forarbeidene på at en slik tilknytningen mangler, er at forskjellsbehandling av en etnisk norsk person på grunn av dialekt eller svake engelskferdigheter ikke omfattes av diskrimineringsforbudet.⁷¹

Til tross for at diskrimineringsloven § 6 oppstiller tre selvstendige diskrimineringsgrunnlag, opereres det ikke med klare distinksjoner mellom dem. Grunnlagene vil ”delvis kunne overlappe hverandre”, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 87. Denne presiseringen medfører at en unngår eventuelle grensdragnings spørsmål som kan melde seg i konkrete saker. Rettsanvenderen behøver dermed ikke å foreta konkrete drøftelser av om det er diskriminering på grunn av hudfarge eller nasjonal opprinnelse som er det aktuelle.

I det følgende vil jeg gå kort inn på etnisitet som diskrimineringsgrunnlag, jf. punkt 1.3. Loven inneholder ingen definisjon av begrepet. En må dermed se hen til andre kilder for å fastlegge innholdet nærmere.

3.2.4.2 *Etnisitetsbegrepet*

”Etnisitet” er et relativt nytt begrep i norsk lovgivningssammenheng.⁷² Begrepet ble drøftet forholdvis inngående ved vedtakelsen av diskrimineringsloven av 2005. Lovutvalget foreslo å anvende ”etnisitet” som det eneste diskrimineringsgrunnlag, og at begrepet skulle forstås svært vidt.⁷³ Departementet var enig i at begrepet skulle forstås vidt, men anså det mer hensiktsmessig med en konkret oppregning av diskrimineringsgrunnlagene. Noe som, etter departementets mening, ville gjøre loven enklere å forstå og å anvende.⁷⁴

”Etnisitet” er et vagt begrep uten et skarpt avgrenset innhold. I Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 84 uttrykkes det at begrepet kan beskrives ”med utgangspunkt i de forhold som binder folk sammen som etnisk gruppe – dvs. de forhold som er typiske for en gruppes etniske bakgrunn.”⁷⁵ Begrepet har både et subjektivt og objektivt innhold. De forhold eller variabler som er relevante ved vurderingen av hva som omfattes av ”etnisitet” kan variere fra gruppe til

⁷⁰ Prop.88 L (2012-2013) s. 176.

⁷¹ I.c.

⁷² Holgersen (2008) s. 160.

⁷³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 83-84.

⁷⁴ Ibid. s. 87.

⁷⁵ Uttrykt av lovutvalget. Departementet støttet forslaget, se side 87 flg.

gruppe, fra individ til individ og fra situasjon til situasjon.⁷⁶ Underbegrepene som ofte benyttes for å definere ”etnisitet”, som kultur, holdninger, verdier, fellesnormer mv., innehar dynamiske elementer. Dette medfører at innholdet kan justeres, tilpasses og endres i tråd med samfunnsutviklingen.⁷⁷ At etnisitetsbegrepet ble tatt inn i loven legger dermed til rette for at håndhevingsorganene vil være med på både fastleggingen og utviklingen av begrepets innhold.

Norge har høstet en del kritikk for at ”rase” ikke er inkludert som et diskrimineringsgrunnlag, blant annet fra FNs rasediskrimineringskomité.⁷⁸ Departementet uttrykte imidlertid at lovens formulering ”... klart nok vil kunne ramme det som ellers ville kunne betegnes som diskriminering på grunn av rase”.⁷⁹ Dette er lagt til grunn av Nemnda, i **sak 10/2012** sies det at til tross for at rase ikke er tatt inn, er det ”likevel ikke tvilsomt at diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn rammer det som ellers ville kunne betegnes som diskriminering på grunn av rase, ...”

⁷⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 87-88.

⁷⁷ Ibid. s. 88.

⁷⁸ Se blant annet Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 89 og Holgersen (2008) s. 160.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 89.

4 Regelen om delt bevisbyrde

4.1 Bevisbyrde og beviskrav

Når håndhevingsorganene står overfor spørsmålet om det har funnet sted diskriminering etter diskrimineringsloven, må de alltid ta stilling til både rettslige og faktiske spørsmål.⁸⁰ For å svare på de rettslige spørsmålene, må det være avgjort hvilket saksforhold avgjørelsen skal bygge på. Er det klarhet rundt sakens faktum, følger ofte løsningene på de rettslige spørsmålene av seg selv.⁸¹ Partene må føre bevis for å overbevise håndhevingsorganet om at det hendelsesforløp de anfører er det som faktisk har skjedd. Utgangspunktet er at partene har rett til å føre de bevis de selv ønsker, jf. tvisteloven § 21-3 (1).⁸² Det foreligger ingen egentlig plikt til å legge frem bevis, i den forstand at en slik unnlattelse møtes med formelle sanksjoner. Unnlattelsen medfører imidlertid en risiko for å tape saken.⁸³ Diskrimineringsloven § 24 kommer til anvendelse ved håndhevingsorganenes fastleggelse av hvilke kjensgjerninger som skal legges til grunn for avgjørelsen.

Den norske prosessordningen bygger på prinsippet om fri bevisbedømmelse, jf. tvisteloven § 21-2 (1). Prinsippet gjør seg gjeldene både for diskrimineringsapparatets og domstolenes behandling av diskrimineringsaker.⁸⁴ Kort fortalt innebærer prinsippet at avgjørelsesorganet, på fritt og selvstendig grunnlag, skal vurdere hvilke bevis som er relevante og hvilken vekt bevisene skal tillegges. Vekten må avgjøres både for det enkelte bevismiddel og for den samlede bevisførselen. Som Hov uttrykte det: ”Formålet med bevisbedømmelsen er å slå fast hvilke kjensgjerninger som skal legges til grunn for dommen.”⁸⁵ Resultatet av bevisbedømmelsen kan være alt fra helt sikker (100 prosent sannsynlighet for det anførte hendelsesforløp) til helt usikker (0 prosent sannsynlighet for det anførte hendelsesforløp). Skulle dommeren være i villrede, må han etter Hov og Eckhoffs mening ”rett og slett bare se til å bestemme seg”.⁸⁶ Resultatet av bevisbedømmelsen avhenger av bevismidlenes overbevisende kraft.⁸⁷

Et sentralt spørsmål i forbindelse med bevisbedømmelsen, er hvem av partene som har ”bevisbyrden”. Sagt med andre ord; hvem som bærer ”tvilsrisikoen”. Bevisbyrdebegrepet er av gammelt opphav, og har vært gjenstand for atskillig diskusjon i teorien. Robberstad og Graver skiller mellom ”bevisbyrde” og ”beviskrav”. Et slikt skille legges også til grunn i denne av-

⁸⁰ Syse (2009) s. 585 og Michelsen (1999) s. 207.

⁸¹ Michelsen (1999) s. 207.

⁸² Utgangspunktet er underlagt begrensninger. Begrensningene behandles ikke nærmere her. Se blant annet Hov (2010) s. 771 flg. og Robberstad (2013a) s. 246 flg.

⁸³ Hov (2010) s. 764-765.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

⁸⁵ Hov (2010) s. 795.

⁸⁶ Ibid. s. 806.

⁸⁷ Hov (2010) s. 796 og Robberstad (2013a) s. 257.

handlingen. ”Bevisbyrde” anvendes om ”hvem av partene som må bevise et bestemt faktisk forhold.”⁸⁸ ”Beviskrav” benyttes om hvor mye som kreves for å overbevise dommeren om et bestemt utfall.⁸⁹ Som Graver forklarte sistnevnte: ”Med beviskrav menes spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som skal foreligge for at et visst faktum anses bevist.”⁹⁰

Torstein Eckhoff kritiserte i *Tvilsrisiko* (1943) begrepet ”bevisbyrde” og innførte begrepet ”tvilsrisiko”. Han mente at det ikke var grunn til å sondre mellom spørsmålet om hvem som hadde bevisbyrden, og spørsmålet om hvilken bevisstyrke som kreves. Eckhoffs terminologi har ikke slått gjennom, men begrepet ”tvilsrisiko” har blitt stående, men da uten den doble betydningen som Eckhoff tillia det.⁹¹ Robberstad mener, i motsetning til Eckhoff, at gjennom å holde spørsmålene om bevisbyrde og beviskrav adskilt, blir det enklere å forstå bevissspørsmålene.⁹² I teorien har det også blitt diskutert hvorvidt det i det hele tatt er behov for bevisbyrdereregler. Denne diskusjonen behandles ikke nærmere her.⁹³

Når bevisbedømmelsen er foretatt, må resultatet holdes opp mot beviskravreglene. Innenfor strafferettens område er det enighet om at det kreves en meget høy grad av sannsynlighet før siktede kan dømmes.⁹⁴ For de sivile sakene har det vært større uenighet om hvilke regler som gjelder, eventuelt bør gjelde.⁹⁵ Torstein Eckhoff ga tidlig uttrykk for at hovedregelen bør være at det alternativet som fremstår som mest sannsynlig skal legges til grunn.⁹⁶ Det ble i den anledning hevdet at man gjennom anvendelsen av dette prinsippet var sikret flere riktige avgjørelser. Eckhoffs hovedregel har vunnet alminnelig tilslutning og kalles gjerne ”overvektsprinsippet”. Overvektsprinsippet anses i dag som utgangspunktet etter de alminnelige sivilrettslige bevisbyrderegelene.⁹⁷ Dette innebærer at det påståtte faktum må være mer sannsynlig (mer enn 50 prosent) enn det alternative faktum, for at det skal legges til grunn som bevist.⁹⁸ Det må nevnes at det i enkelte sivile saker kreves en høyere grad av sannsynlighet, for eksempel er beviskravet angitt som ”utvilsomt” i dekningsloven § 5-2 annet ledd. Regelen om delt bevisbyrde anses som et unntak fra de alminnelige sivilrettslige bevisbyrderegelene.⁹⁹

4.2 Hva menes med delt bevisbyrde?

Diskrimineringsloven § 24 første ledd lyder:

⁸⁸ Robberstad (2011) s. 65.

⁸⁹ Ibid. s. 65.

⁹⁰ Graver (2004) s. 467.

⁹¹ Robberstad (2013a) s. 258 flg., Robberstad (2011) s. 65 flg. og Hov (2010) s. 806 flg.

⁹² Robberstad (2013a) s. 259.

⁹³ Om diskusjonen; se blant annet Robberstad (2011) s. 80-81 og Hov (2010) s. 806.

⁹⁴ Hov (2010) s. 804.

⁹⁵ Ibid. 805.

⁹⁶ Robberstad (2011) s. 66 og Hov (2010) s. 805.

⁹⁷ Blant annet Robberstad (2013a) s. 264 og Rt. 1992 s. 64.

⁹⁸ Blant annet Rt. 1992 s. 64, Hedlund (2008) s. 327, Robberstad (2013a) s. 264. Slike prosentøvelser er en teoretisk øvelse, men er egnet til å illustrere prinsippet.

⁹⁹ Syse (2009) s. 585 og Hedlund (2008) s. 323-324.

”Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

- a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, og
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.”

Innenfor diskrimineringsretten er det, blant annet på grunn av hensynene som fremkommer under punkt 4.3, tatt inn en særskilt bevisbyrderregel. Regelen om delt bevisbyrde regulerer håndhevingsorganets stillingtakene til de faktiske sidene av saken. Regelen innebærer, som vi skal se, at bevisbyrden går over på den andre parten på et tidligere tidspunkt enn etter de alminnelige sivilrettslige bevisbyrderreglene. Etter diskrimineringsloven § 24 skal det legges til grunn at det har funnet sted diskriminering dersom bestemmelsens bokstav a og bokstav b er oppfylt. Hedlund skriver at bevisføringsplikten dermed ”kan sees som en toleddet prosess.”¹⁰⁰ Etter bokstav a kreves det at ”det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering.” Dermed er det klageren som i første omgang har bevisbyrden for den påståtte diskrimineringen. Dersom håndhevingsorganet finner beviskravet ”grunn til å tro” oppfylt, går bevisbyrden over til innklagede.¹⁰¹ Innklagede må da ”sannsynliggjør[e]” at det likevel ikke har funnet sted diskriminering, jf. bokstav b. Klarer ikke innklagede å sannsynliggjøre dette i tilstrekkelig grad, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted. Det er oppstilt ulike beviskrav for partene. (Se punkt 4.4 og punkt 4.5.) Bevistemaet, er imidlertid det samme gjennom hele prosessen; om det har funnet sted diskriminering eller ikke.¹⁰²

I teorien er det tatt til ordet for at ”delt bevisbyrde” er et lite egnet navn på en regel med ovennevnte innhold. Syse og Helgeland påpeker at navnet ”er noe misvisende ...” De viser til at regelen ikke medfører en ”«deling», men et betinget skifte av både bevisføringsansvar og tvilsrisiko ...”¹⁰³ Robberstad ga uttrykt for at ”[u]ttrykket synes å være et påfunn av de norske håndhevingsorganene, ... Det er misvisende, for bevistemaet i § 16 er ikke delt, det er hele tiden «lovstridig forskjellsbehandling»”.¹⁰⁴ Til tross for slike bemerkninger virker ”delt bevisbyrde” etablert innenfor diskrimineringsrettens område, og anvendes derfor i det følgende.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Hedlund (2008) s. 323.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

¹⁰² Robberstad (2011) s. 82.

¹⁰³ Syse (2009) s. 586.

¹⁰⁴ Robberstad (2011) s. 82.

¹⁰⁵ Se blant annet Rt. 2012 s. 424 avsnitt 44 og Syse (2009) s. 587.

4.3 Hvorfor har vi en regel om delt bevisbyrde?

Det er en lang rekke med særlige hensyn som gjør seg gjeldende for diskrimineringsaker.¹⁰⁶ Disse hensynene spilte en betydelig rolle da det ble innført en særskilt bevisbyrdebestemmelse i norsk diskrimineringsrett. Her gjennomgås kun et utvalg av hensynene. Innledningsvis skal det nevnes at regelen har vært gjenstand for en del kritikk. Innvendingene knytter seg i hovedsak til innklagedes rettssikkerhet. (Jeg kommer kort innom noen av innvendingene i punkt 4.5.)

I Norge har vi et sterkt materielt diskrimineringsvern. Dette, alene, er ikke tilstrekkelig for å sikre et reelt og effektivt vern mot diskriminering. Det materielle vernet må underbygges av effektive prosessuelle ordninger og effektive sanksjonsmuligheter.¹⁰⁷ Nettopp slike effektivitetshensyn var en av hovedbegrunnelsene for at regelen om delt bevisbyrde ble tatt inn i norsk diskrimineringsrett.¹⁰⁸ Dersom bevisbyrden i sin helhet lå på klageren, ville dette i praksis innebære at mange saker om diskriminering ikke ville blitt gjenstand for en reell prøving.¹⁰⁹

Innenfor arbeidslivets område begrunnes regelen også i det ulike styrkeforholdet mellom partene.¹¹⁰ På dette livsområde omfatter gjerne en diskrimineringssak en arbeidsgiver mot en, i alle fall antatt, svakere arbeidssøker eller arbeidstaker. Regelen innebærer ikke et betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle reglene, og det ble derfor fremholdt at det ikke ville oppstå noen problemer for partenes rettssikkerhet i tvister mellom mer jevnbyrdige parter.¹¹¹ I praksis vil det, også etter de alminnelige reglene, fungere slik at dersom klageren fremlegger opplysninger som underbygger hans påstand, må innklagede fremlegge motbevis for å ivareta sine interesser.¹¹²

Et annet sentralt hensyn bak regelen er vanskeligheten knyttet til bevisføringen og bevisvurderingene i diskrimineringsaker. De faktiske årsakene bak en påstått diskriminerende handling, unnlattelse mv. vil ofte være uklare eller skjulte.¹¹³ Det er nærliggende å anta at en arbeidsgiver som bevisst forskjellsbehandler på grunn av etnisitet, vil forsøke å begrunne forholdet i andre momenter. Videre er det som regel arbeidsgiveren som sitter inne med relevant dokumentasjon og opplysninger rundt det faktiske hendelsesforløpet.¹¹⁴ Vedkommende er

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 125.

¹⁰⁷ Uttrykk for dette i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129-131, Hellum (2014) s. 251, Craig (2008) s. 357 flg.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹⁰⁹ I.c.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129 og Syse (2009) s. 585.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129.

¹¹² I.c.

¹¹³ Syse (2009) s. 585-586.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129-131 og Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) s. 13-15.

derfor nærmest til å føre bevis for de faktiske årsakene. Blant annet av denne grunn anses rettsikkerheten til innklagede å være tilstrekkelig ivaretatt, selv om det er oppstilt et lempeligere beviskrav for klageren.¹¹⁵ På samme tid kan regelen dermed medføre at sakene blir tilstrekkelig opplyst.

Et siste hensyn som kan nevnes er at regelen kan medvirke til at arbeidslivets prosesser blir mer forsvarlige.¹¹⁶ At arbeidsgiveren må inn på et tidligere tidspunkt kan anses som en oppfordring til mer gjennomtenkte og etterprøvbare prosesser. (Denne intensjonen kommer tydelig frem i punkt 4.6.3.) I så måte kan det spørres om regelen får en preventiv effekt. En økning av forsvarligheten vil ikke bare være av betydning diskrimineringssakens parter, men også samfunnet for øvrig.

4.4 Diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav a

Diskrimineringsloven § 24 modifiserer de alminnelige sivilrettslige bevisbyrdereglene. Bestemmelsen gir uttrykk for både bevisbyrden og beviskravet. Når det ”foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering”, går bevisbyrden over på arbeidsgiveren. Det er dermed klageren som i første omgang har bevisbyrden, og et eventuelt negativt utfall vil gå ut over vedkommende. Klageren må ”etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd, basert på sakens ytre omstendigheter”, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 210-211. Hva som kreves for at en slik presumsjon foreligger, gir ikke lovteksten noe veiledning om.

§ 24 sier at bevisbyrden går over når det ”foreligger” slike omstendigheter. Ordlyden viser dermed at de aktuelle omstendighetene ikke nødvendigvis trenger å skrive seg fra klageren.¹¹⁷ Dette ser en også ved å lese bokstav a og bokstav b i sammenheng. Sistnevnte har et klart fastlagt subjekt i ”den ansvarlige”, noe førstnevnte ikke har. Ordlyden dekker dermed også tilfeller hvor sakens opplysninger er fremskaffet av andre enn arbeidssøkeren. Opplysningene kan for eksempel skrive seg fra et pålegg gitt av Ombudet etter diskrimineringsombudsloven § 11.

Diskrimineringsombudsloven § 3 oppstiller en forholdsvis omfattende veiledningsplikt for Ombudet. Veiledningsplikten innebærer blant annet at Ombudet skal medvirke til at klageren selv fremlegger opplysninger som vedkommende muligens ikke så relevansen av. Videre har Ombudet etter forvaltningsloven § 17 en selvstendig plikt til å opplyse saken. Opplysningsplikten innebærer blant annet at Ombudet, til en viss grad, aktivt skal søke å finne omstendigheter som kan gi ”grunn til å tro”. Disse pliktene må imidlertid avveies og balanseres mot

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 129-131.

¹¹⁶ Ibid. s. 125-126.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130 og Hedlund (2008) s. 328.

minimumskravene praksis har oppstilt til klageren. Klageren kan ikke bare henvende seg til Ombudet, og så overlate resten av sakens opplysning til dem. Et uttrykk for dette finner vi i **sak 39/2012**, hvor Nemnda uttalte:

”Da det er klager som har bevisføringsrisikoen, må det kunne settes minimumskrav til klagers opplysningsplikt for at ombudet skal undersøke saken nærmere og realitetsbehandle den. Klager må kunne vise til en årsakssammenheng mellom et diskrimineringsgrunnlag og påståtte diskriminerende handlinger, unnlatelser eller ytringer. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig, som det er gjort i denne saken, å vise til at man er utlending og påstå at man har blitt dårlig behandlet.”

Anvendelsen av begrepet ”omstendigheter” i § 24 viser videre at det ikke er oppstilt noen formkrav til sakens bevis. Det kreves dermed ikke skriftlige dokumenter eller vitner for at arbeidssøkers beviskrav kan anses oppfylt.¹¹⁸ For å avgjøre om det foreligger ”grunn til å tro”, må det foretas en konkret vurdering av om klagers påstand underbygges av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter.¹¹⁹

Leser en bestemmelsens bokstav a og bokstav b i sammenheng, fremgår det klart at det stilles ulike beviskrav til klageren og innklagede. Klagers beviskrav anses oppfylt dersom det foreligger omstendigheter som gir ”grunn til å tro”. For innklagedes del kreves det at vedkommende ”sannsynliggjør” at diskriminering likevel ikke har funnet sted. En naturlig språklig forståelse av ordlyden taler for at klagers beviskrav ikke er like streng som innklagedes. Dette følger også av Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130, hvor det uttrykkes at ”formuleringen «grunn til å tro» angir en lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt.” Denne forståelsen er også lagt til grunn av Nemnda.¹²⁰ Ulikheten i beviskravene er et bevisst valg fra lovgivers side, som har sammenheng med de særlige hensynene som gjør seg gjeldende i diskrimineringsaker. (Se under punkt 4.3.) Det er følgelig ikke oppstilt et krav om sannsynlighetsovervekt for klageren, og lovens ordlyd tilsier at beviskravet ikke er særlig strengt.

Selv om det er forutsatt at ”grunn til å tro” ikke er et særlig strengt krav, finnes det naturligvis en nedre grense. En ren påstand om diskriminering er ikke tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på arbeidsgiveren.¹²¹ Påstanden må underbygges av sakens hendelsesforløp og ytre omstendigheter. Hvorvidt beviskravet er oppfylt må vurderes konkret i hver enkelt sak. Det er

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130 og Hedlund (2008) s. 328.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

¹²⁰ Se blant annet **sak 34/2013** og **sak 11/2014**.

¹²¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

antakelig ikke mulig å oppstille noen generell nedre grense.¹²² Det følger av Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130 at:

”Det vil etter departementets syn være opp til håndhevingsorganet og domstolene å fastlegge gjennom praksis hva som kan regnes som omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har forekommet.”

Som vist under punkt 3.2 kreves det ikke diskrimineringshensikt for at diskriminering kan ha funnet sted. Derfor vil ikke innklagedes hensikt inngå i bevistemaet. Avslutningsvis nevnes at selv om regelen om delt bevisbyrde modifierer de alminnelige sivilrettslige bevisbyrdereglene, har ikke meningen vært å endre hovedregelen. Også innenfor diskrimineringsrettens område skal det mest sannsynlige faktum legges til grunn.¹²³

4.5 Diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav b

Bevisbyrden går over til innklagede dersom håndhevingsorganet etter en konkret vurdering finner at det foreligger omstendigheter som ”gir grunn til å tro”. Etter diskrimineringsloven § 24 første ledd bokstav b kreves det da at arbeidsgiveren ”sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted”. Klarer han ikke å overbevise i tilstrekkelig grad skal det legges det til grunn at det har skjedd diskriminering.

Bevistemaet for arbeidsgiveren vil alltid være det samme; at diskriminering ikke har funnet sted. Gjennomgangen av nemndspraksisen viser imidlertid at bevisføringen kan variere etter hvilket grunnlag klageren påstår seg diskriminert på. Innklagede erkjenner ofte at språk er et av momentene som er vektlagt i ansettelsesprosessen. I slike tilfeller må vedkommende føre bevis for at lovens unntaksvilkår er oppfylt, jf. § 7. Det erkjennes aldri at etnisitet har blitt vektlagt. Innklagede må derfor, i disse sakene, føre bevis for at handlingen, unnlåtelsen mv. har årsak i andre forhold enn arbeidssøkers etnisitet. Denne ulikheten er det nærliggende å knytte opp til at språkferdigheter i langt større grad lar seg legitimere i en ansettelsesprosess enn etnisitet. Uttrykk for det sistnevnte finner en også i forarbeidene.¹²⁴

Beviskravet for arbeidsgiveren er sannsynlighetsovervekt, jf. diskrimineringsloven § 24 første ledd, bokstav b. Bevisene arbeidsgiveren fører må være av en slik overbevisende karakter at det er mer sannsynlig at handlingen mv. ikke innebærer diskriminering enn at den gjør det.¹²⁵ Dersom arbeidsgiveren ikke makter å overbevise i tilstrekkelig grad, vil konklusjonen bli at

¹²² Hedlund (2008) s. 329.

¹²³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 131.

¹²⁴ Ibid. s. 89-90.

¹²⁵ Ibid. s. 210-211.

det har skjedd brudd på diskrimineringsloven.¹²⁶ Det er således innklagede som bærer tvilsrisikoen i denne fasen av saken.

At det er oppstilt et strengere beviskrav for innklagede har sammenheng med de særlige hensynene det ble redegjort for under punkt 4.3. Her gjentas det bare at det som regel vil være innklagede som er nærmest til å belyse saken.¹²⁷ Innvendingene mot regelen om delt bevisbyrde har i stor grad knyttet seg til arbeidsgivers rettssikkerhet. En ikke ubetydelig del av beslutningene innenfor arbeidslivets område, fattes uten at formaliserte prosesser kan dokumenteres.¹²⁸ I NOU 2009:14 s. 273 ble det videre reist bekymring rundt at "[e]n for streng bevisbyrde kan vanskeliggjøre de subjektive og skjønsmessige vurderinger som ligger til grunn for svært mange av de beslutninger som tas i arbeidsforhold og i andre sammenhenger. Ved å legge mer av bevisbyrden over på den som er innklaget er det derfor en fare for at noen blir trukket til ansvar for handlinger som i virkeligheten ikke var diskriminerende, fordi den innklagede ikke klarer å føre tilstrekkelige motbevis." Hvorvidt ovennevnte innvendinger ble virkeliggjort gjennom innføringen av regelen om delt bevisbyrde, vil gjennomgangen av forvaltningspraksisen være egnet til å kaste lys over.

4.6 Beviskravene i praksis

4.6.1 Innledning

Den forutgående behandlingen viser at verken lovens ordlyd eller lovens forarbeider gir særlig veiledning om det nærmere innholdet av beviskravene i diskrimineringsloven § 24. Da innholdet og kompleksiteten av diskrimineringssakene varierer i atskillig grad, ville det vært svært vanskelig for lovgiver å gi noen konkrete føringer om hva som kreves for at beviskravene skal anses oppfylte. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering i hver enkelt sak. Den nærmere fastleggningen av beviskravene er dermed overlatt til organene som håndhever loven.¹²⁹ I dette delkapittelet vil jeg se nærmere på hvordan diskrimineringsloven § 24, med det innhold som tidligere er beskrevet, fungerer i Nemndas behandling av saker om forbigåelser ved ansettelser.

Nemnda har i tidsrommet 2006-2014, etter det jeg kan se, behandlet 23 saker om forbigåelser ved ansettelser på grunn av søkerens etnisitet. I tre av disse tok ikke Nemnda stilling til klagers beviskrav, og fant at det ikke hadde skjedd brudd på diskrimineringsloven. (Se punkt 4.7.) I én av sakene mente Nemnda at vilkårene for diskriminering ikke var oppfylt, og tok dermed ikke stilling til "grunn til å tro". I 11 av sakene mente Nemnda at klagers beviskrav

¹²⁶ Hedlund (2008) s. 333.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 126.

¹²⁸ NOU 2009:14 s. 273.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 130.

ikke var oppfylt, og det var dermed det ikke skjedd brudd på loven. I de resterende 9 sakene anså Nemnda klagers beviskrav oppfylt. Altså har bevisbyrden gått over til arbeidsgiveren i ni av 23 saker om forbigåelser ved ansettelser. I fire av disse ni sakene erkjente arbeidsgiveren at språk ble vektlagt, og i alle fire fant Nemnda det sannsynliggjort at lovens unntaksvilkår var oppfylt. I to av sakene hvor bevisbyrden gikk over klarte innklagede å sannsynliggjøre at det ikke hadde funnet sted diskriminering i ansettelsesprosessen. Dermed er det kun i tre av 23 saker at Nemnda har funnet det innklagede forholdet i strid med lovens diskrimineringsforbud.¹³⁰

Det forholdet Nemnda vurderer, her: forbigåelsen, har allerede funnet sted. Avgjørelsen av om det har skjedd diskriminering, og følgelig om beviskravene er oppfylt eller ikke, knytter seg derfor i hovedsak til vurderinger av bevis. Er Nemnda i tvil om kjensgjerningene på en overbevisende måte viser at vilkårene for diskriminering foreligger, må den, som Graver uttrykte det i forhold til forvaltningen, ”ty til reglene om bevis som regulerer hvem som har risikoen for manglende opplysninger, hvem tvil om sakens faktum skal gå ut over, og hvor stor grad av visshet som må foreligge før et bestemt faktum kan legges til grunn.”¹³¹ Nemnda må vurderer ulike bevismidler for å avgjøre om beviskravene er oppfylt eller ikke. Bevismidlene (”bærerne av informasjonen”¹³²) forklarer sakens faktum. Det kan for eksempel fremkomme av utvidet søkerliste at klageren var bedre formelt kvalifisert enn personen som ble innstilt i stillingen, eller at innstillingsdokumentene inneholder nedtegninger om klagers språk. I utgangspunktet er alle bevismidler likestilte. Det avgjørende er, som Robberstad uttrykte det, ”om bevismidlet klarer å overbevise dommeren om at et bestemt faktum foreligger”.¹³³ Nemndas slutninger fra bevismidlene kalles i det følgende ”momenter”. Momentene tas i betraktning i vurderingene av om det foreligger tilstrekkelig grad av sannsynlighet. I forhold til hvilke momenter som er relevante og hvilken vekt disse skal tillegges, er det Nemndas frie skjønn som gjelder.¹³⁴

Problemstillingen under dette delkapittelet er hva som i praksis kreves for at henholdsvis arbeidssøkers og arbeidsgivers beviskrav anses oppfylt. Med bakgrunn i gjennomgangen av Nemndas praksis vil jeg vise til hvilke momenter som er relevante og hvilken vekt momentene tillegges. (Se kapittel 2.) Jeg vil ikke forsøke meg på en fastleggelse av en generell minste-standard for ”grunn til å tro”. Som Hedlund uttrykte det i forhold til arbeidssøkers beviskrav i

¹³⁰ Se vedlegg.

¹³¹ Graver (2004) s. 465.

¹³² Robberstad (2013a) s. 234.

¹³³ Robberstad (2013a) s. 257.

¹³⁴ Tvisteloven § 21-2 (1).

likestillingsloven er det ”antakelig ikke mulig å oppstille noen generell nedre grense.”¹³⁵ Sakene og deres bevisgrunnlag varierer i stor grad, og Nemnda uttaler sjelden noe om vektingen av momentene.

I det følgende redegjøres det først for momenter hvor det, i alle fall til en viss grad, er mulig å utlede noe om hvilken vekt Nemnda tillegger dem. Deretter vil jeg, under overskriften ”Øvrige momenter og oppsummering”, kort vise til andre relevante momenter og forsøke å trekke noen slutninger om Nemndas beviskravsvurderinger. Momentene som fremkommer under denne overskriften kan anses som støttemomenter, i den forstand at de alene ikke er tilstrekkelig for å oppfylle beviskravene. I gjennomgangen vil det ikke knyttes bemerkninger til Nemndas fremgangsmåte, dette behandles kort i punkt 4.7. Fremstillingen er ikke uttømmende, andre bevismidler (momenter) kan være relevante, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd.

Diskrimineringsloven trådte i kraft 1. januar 2014. Sakene som gjennomgås knytter seg dermed i hovedsak til diskrimineringsloven av 2005 § 4 (forbud mot diskriminering) og § 10 (bevisbyrde). Gjeldende rett etter disse bestemmelsene er videreført, og erstattet av § 6 og § 24 i någjeldende lov.¹³⁶ Vilkåret ”stilles dårligere” gjaldt også etter den tidligere loven på arbeidslivets område. (Se punkt 3.2.3.) Forvaltningspraksisen som gjennomgås vil dermed fremdeles være relevant. Da de relevante reglene er inntatt i ulike paragrafer etter loven fra 2005 og 2013, vil jeg ikke trekke frem lovhenvvisninger i gjennomgangen.

4.6.2 Arbeidssøkers beviskrav i ansettelsessaker

4.6.2.1 Nemndas vurdering

På bakgrunn av sakens bevis må Nemnda vurdere om det foreligger omstendigheter som gir ”grunn til å tro” at det har skjedd diskriminering, jf. diskrimineringsloven § 24. Vurderingen ble oppsummert av Nemndas mindretall (1) i **sak 26/2006** på denne måten:

”For at det skal foreligge *omstendigheter som gir grunn til å tro* at det har funnet sted en indirekte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av *hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter*. Dette må bero på en *konkret vurdering*. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var i fødselspermisjon da tilsetningen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede.” [De to siste uthevingene er mine.]

Den siterte oppsummeringen er i senere saker lagt til grunn av en samlet nemnd. Saken ble behandlet etter likestillingsloven. Arbeidssøkers beviskrav er imidlertid likelydende etter likestillingsloven og diskrimineringsloven, og oppsummeringen er lagt til grunn for saker knyttet til diskrimineringsgrunnlaget etnisitet. Blant annet i **sak 2/2008** sa Nemnda at ”[d]et må gjø-

¹³⁵ Hedlund (2008) s. 329.

¹³⁶ Prop.88 L (2012-2013) s. 176 og 178-179.

res en konkret vurdering av om As påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter, jf. blant annet Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2006 og 22/2007.”

I **sak 31/2008** uttalte Nemnda at det faktum ”[a]t en person med en annen hudfarge og annen etnisk bakgrunn enn norsk har blitt behandlet på en negativ eller uvanlig måte er ikke tilstrekkelig til å snu bevisbyrden. Det må også være grunn til å tro at det er *årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og den dårlige behandlingen.*” [Mine uthevinger.] Muligheten for at ansettelsesmyndigheten har foretatt uriktige vurderinger av en søker vil alltid være til stede. Men dersom det ikke foreligger holdepunkter for at årsakssammenhengen er til stedet, vil det ikke være ”grunn til å tro”. I **sak 33/2013** sa Nemnda at ”[d]ersom kommunen har foretatt uriktige vurderinger av søkerne, kan nemnda vanskelig se at det har sammenheng med etnisitet.” Det sentrale vurderingstema er således årsakssammenhengen mellom arbeidsgivers unnløstelse, handling mv. og arbeidssøkers etnisitet. (Se punkt 3.2.4.) For at beviskravet skal være oppfylt må det foreligge omstendigheter som i tilstrekkelig grad taler for en slik årsakssammenheng. Hvilke bevis som foreligger vil være av sentral betydning. Som det fremkommer av **sak 16/2007**:

”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 endelig stilling til hva som ble sagt og ment i enkelt-samtaler; *totalbildet gir uansett grunn til å tro at etnisitet mv. ble vektlagt.*” [Mine uthevinger.]

I enkelte saker er det helt klart at det foreligger ”grunn til å tro”. For eksempel hvor innstillingsdokumentene inneholder negative nedtegninger knyttet til arbeidssøkers etnisitet. I andre saker byr bevisbedømmelsen på atskillig større vanskeligheter. I den anledning kan Nemndas vurdering av et referat i **sak 26/2012** trekkes frem. Referatet var utarbeidet av en advokat som, på vegne av klageren, kontaktet en tillitsvalgt som deltok i ansettelsesprosessen. Nemndas flertall (3) anså referatet som vagt og uklart. Det fremgikk ikke hvem som hadde fremsatt de aktuelle uttalelsene, og det var omstridt hvorvidt de i det hele tatt ble fremsatt. Av den grunn ble referatet ikke tillagt vekt i avgjørelsen. Mindretallet (2) mente imidlertid at referatet, til tross for en visse uklarhet, var en omstendighet som ga ”grunn til å tro”. Den ulike vurderingen av referatet illustrerer at selv om Nemndas medlemmer presenteres for det samme bevistemaet, kan vektingen av momentene bli ulik.

4.6.2.2 *Formelle kvalifikasjoner*

Mohammed ble ikke innkalt til intervju. Ola ble det. Mohammed kunne vise til at hans formelle kvalifikasjoner, herunder utdanning og arbeidspraksis, var bedre enn Olas. Er dette

alene tilstrekkelig til at det foreligger omstendigheter som gir ”grunn til å tro” at det har skjedd diskriminering, jf. § 24? Eller kreves det ytterligere holdepunkter for at det har funnet sted diskriminering? Dette drøftes i det følgende.

For arbeidsgivers valg mellom ulike arbeidssøkere vil formelle kvalifikasjoner spille en stor rolle. Ved ansettelser i offentlig sektor gjør det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet seg gjeldende. Dette innebærer, kort fortalt, at den best kvalifiserte søkeren skal tilbys den utlyste stillingen.¹³⁷ Er kvalifikasjonsprinsippet tilsidesatt, slik at ”den best kvalifiserte søkeren ikke har fått tilbud om stillingen, kan det være en omstendighet som kan «gi grunn til å tro» at ansettelsen er i strid med diskrimineringsloven”, jf. blant annet **sak 5/2014**. Prinsippet gjør seg ikke gjeldende for ansettelser i privat sektor. Diskrimineringslovgivningen setter imidlertid grenser for hva en virksomhet kan vektlegge ved en ansettelse. (Se om styringsretten under punkt 3.1.) Forarbeidende til diskrimineringsloven av 2005 sier følgende om formelle kvalifikasjoners betydning for ”grunn til å tro”-vurderingen:

”De faktiske omstendighetene kan for eksempel være at saksøkeren, som har en annen etnisk bakgrunn enn norsk, har søkt en stilling som han eller hun ikke fikk. Selv om vedkommende var den av søkerne som hadde den beste og mest relevante utdanning og arbeidserfaring, var det en etnisk norsk person som fikk stillingen. Når bevisbyrden er delt, vil det være opp til saksøkte å fremlegge nye bevis, og gjennom dette søke å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted noen forskjellsbehandling i strid med loven, selv om de ytre omstendighetene i seg selv kan tyde på dette.”¹³⁸

Jeg er av den oppfatning at den siterte uttalelsen taler for, etter en naturlig språklig forståelse, at bedre formelle kvalifikasjoner alene innebærer at bevisbyrden går over til arbeidsgiveren. I praksis vil det imidlertid som regel foreligge ytterligere momenter for eller i mot at det har skjedd diskriminering. Dette medfører at det er vanskelig å si noe sikkert om Nemndas vektlegging av søkerens formelle kvalifikasjoner. Her vises det til noen eksempler hvor formelle kvalifikasjoner alene ble avgjørende for vurderingen av arbeidssøkers beviskrav.

Et generelt uttrykk for formelle kvalifikasjoners relevans og vekt finnes i **sak 12/2010**, hvor Nemnda uttalte:

¹³⁷ Se blant annet **Sak 33/2013**.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 125.

”Nemnda har i flere saker fastslått at det faktum at klageren har fremstått som bedre formelt kvalifisert enn øvrige søkere, er et *tungtveiende moment* ved vurderingen av om bevisbyrden har gått over på innklagede.” [Mine uthevninger.]

Spørsmålet i saken var hvorvidt X videregående skole diskriminerte på grunn av etnisitet i forbindelse med tilsettingen i tre ledige stillinger. A (klager) var på intervju til den første stillingen. På bakgrunn av inntrykket A ga under intervjuet, fant ikke X ham personlig egnet for stillingen. A ble verken innkalt eller innstilt til de to andre stillingene, blant annet på bakgrunn av det tidligere intervjuet. Etter Nemndas syn var A ”vesentlig bedre formelt kvalifisert enn søkerne som ble innstilt til undervisningsstillingene.” Nemnda anså derfor klagerens beviskrav som oppfylt, og bevisbyrden gikk over til X. Det samme ble resultatet i **sak 12/2014** (heretter ”Vikariat-saken”). X (innklagede) lyste ut et ledig vikariat for en faglærer. Det var tre søkere til stillingen. Ingen av disse hadde alle elementer av etterspurt kompetanse. X avholdt ikke intervju med noen av søkerne. C, som allerede arbeidet i et vikariat ved X, fikk tilbud om stillingen. Partene var enige om at A (klager) var søkeren med de beste formelle kvalifikasjonene. Nemnda viste til ovennevnte sitat fra forarbeidende og uttalte at det faktum ”[a]t A på denne bakgrunn ikke ble innkalt til intervju, gir etter nemndas syn «*grunn til å tro*» at det foreligger brudd på diskrimineringsloven ...”

De to ovennevnte sakene viser at bedre formelle kvalifikasjoner alene kan bli ansett tilstrekkelig for at arbeidssøkers beviskrav anses oppfylt. Det er imidlertid viktig å ha i mente at det i begge sakene var tale om ansettelser i offentlig sektor. Kvalifikasjonsprinsippet gjorde seg derfor gjeldende. Det skal videre nevnes at det i **sak 12/2010** ble tatt til ordet for at formelle kvalifikasjoner, i seg selv, ikke skal være tilstrekkelig. Nemndas mindretall (1) uttalte:

”Sakens utfall avhenger av om bevisbyrden er gått over på skolen, og etter mindretallets oppfatning *bør det normalt foreligge flere omstendigheter enn en klar forskjell i formelle kvalifikasjoner for at bevisbyrden skal gå over, ...*” [Mine uthevninger.]

Mindretallet var ikke uenig i at det forelå ”grunn til å tro”, men mente at dette måtte begrunnes i flere momenter enn kun formelle kvalifikasjoner.

Sak 10/2011 er et eksempel på det motsatte tilfelle og at formelle kvalifikasjoner også vil stå sentralt utenfor kvalifikasjonsprinsippets anvendelsesområde. A (klager) fremla ingen holdpunkter for at Posten (innklagede) handlet i strid med diskrimineringsforbudet ved tilsettingen av fire lærlinger til yrkessjåførfaget. Nemnda la vekt på at de fire søkerne som oppfylte utlysningstekstens formelle krav fikk lære plasser. A oppfylte ”på søknadstidspunktet ikke de formelle kravene som stilles til lærlinger i Posten ...” Dersom klageren ikke oppfyller utlys-

ningstekstens krav til formelle kvalifikasjoner, har det formodningen mot seg at det har funnet sted en diskriminerende ansettelsesprosess.

Det foreligger følgelig ikke et klart svar på hvorvidt bedre formelle kvalifikasjoner ubetinget skal medføre at arbeidssøkers beviskrav er oppfylt. Det vil imidlertid være et ”tungtveiende moment” i vurderingen. Er det tale om offentlig sektor vil det faktum at klageren har bedre formelle kvalifikasjoner enklere kunne medføre at bevisbyrden går over, jf. det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Avgjørelsene Nemnda treffer er sjelden basert kun på et moment. Det avgjørende vil være hvilket totalbilde sakens bevis gir. (Se punkt 4.6.2.1.) Jeg er av den oppfatning at når klageren fremstår som klart bedre formelt kvalifisert enn de andre søkerne, bør dette som utgangspunkt være tilstrekkelig. Er Ola, med dårligere formelle kvalifikasjoner, innkalt til foretøring av Mohammed, mener jeg at dette gir ”grunn til å tro”, jf. punkt 4.4. At dette legges til grunn medfører ikke at ansettelsesprosessen er lovstridig. Det innebærer at det blir opp til arbeidsgiveren å fremlegge bevis for at det likevel ikke har funnet sted diskriminering. Jeg anser dette som best i tråd med intensjonene bak diskrimineringsloven § 24. (Se punkt 4.3.)

Det er imidlertid enkelt å finne innvendinger mot ovennevnte utgangspunkt, da det er på kollisjonskurs med arbeidsgivers rettssikkerhet. Det er ikke bare formelle kvalifikasjoner som ligger bak arbeidsgivers valg mellom søkerne. Et eksempel som kan illustrere problemet er hvor Ombudet kontakter arbeidsgiveren på bakgrunn av at klageren var bedre formelt kvalifisert enn øvrige søkere. Arbeidsgiveren svarer ikke på Ombudets henvendelser. Ombudet må da bygge sin avgjørelse på de bevis som foreligger, og resultatet blir følgelig, i det tenkte tilfelle, at ansettelsesprosessen anses lovstridig. Ombudet har da ikke mulighet til å ta stilling til om den nødvendige årsakssammenhengen faktisk foreligger. Jeg mener imidlertid at de særlige hensynene bak regelen om delt bevisbyrde må slå gjennom i slike tilfeller. (Se punkt 4.3.) Det innledende sitatet fra forarbeidende taler for det samme. I et slikt tilfelle har arbeidsgiveren en sterk oppfordring til å svare på Ombudets henvendelser. Gjør vedkommende ikke det, anser jeg det som at han har vært delaktig i at avgjørelsen går i hans disfavør.

4.6.2.3 Subjektive oppfatninger

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen knytter opplevelsen av diskriminering seg til subjektive oppfatninger av urettmessig behandling. Det er klart at slike subjektive oppfatninger, i seg selv, ikke er tilstrekkelig til at arbeidssøkers beviskrav er oppfylt. Det er heller ikke tilstrekkelig at klageren faktisk har blitt behandlet dårligere. Tilknytningen til klagers etnisitet må foreligge. Dette følger blant annet av **sak 13/2007** hvor Nemnda uttalte at sakens opplysninger ”[s]amlet sett tegner dette et bilde av mangelfull og lite hensynsfull personalpolitikk. Forholdene indikerer også at A som individ har blitt behandlet dårlig. A har uten tvil følt seg utsatt for hersketeknikker mv. fra arbeidsgivers side.” Det forelå imidlertid ingen omstendig-

heter som knyttet behandlingen til As etnisitet. Klagerens beviskrav var derfor ikke oppfylt. I **sak 33/2011** bemerket Nemnda at den hadde ”registrert anførselene fra A om at hun ble dårlig og urettferdig behandlet. Nemnda ser ikke bort i fra at A faktisk opplevde intervjusituasjonen slik hun selv beskriver den. Nemnda kan imidlertid ikke se at dette er tilstrekkelig for at bevisbyrden går over på kommunen, når dette ses sammen med sakens øvrige opplysninger.” Spørsmålet her er hvorvidt subjektive oppfatninger kan være et relevant moment i helhetsvurderingen av arbeidssøkers beviskrav.

Slik jeg forstår ovennevnte uttalelser stenger ikke Nemnda for at klagers oppfatning av forholdet kan være et moment av betydning for helhetsvurderingen. Kun at dette alene ikke er tilstrekkelig for at beviskravet anses oppfylt. En slik forståelse er i overensstemmelse med Nemndas behandling av **sak 2/2008** (heretter ”Thoraxkirurgi-saken”). Saken dreide seg om innstillingen til to utdanningsstillinger ved Thoraxkirurgisk avdeling ved B sykehus. Nemndas flertall (3) uttalte under ”grunn til å tro”-vurderingen at ”[d]enne behandlingen av A i tilsetningsdokumentene stemmer overens med *As subjektive oppfatning* av å ha blitt systematisk oversett av avdelingsledelsen den tiden han arbeidet ved Bs Thoraxkirurgiske avdeling, noe A knytter til sin etniske bakgrunn og hudfarge.” [Mine uthevinger.] Nemnda kom her frem til at det var ”grunn til å tro”. Det forelå imidlertid flere andre momenter som trakk i samme retning. Blant annet bedre formelle kvalifikasjoner, brudd på interne retningslinjer og underrapportering av As praksis. (Jeg kommer tilbake til denne saken i neste underkapittel.) Sett hen til at alle disse momentene talte for diskriminering, er det vanskelig å utlede noe om Nemndas vektlegging av As subjektive oppfatninger. På samme måte som påstander om diskriminering ikke er tilstrekkelig, er det klart at subjektive oppfatninger heller ikke er det. Jeg mener imidlertid at det fremkommer av ovennevnte saker at subjektive oppfatninger kan inngå som et moment i helhetsvurderingen

4.6.2.4 *Retningslinjer for ansettelser*

Mange virksomheter er bundet av retningslinjer når det skal foretas ansettelser. Spørsmålet her er hvorvidt arbeidsgivers brudd på slike retningslinjer er en omstendighet som kan gi ”grunn til å tro” at det har skjedd diskriminering.

I forhold til avhandlingens tema har Nemnda, etter det jeg kan se, behandlet to saker hvor slike retningslinjer gjorde seg gjeldende. I ”Thoraxkirurgi-saken”¹³⁹ kom Nemnda som nevnt til at det forelå ”grunn til å tro”. Et av momentene som ledet til dette var ”Overenskomsten mellom NAVO-Helse og Den norske legeföreningen”. Denne slo fast at lengden på gjenstående tjenestetid skulle være avgjørende for hvilke kandidater som skulle innstilles. A (klager)

¹³⁹ **Sak 2/2008.**

hadde lengere praksistid innen thoraxkirurgi enn D (innstilt som nummer to). I saken forelå det imidlertid også bedre formelle kvalifikasjoner, underrapportering av As praksis og samsvarende med subjektive oppfatninger. På den bakgrunn er det vanskelig å utlede noe konkret i forhold til Nemndas vektlegging av bruddet på retningslinjene.

Spørsmålet i **sak 26/2008** (heretter "Prosjektmedarbeider-saken") var hvorvidt A kommune, bydel X, la vekt på etnisitet og/eller nasjonal opprinnelse da B (klager) ikke ble innkalt til intervju. I forbindelse med tilsettingen til to midlertidige stillinger som prosjektmedarbeider. Nemnda fant at B oppfylte utlysningstekstens krav til utdanning og arbeidserfaring. Videre gjaldt det en obligatorisk tiltaksplan for A som fastslo at dersom det fantes kvalifiserte søkere med minoritetsbakgrunn, skulle minst én av disse innkalles til intervju. Ingen av de fire innkalte søkerne hadde "minoritetsbakgrunn", jf. tiltaksplanen. A brøt dermed ovennevnte retningslinjer. På denne bakgrunn kom Nemnda frem til at det forelå omstendigheter som ga "grunn til å tro" at Bs etnisitet og/eller nasjonale opprinnelse ble vektlagt ved unnlattelsen av å ikke innkalle ham til intervju. I motsetning til "Thoraxkirurgi-saken"¹⁴⁰ taler denne for at brudd på slike interne retningslinjer, i seg selv, kan være tilstrekkelig til at bevisbyrden går over. Dette kan nok imidlertid ikke legges ubetinget til grunn. Innholdet og klarheten av retningslinjene, samt sakens nærmere omstendigheter, kan variere i atskillig grad. Jeg tror imidlertid at dersom det foreligger et brudd på slike retningslinjer, vil dette være et forholdsvist tungtveiende moment i Nemndas vurdering.

4.6.2.5 Øvrige momenter og oppsummering

Er klageren innkalt til intervju, er dette et moment som taler mot at det foreligger "grunn til å tro", jf. **sak 14/2009**. Arbeidsgiveren har da vært klar over etnisiteten til søkeren, og fremdeles vært villig til å vurdere vedkommende nærmere. Videre er søkermassen til den aktuelle stillingen et relevant moment. Finnes det mange kvalifiserte søkere "står arbeidsgiveren fritt til å velge hva som ønskes av tilleggskompetanse", jf. **sak 33/2013**. I slike tilfeller kreves det dermed ytterligere holdepunkter for at det skal foreligge "grunn til å tro". **Sak 33/2013** og **sak 34/2013** viser at dersom det er andre søkere med minoritetsbakgrunn som er innkalt eller tilsatt, taler dette mot at det har funnet sted diskriminering. Har klageren tidligere vært ansatt hos innklagede uten at det er kommunisert noe misnøye i utførelsen av arbeidet, trekker dette i retning av "grunn til å tro", jf. **sak 18/2008**. I **sak 10/2011** bemerket Nemnda at da innklagede fremstod som en "multikulturell bedrift" hadde det formodningen mot seg at klagerens etnisitet var vektlagt. **Sak 5/2014** illustrerer at dersom arbeidsgiverens prosesser fremstår som forsvarlig, er det mindre sannsynlig at diskriminering har funnet sted. I den saken var det tale

¹⁴⁰ **Sak 2/2008**.

om en stilling ved et universitet, som hadde regler om en forholdsvis omfattende ansettelsesprosess. Stillingens art vil også spille inn, jf. blant annet **sak 26/2012**.

Gjennomgangen av forvaltningspraksisen belyser allerede oppstilte spørsmål og reiser nye. Kun i fem av 23 saker (ni inkludert språk) anså Nemnda klagers beviskrav som oppfylt. Det lar seg ikke oppstille noen prosentsetning for hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at det foreligger ”grunn til å tro”. Forutsetningen er imidlertid at beviskravet er lavere enn 50 %. (Se punkt 4.4.) Saksmengden og resultatene for Nemnda er ikke i seg selv tilstrekkelig for å konkludere med at det opereres med en for streng standard. Intensjonene bak bestemmelsen var ikke å åpne for alle påstander om diskriminering, kun for de tilfellene hvor det faktisk foreligger holdepunkter som tilsier at det har funnet sted en diskriminering. Gjennomgangen viser videre at Nemnda ikke rent så sjelden står overfor vanskelige bevisvurderinger. Det finnes mange momenter som er relevant å ta i betraktning, og avveiningen av disse kan by på vanskeligheter. Fremstillingen viser videre at Nemnda trekker inn forhold på innklagedes side i ”grunn til å tro”-vurderingen. Fremstår arbeidsgivers prosesser forsvarlige og saklig, skal det nok en del til før Nemnda anser klagers beviskrav oppfylt. (Nemndas fremgangsmåte behandles kort i punkt 4.7.) På den andre siden, dersom arbeidsgivers prosesser fremstår som lite tillitsvekkende, vil slutningen enklere bli at klagers beviskrav er oppfylt. Til tross for at Nemnda i et fåtall av sakene fant ”grunn til å tro”, er det vanskelig å peke på forhold ved Nemndas vurderinger som tilsier at deres anvendelse av § 24 innebærer en innskrenkning av diskrimineringsforbudet.

4.6.3 Arbeidsgivers beviskrav i ansettelsessaker

4.6.3.1 *Nemndas vurdering*

Bevisbyrden er nå gått over til arbeidsgiveren. Dersom vedkommende ikke ”sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted”, skal det legges til grunn at det har forekommet diskriminering, jf. § 24 første ledd. Beviskravet *sannsynliggjør* innebærer et krav om sannsynlighetsovervekt. (Se punkt 4.5.) I **sak 12/2010** formulerte Nemnda dette som at arbeidsgiver ”må sannsynliggjøre at det er andre forhold enn etnisitet som har vært avgjørende for tilsettingene.” Det sentrale vurderingstema er dermed også her årsakssammenhengen mellom unnlatelsen mv. og arbeidssøkers etnisitet.

Som vist under punkt 4.6.2 gikk bevisbyrden over til arbeidsgiveren i ni av sakene om forbigåelser ved ansettelser.¹⁴¹ Jeg har tidligere påpekt at sakene som dreier seg om språk er av en noe annen karakter enn etnisitetssakene. (Punkt 4.5.) Arbeidsgiveren må da som regel føre

¹⁴¹ Se vedlegg.

bevis for at unntaksvilkårene i § 7 er oppfylt.¹⁴² For eksempel var spørsmålet i **sak 27/2012** ”om det var nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke uforholdsmessig inngripende, å legge vekt på A sine språkkunnskaper, ...”¹⁴³ Til tross for at selve bevisføringen er av en noe annen karakter, er bevistemaet, beviskravet og momentene Nemnda vektlegger de samme. Det skilles dermed ikke mellom etnisitet- og språksakene i det følgende. Det er arbeidsgiveren som sitter igjen med tvilsrisikoen der ”det etter avsluttet bevisførsel fra begge parter fortsatt er tvil om det har forekommet diskriminering”, jf. **sak 33/2013**.

4.6.3.2 *Formelle kvalifikasjoner*

Søkernes formelle kvalifikasjoner spiller også en sentral rolle i Nemndas vurderinger av arbeidsgivers beviskrav. Problemstillingen her er hva som kreves av arbeidsgiveren for at han i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at Ola ble foretrukket fremfor Mohammed på grunn av formelle kvalifikasjoner.

Vi så at bevisbyrden gikk over i ”Thoraxkirurgi-saken”¹⁴⁴. Sykehuset begrunnet at A (klager) ikke ble innstilt med blant annet at han ”hadde minst thoraxkirurgisk arbeidserfaring.” I den anledning uttalte Nemndas flertall (3):

”Sykehusets begrunnelse for hvorfor A ikke ble innstilt og tilsatt, er i liten grad dokumentert. De tilsettingsdokumentene som er undertegnet av avdelingsledelsen, inneholder kun en kort vurdering av utdanning og arbeidspraksis. Denne vurderingen mangler som nevnt en henvisning til As praksis innen thoraxkirurgi, selv om denne praksisen må ha vært kjent for avdelingsledelsen. Som vurdert ovenfor skulle A vært innstilt foran D ut fra en vurdering av formelle kvalifikasjoner.”

Nemnda kom dermed til at arbeidsgiverens beviskrav ikke var oppfylt. Tilsettingsprosessen ble ansett som lovstridig. Det kreves følgelig at arbeidsgivers vurderinger av søkerens formelle kvalifikasjoner fremkommer av innstillingsdokumentene. En påstand om at formelle kvalifikasjoner var avgjørende vil ikke være tilstrekkelig. Mangelfull dokumentasjon på dette punkt vil dermed ramme arbeidsgiveren.

Bevisbyrden gikk også over i ”Prosjektmedarbeider-saken”¹⁴⁵. Arbeidsgiveren anførte at de fire innkalte søkerne var bedre kvalifisert enn B, da disse hadde erfaring fra arbeid med de brukergruppene som skulle delta i prosjektet. Videre var det tale om et prosjekt som kun skul-

¹⁴² § 4 fjerde ledd i diskrimineringsloven av 2005.

¹⁴³ Se diskrimineringsloven § 7.

¹⁴⁴ **Sak 2/2008**.

¹⁴⁵ **Sak 26/2008**.

le vare i to år. Det var derfor behov for personer som kunne fungere i stillingen umiddelbart. Til dette uttalte Nemnda:

”Nemnda finner at A har gitt en troverdig forklaring på at det sentrale kriteriet for utvelgelsen av intervju kandidater var om søkerne hadde arbeidserfaring med den aktuelle brukergruppen. Videre finner Nemnda det sannsynliggjort at de søkerne som ble innkalt, hadde bedre arbeidserfaring med den aktuelle brukergruppen enn hva B hadde.”

Uttalelsen illustrerer at troverdigheten av arbeidsgivers forklaringer er et relevant moment i vurderingen av beviskravet. Troverdigheten spiller inn på forklaringenes overbevisende kraft. (Se punkt 4.1.) Uttalelsen viser også at arbeidsgivers forklaringer, uavhengig av troverdigheten, må sannsynliggjøres. De fire innkalte søkerne kunne dokumentere erfaring fra arbeid med de aktuelle brukergruppene. Hadde slik dokumentasjon manglet, ville nok ikke beviskravet blitt ansett som oppfylt. Videre viser saken at arbeidsgivers behov og stillingens art er relevante momenter for Nemnda i denne delen av avgjørelsen. Det var tale om et forholdsvis kortvarig ansettelsesforhold, med behov for umiddelbar funksjonsevne. Jeg mener det er nærliggende å legge til grunn at klagers manglende kvalifikasjoner var utslagsgivende for vurderingen av beviskravet. Selv om det hadde vært tale om et langvarig ansettelsesforhold, ville nok konklusjonen blitt den samme i all den tid Nemnda anså det sannsynliggjort at de fire andre søkerne var bedre formelt kvalifisert enn klageren.

Et forhold det er viktig å huske på er at Nemnda er ”forsiktige med å overprøve arbeidsgivers vurderinger angående søkerens faglige og personlige egnethet til den aktuelle stilling”, jf. blant annet ”Vikariat-saken”¹⁴⁶. Adgangen til å tilsidesette skjønnsmessige kvalifikasjonsvurderinger er begrenset til tilfeller ”hvor vurderingen av søkerne fremstår som utenforliggende og usaklig, jf. blant annet nemndas sak 5/2014. Dette innebærer at tilsettende myndighet har en stor grad av skjønnsfrihet til å fastslå hvilke kvalifikasjoner som er relevante for den aktuelle stillingen og som derfor skal vektlegges”, jf. ”Vikariat-saken”¹⁴⁷. I ”Vikariat-saken”¹⁴⁸ fant Nemnda at der forelå ”grunn til å tro”. Arbeidsgiverens begrunnelse for å tilsette C var at han ble vurdert som best kvalifisert ut i fra skolens behov. C hadde erfaring fra norsk videregående skole, den bredeste dramafaglige kompetansen og den eneste som hadde opplyst om relevant arbeidserfaring. As (klager) opplysninger om praksis ved folkehøgskole ble ikke ansett som relevant. Nemnda kunne ikke se at innklagede hadde ”tatt utenforliggende eller usak-

¹⁴⁶ Sak 12/2014.

¹⁴⁷ Sak 12/2014.

¹⁴⁸ Sak 12/2014.

lige hensyn i denne tilsettingsprosessen”, og kom følgelig til at arbeidsgiverens beviskrav var oppfylt. Tilsettingsprosessen var derfor ikke i strid med diskrimineringsloven.

Ovennevnte saker viser at i tilfeller hvor arbeidsgiveren anfører at det var formelle kvalifikasjoner som var avgjørende for unnlåtelsen mv., blir Nemndas vurdering i hovedsak en undersøkelse av om det foreligger dokumentasjon som i tilstrekkelig grad underbygger arbeidsgivers forklaringer. I den anledning vil, som førstvoterende uttrykte i Rt. 2014 s. 402 premis 67, ”de begivenhetsnære bevis være særlig viktige ved bevisbedømmelsen ...”

4.6.3.3 *Personlig egnethet*

Et gjennomgående trekk ved ansettelser er at søkerens personlige egnethet er av sentral betydning for hvem som innkalles, innstilles og ansettes. Nyere forskning viser at én av tre arbeidsgivere anser personlig egnethet som det viktigste kriteriet for beslutningen om hvem som skal tilbys stillingen.¹⁴⁹ I privat sektor anses personlig egnethet som det aller viktigste kriteriet, mens det i offentlig sektor kun er formell utdanning som anses viktigere.¹⁵⁰ Personlig egnethet er klart nok et relevant moment for arbeidsgiveren ved ansettelser. Spørsmålet her er hva som kreves av arbeidsgiveren for at hans beviskrav anses oppfylt. Med andre ord; hva må arbeidsgiveren kunne vise til for at det skal være sannsynliggjort at det var personlig egnethet, og ikke etnisitet, som var avgjørende for hans beslutning, unnlåtelse mv.?

Vektleggingen av personlig egnethet innebærer en utfordring for både arbeidssøkerne og håndhevingsorganet. Fra arbeidssøkers ståsted må det erkjennes at det kan være vanskelig å yte sin person rettferdighet gjennom en jobbsøknad. Det å bli innkalt til intervju blir i dette henseende avgjørende. En skjønner da hvilken barriere personer med en annen etnisk bakgrunn enn norsk møter på arbeidsmarkedet, da sannsynligheten for å bli innkalt til intervju reduseres med omtrent 25 prosent dersom søkeren har et utenlandskklingende navn.¹⁵¹ Utfordringen håndhevingsorganet møter har blant annet sammenheng med kompleksiteten i vurderingen av en arbeidssøkers personlige egnethet. Det er, som Rogstad uttrykte det, ”svært vanskelig direkte å sammenligne og rangere personlig egnethet hos ulike arbeidssøkere ut fra objektive og transparente kriterier”.¹⁵² Vurderingen av personlig egnethet er i stor grad knyttet til følelser, kjemi mellom mennesker eller ”magefølelse”.¹⁵³ Momentet er dermed av diffus

¹⁴⁹ Midtbøen (2012) s. 18

¹⁵⁰ I.c.

¹⁵¹ Ibid. 78 flg.

¹⁵² Ibid. s. 24.

¹⁵³ Ibid. s. 136.

karakter.¹⁵⁴ Det er således vanskelig for Nemnda å vurdere "[h]vilket inntrykk de enkelte kandidatene ga i intervjusituasjonen, ...", jf. **sak 21/2009**.

For å bøte noe på ovennevnte utfordringer har Nemnda oppstilt enkelte krav til arbeidsgivers bevis. For at arbeidsgiveren i tilstrekkelig grad skal ha sannsynliggjort at det var personlig egnethet, og ikke etnisitet, som var årsaken bak unnlåtelsen mv., kreves det en viss konkretisering av hvilke forhold, under personlige egnethet, som har blitt vektlagt. Videre kreves det at vurderingene av personlig egnethet er etterprøvbare. Nemnda oppsummerte forholdet til personlig egnethet, i **sak 6/2007**, på denne måten:

"En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdannelse, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har likevel 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 annen måte som kan ettervises. På hvilken måte dette gjøres av arbeidsgiveren, må være opp til denne."

Saken knyttet seg til likestillingslovens anvendelsesområde. Uttalelsen er imidlertid av generell karakter og beviskravene er likelydende i likestillingsloven og diskrimineringsloven. Det siterte viser at Nemnda er oppmerksom på utfordringene de står overfor. En ren påstand fra arbeidsgiveren om at Ola var bedre personlig egnet for stillingen vil ikke være tilstrekkelig for at arbeidsgivers beviskrav anses oppfylt. Har arbeidsgiveren oppfylt kravene til konkretisering og etterprøvbarhet vil Nemndas konklusjon bli at det ikke har funnet sted diskriminering. I **sak 12/2010** medførte klagerens formelle kvalifikasjoner at bevisbyrden gikk over på arbeidsgiveren. (Se punkt 4.6.2.2.) Arbeidsgiveren anførte at årsaken til at A ikke ble tilsatt, "var at han ga et dårlig inntrykk under det første intervjuet." I forhold til Nemndas vurdering av om det var sannsynliggjort at det var personlig egnethet, og ikke etnisitet, som var avgjørende for tilsettingen, uttalte Nemndas flertall (3):

"Det er ikke fremlagt referater fra intervjuet som underbygger skolens påstand om at A ikke er personlig egnet for stillingene, og Nemnda finner at denne påstanden ikke er godt nok dokumentert. *Den manglende dokumentasjonen er et sentralt moment* også sett i forhold til at dette intervjuet påberopes som grunnlag for vurdering av A for alle tre stillingene." [Mine uthevinger.]

¹⁵⁴ I.c.

Det var uklart hvilke referanser som ble kontaktet og det forelå verken referat fra referanse-samtaler eller skriftlige vurderinger av klagers personlige egnethet i øvrige dokumenter. Nemnda fant at ”tilsettingsprosessen bærer preg av å mangle tidsnær og etterprøvbar dokumentasjon”. Arbeidsgiveren hadde derfor ikke oppfylt sitt beviskrav, og tilsettingsprosessen var i strid med diskrimineringsloven. Hvilken dokumentasjon som foreligger er således det sentrale også for saker hvor arbeidsgivers forklaringer knytter seg til personlig egnethet. Det er arbeidsgiveren som har muligheten til å sikre at det finnes dokumentasjon om vurderingene som er foretatt. Mangler denne dokumentasjonen går det ut over arbeidsgiveren. Har arbeidsgiveren foretatt en forsvarlig og dokumentert ansettelsesprosess, skal det nok en del til før Nemnda konkluderer med at arbeidsgivers beviskrav ikke er oppfylt. Nemnda er forsiktige med å overprøve arbeidsgivers vurderinger av søkerne. I den anledning er det enkelt å tenke i de baner at arbeidsgivere som faktisk diskriminerer kun trenger å sørge for å foreta noen nedtegninger av søkerens personlige egenskaper, for å unnsnippe mistanken. Som Rogstad uttrykte det:

”Er det kanskje slik at arbeidsgivernes uangripelighet er det egentlige likestillingsproblemet? Det kan se slik ut. Arbeidsgiverne har et bredt repertoar av legitime begrunnelser for forskjellsbehandling. Ved behov kan de trekke nær sagt et hvilket som helst kort opp av hatten og hver gang komme unna beskyldninger om diskriminering.”¹⁵⁵

4.6.3.4 Øvrige momenter og oppsummering

Nemnda kom til at arbeidsgiveren oppfylte sitt beviskrav i ”Prosjektmedarbeider-saken”¹⁵⁶. I den anledning trakk Nemnda fram at klageren tidligere var blitt tilsatt ved samme virksomhet. Personene som foretok vurderingene av søkerne var de samme for begge tilsettingsprosessene. Dette talte for at det ikke hadde skjedd diskriminering. (Tidligere ansettelse ble ansett som et moment for det motsatte resultat i **sak 18/2008**.) **Sak 18/2008** illustrerer videre at dersom det har forekommet ufordelaktig behandling av klageren, og arbeidsgiveren ikke gir noen forklaringer på hvorfor dette har skjedd eller kan vise til at også etnisk norske personer er behandlet på samme måte, taler dette mot at arbeidsgivers beviskrav er oppfylt. Også i vurderingen av arbeidsgivers beviskrav er søkermassen, arbeidsgivers behov, stillingens art og stillingens arbeidsoppgaver relevante momenter. I **sak 33/2011** reiste også spørsmål om diskriminering på grunn av språk. Arbeidsgiveren bekreftet at språk var et av momentene som var vektlagt i tilsettingen av en spesialbibliotekar. Hensett til stillingens art og arbeidsoppgaver anså Nemnda vektleggingen av språk som nødvendig for å oppnå et saklig formål, jf. § 7. Videre hadde seks av de innkalte søkerne innvandrerbakgrunn og det forelå usikkerhet rundt

¹⁵⁵ Midtbøen (2012) s. 22.

¹⁵⁶ **Sak 26/2008**.

språkferdighetene til søkeren som ble tilsatt. Dette stod sentralt for Nemnda da fant at vektleggingen av språk ikke var uforholdsmessig inngripende, jf. § 7. Også i **sak 16/2011**, **sak 27/2012** og **sak 36/2012** (språk) var stillingens art av avgjørende betydning da Nemnda fant unntaksvilkårene oppfylt.

Gjennomgangen viser at vurderingen av arbeidsgivers beviskrav i hovedsak knytter seg til hvilken dokumentasjon som foreligger. Til tross for at et krav om sannsynlighetsovervekt er mer håndgripelig enn ”grunn til å tro”, viser Nemndas praksis at også denne vurderingen kan by på vanskeligheter. Sakene varierer i betydelig grad. Det ikke mulig, på generelt grunnlag, å angi når et faktum er mer sannsynlig enn et annet. Dissensen i ”Thoraxkirurgi-saken”¹⁵⁷ er et godt eksempel på sistnevnte. Til tross for at Nemndas fler- og mindretall hadde samme bevisgrunnlag for hånden kom de til ulike konklusjoner, basert på ulike dokumenter.

Foreligger det tvil på grunn av mangelfull dokumentasjon rundt arbeidsgivers vurderinger, vil dette gå ut over vedkommende. Det er arbeidsgiveren som har mulighet til å sørge for at ansettelsesprosessen er forsvarlig og etterprøvbart. Lukkethet og manglende notoritet var det som søktes nøytralisert ved innføringen av regelen om delt bevisbyrde, jf. Rt. 2012 s. 424 avsnitt 44.

Jeg anser det som naturlig at Nemnda er forsiktig med å overprøve arbeidsgivers vurderinger av søkerne. Nemnda mangler forutsetningene for å foreta en mer inngående prøvelse enn om vurderingene fremstår som usaklige eller utenforliggende. Jeg ser at dette medfører en utfordring for håndhevingen av diskrimineringsforbudet, men det er vanskelig å tenke seg en tilfredsstillende løsning. Arbeidsgivers rettssikkerhet må også ivaretas.

4.7 Trinnvis eller samlet vurdering?

Min oppdeling av Nemndas vurderinger av beviskravene gir et inntrykk av at Nemnda alltid foretar en trinnvis vurdering. Med ”trinnvis vurdering” siktes det til en fremgangsmåte hvor man starter med arbeidssøkers beviskrav, for deretter eventuelt å vurdere arbeidsgivers beviskrav. Med ”samlet vurdering” sikter jeg til de tilfellene hvor Nemnda ikke opprettholder et klart skille mellom vurderingene. Det fremstår da som at hele bevisgrunnlaget inngår i kun én vurdering, slik at man mister prosessens to ledd.

Problemstillingen her er hvilken fremgangsmåte gjeldende rett taler for, samt om fremgangsmåten kan få innvirkning for den endelige konklusjonen på om det har funnet sted diskriminering eller ikke. Jeg har ikke foretatt en fullstendig gjennomgang av Nemndas praksis med det-

¹⁵⁷ **Sak 2/2008.**

te som formål, men vil trekke frem to saker hvor fremgangsmåten, i alle fall tilsynelatende, kan ha spilt inn på konklusjonen.

Regelen om delt bevisbyrde skriver seg fra implementeringen av EUs bevisbyrdedirektiv¹⁵⁸. Det følger av direktivets artikkel 4 nr. 1, i den norske oversettelsen, at innklagede må ”prova at prinsippet om lik handsaming ikkje er vore brote”, dersom klageren ”legg frem for ein domstol eller den rette styresmakta opplysningar om dei faktiske tilhøva som gjev grunn til å tro at det direkte eller indirekte har vore skilnadshandsaming.” Etter min mening taler både ordlyden og oppbygningen av artikkelen for at det skal foretas en trinnvis vurdering. EF-domstolens praksis viser at videre at de anvender en slik fremgangsmåte. I ”Enderby-saken” (C-127/92) uttales det, i premiss 18:

”I en situation med tilsynelatende forskelsbehandling påhviler det arbeidsgiveren at bevise, at den konstaterede lønforskel skyldes objektive faktorer. Arbejdstagerne ville således savne midler til at søge ligelønsprincippet gennemført ved en national retsin- stans, hvis ikke den omstændighed, at fremlæggelsen af bevisementer, der gør det muligt at påvise en tilsynelatende forskelsbehandling, havde til følge at pålægge arbe- jdsgeberen bevisbyrden for, at lønforskellen ikke reelt er kønsdiskriminerende (jf. til- svarende dommen i sagen HK mod Danfoss, præmis 13).”¹⁵⁹

Også ordlyden, oppbygningen og forarbeidende til diskrimineringsloven § 24 taler for at det skal foretas en trinnvis vurdering. (Se punkt 4.1-4.4.) Høyesteretts behandling og uttalelser i Rt. 2012 s. 424 og Rt. 2014 s. 402 trekker, etter min mening, i samme retning. Førstnevnte gjaldt spørsmål om forbigåelse ved ansettelse på grunn av aldersdiskriminering og sistnevnte på grunn av kjønnsdiskriminering. For begge sakene gjorde en regel om delt bevisbyrde, med vesentlig det samme innhold som diskrimineringsloven § 24, seg gjeldende.¹⁶⁰ I Rt. 2012 s. 424 uttales det i premiss 39:

”Når det foreligger slike omstendigheter [som gir grunn til å tro], må arbeidsgiver – for å komme fri fra ansvar – altså sannsynliggjøre at årsaken til forskjellsbehandlingen likevel ikke er søkerens eller den ansattes alder ...”

I Rt. 2014 s. 402 sies det i premiss 65:

¹⁵⁸ Rådsdirektiv 97/80/EF.

¹⁵⁹ Avsagt i 1993, før bevisbyrdedirektivet ble vedtatt. Uttalelsen er imidlertid gjentatt i senere saker. Se blant annet sak C-236/98, avsagt i 2000

¹⁶⁰ Arbeidsmiljøloven § 13-8 og likestillingsloven av 1978 § 16

”Sagt med andre ord: Er det lagt frem opplysninger som gir holdepunkter for at arbeidsgiveren har lagt avgjørende vekt på kjønn, får arbeidsgiveren bevisbyrden for at dette likevel ikke er tilfelle.”

I Rt. 2014 s. 402 uttalte førstvoterende følgende, i premiss 72:

”Jeg ser først på spørsmålet om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven, jf. § 16 første ledd.”

Ovennevnte uttalelser, og fremgangsmåten som benyttes, taler for at Høyesterett forstår regelen som at det skal foretas en trinnvis vurdering. Etter dette er jeg av den oppfatning at gjeldende rett gir anvisning på at det skal foretas en trinnvis vurdering. Jeg vil nå vise til to saker fra diskrimineringsapparatet, hvor Ombudets og Nemndas fremgangsmåter kan ha fått innvirkning på resultatene.

Sak 21/2009 knyttet seg til ansettelsen av en pianolærer ved en videregående skole. Det var 11 søkere til stillingen, herunder A (klager). A og to andre ble innkalt til intervju. A ble innstilt som nummer to, C som nummer 1. Nemnda bemerket at A hadde ”langt mer omfattende og solid yrkeserfaring enn C”, og at det var heller ikke godtgjort at Cs yrkeserfaring var ”vesentlig mer relevant i forhold til kravene i utlysningsteksten.” Opplæringslova ga føringer om at også personlig egnethet skulle vektlegges i ansettelsesprosessen. I saken forelå det en innstilling av søkerens personlige egnethet, men denne var ”lite balansert opp mot stillingsinnhold”. Skolen innrømte videre at innstillingsdokumentenes fremstilling av søkerens kvalifikasjoner, og tilsettingsprosessen for øvrig, ikke var tilfredsstillende. Nemnda viste i den anledning til at en ”ansettelsesprosess der kompetansen til en søker med etnisk minoritetsbakgrunn er kommet fram på en vesentlig dårligere måte enn for de andre søkerne, kan generelt sett være tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på arbeidsgiver, jf. Nemndas sak 2/2008.”

Sammenlignes ovennevnte med fremstillingen av arbeidssøkers beviskrav i punkt 4.6.2, skulle en tro at bevisbyrden gikk over til arbeidsgiveren. Nemnda avsluttet imidlertid saken på denne måten:

”Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til om bevisbyrden er gått over på arbeidsgiver i denne saken, da Nemnda uansett er kommet til at skolen har sannsynliggjort at det var andre forhold enn etnisitet som førte til at A ikke ble innstilt som nr 1.”

Dette ble lagt til grunn uten at det fremkommer hva som ble vektlagt i vurderingen av innklagedes beviskrav. Holdes Nemndas behandling av denne saken opp mot Ombudets behandling, kommer delkapittelets problemstilling klart til syne. Ombudets startet med å vurdere hvorvidt det forelå ”grunn til å tro” at etnisitet og/eller nasjonal opprinnelse ble vektlagt i tilsettingsprosessen.¹⁶¹ Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet kom til anvendelse, og Ombudet foretok derfor en sammenligning av søkerens kvalifikasjoner. Ombudet anså A og C som like godt kvalifiserte etter utdanning, imidlertid hadde A betraktelig lengere relevant arbeidserfaring. Sistnevnte kom ikke frem av innstillingsdokumentene. På denne bakgrunn kom Ombudet til at A var best kvalifisert for stillingen, og at det dermed var ”grunn til å tro”.

Ombudet gikk derfor over til å vurdere arbeidsgiverens beviskrav. Skolen hevdet, uten en nærmere utdyping, at As erfaring ble forstått som mer ”klassisk” og derav smalere enn Cs praksis. Videre mente skolen at deres vurderinger fremkom av søknadspapirene og at de ble bekreftet under intervjuene. En slik påstand kunne ikke Ombudet vektlegge, da det ikke forelå dokumentasjon om hva som ble sagt under intervjuene. Skolens innstilling ga en kort beskrivelse av A og konkretiserte ikke grunnlaget for at hun hadde ”mindre innsikt i hva denne pianolærerjobben innebærer”. Ombudet uttalte i den anledning at dersom det skal legges avgjørende vekt på personlig egnethet, bør det for å sikre objektivitet, innhentes referanser. Skolen viste videre til at skolefaglig kompetanse ble vektlagt, og viste i den anledning til at C hadde kunnskap om ”Kunnskapsløftet” og hadde satt seg inn i musikkfagenes læreplaner. Ombudet kunne ikke se at kunnskapen C viste under intervjuet skulle ha større vekt enn As lange erfaring. Det var også omstridt hvor lenge intervjuet med A varte og hva det ble spurt om. Om dette stod det påstand mot påstand og det ene virket ikke mer sannsynlig enn det andre. På denne bakgrunn kom Ombudet til at skolen ikke hadde oppfylt sitt beviskrav, og konklusjonen ble følgelig at det hadde funnet sted diskriminering.

Et annet tilfelle som etter min mening viser at Nemnda har foretatt en samlet vurdering er **sak 20/2010**. Spørsmålet var om X kommune handlet i strid med diskrimineringsforbudet ved ansettelsen av to spesialkonsulenter til lønnsenheten. A (klager) søkte på stillingene, og ble kalt inn til intervju, men ble ikke innstilt til noen av dem.

Nemnda kunne ikke se at det forelå en sammenheng mellom As etniske opprinnelse og det faktum at hun ikke ble innstilt. Kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten var vidtrekkende og kommunen hadde dermed anledning til også å legge vekt på personlig egnethet. Av hensyn til at de interne søkerne skulle arbeide sammen etter tilsettingen, ønsket ikke kommunen å gi en utdypende vurdering av den enkelte søkerens personlige egnethet i innstillingsdokumentene. I

¹⁶¹ Sak 08/1635.

stedet ble det foretatt en generell klargjøring av vurderingskriteriene, hvor blant annet kravene til personlig egnethet ble utdypet. Av innstillingsdokumentene fulgte det at det var spesielt mange interne søkere, og at det var flere kvalifiserte søkere som ikke ble innstilt.

Nemnda bemerket at kommunen burde fått tydeligere frem at A var formelt kvalifisert til stillingene, selv om hun ikke ble ansett som tilstrekkelig kvalifisert til akkurat disse spesialkonsulentstillingene. På bakgrunn av ovennevnte kom Nemnda til at det ikke forelå holdepunkter for at As etnisitet var vektlagt, og ansettelsesprosessen var dermed ikke lovstridig.

Ombudet kom i sin behandling av saken til det motsatte resultat.¹⁶² For å vurdere om det forelå ”grunn til å tro” foretok Ombudet en sammenligning av søkerens formelle kvalifikasjoner. E (innstilt i den ene stillingen) hadde ikke utdanning på samme nivå som A (klager). Ombudet mente at B (innstilt i den andre stillingen) ikke oppfylte utlysningstekstens krav til formell utdanning. C og D (innstilt som nummer to og tre til de to stillingene) hadde utdanning på samme nivå som A. Ombudet fant at A ikke nødvendigvis var den best kvalifiserte søkeren etter utdanning, men klart bedre enn de som ble innstilt som nummer én. A var i tillegg den søkeren med mest og lengst relevant arbeidserfaring. Videre var A ansatt som førstekonsulent ved lønnsenheten og kommunen hadde ikke dokumentert at de hadde vært misfornøyd med hennes arbeidsutførelse. Snarere tvert i mot.

På grunn av ovennevnte forhold anså Ombudet A som den best kvalifiserte søkeren. Når hun ikke en gang ble innstilt, ga dette etter Ombudets mening ”grunn til å tro” at hennes etnisitet var en medvirkende faktor. Ombudet gikk derfor over til vurderingen av om kommunen hadde sannsynliggjort at det var andre forhold som var avgjørende for innstillingen.

Kommunen redegjorde for andre momenter, enn de rent formelle, som var av betydning for deres vurderinger. Det ble vist til søkerens erfaring med prosjektledelse og erfaring med skriftlig og muntlig fremstillingsevne. Kommunen var av den oppfatning at A ikke hadde de nødvendige ferdighetene på disse områdene. Ombudet fant at B og E (de som ble innstilt) var bedre kvalifisert ut i fra disse momentene. Ombudet mente imidlertid at A var bedre kvalifisert til stillingene enn D og C (de som ble innstilt som nummer to og tre). Ombudet kom derfor til at kommunen ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde, og anså dermed ansettelsesprosessen som lovstridig.

Nemndas og Ombudets behandling av disse to sakene skiller seg fra hverandre i betydelig grad. Ombudets behandling må anses å være best i samsvar med rettsstillingen skissert inn-

¹⁶² Sak 07/1420.

ledningsvis i delkapittelet. Spørsmålet er om det var organenes fremgangsmåte som medførte at de kom til ulike konklusjoner. Kun vurdert ut i fra disse to sakene er det nærliggende å anta at fremgangsmåten kan få betydning for resultatet. Det er imidlertid, også etter regelen om delt bevisbyrde, det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn.¹⁶³ Er det da mulig at fremgangsmåten spiller inn på resultatet?

Nemnda har alle saksopplysninger for hånden når de vurderer beviskravene. Det kan derfor være både vanskelig og ”kunstig” å skulle foreta en trinnvis vurdering. På samme tid kan det spørres hvordan Nemnda kan vite hvilke momenter som kommer inn under de ulike beviskravene. Jeg tenker imidlertid at beviskravsvurderingene må holdes adskilt for at regelen om delt bevisbyrde skal få sine tilsiktede virkninger. Det er flere årsaker til at det er oppstilt ulike beviskrav. Hvordan skiller man mellom disse ved en samlet vurdering? Innebærer en samlet vurdering at beviskravet blir strengere med en gang, slik at man på denne måten visker ut ”grunn til å tro”-vurderingen?

Et annet argument for en trinnvis vurdering kan søkes i klagers oppfatning av håndhevingsorganets prøvelse av saken. Jeg tror at, dersom det foretas en trinnvis vurdering, vil klageren i større grad føle at han interesser er ivaretatt. Sammenligner man Ombudets og Nemndas behandling av ovennevnte saker kommer dette klart frem. Selv om Ombudet hadde kommet til motsatt resultat, tror jeg det hadde vært enklere å slå seg til ro med konklusjonen etter en slik vurdering. Ved en trinnvis vurdering skyves ikke klagers oppfatning av det omtvistede forhold i bakgrunnen av innklagedes forklaringer og bevisføring.

For å kunne gi noen klarere holdepunkter på om fremgangsmåten faktisk kan spille inn på resultatet, kreves det en systematisk gjennomgang og sammenligning av Ombudets og Nemndas praksis med dette som siktemål. De 23 sakene som omhandler forbigåelser ved ansettelse har ikke gitt grunnlag for noen slutninger om problemstillingen.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 125.

5 Avsluttende bemerkninger

Utfordringene som melder seg ved fastleggelsen av innholdet og ved anvendelsen av diskrimineringsloven § 24 knytter seg til beviskravene. Regelen om delt bevisbyrde åpner for skjønn ved rettsanvendelsen, og det er dermed vanskelig å trekke noen slutninger om hva som kreves for at beviskravene anses oppfylt. Lovens ordlyd og forarbeider, samt den juridiske litteraturen gir uttrykk for at ”grunn til å tro” ikke er et strengt krav. Forholdene ligger således, i utgangspunktet, til rette for at de som mener seg diskriminert i en ansettelsesprosess skal ha reelle muligheter for en reell prøving av saken.

I tidsrommet 2007-2014 behandlet Ombudet 181 klagesaker om diskriminering på grunn av etnisitet i arbeidslivet.¹⁶⁴ I 70 av disse fant de at det forelå ett eller flere brudd på diskrimineringsloven.¹⁶⁵ Det fremkommer ikke hvor mange av disse som knytter seg til forbigåelser ved ansettelse. I de 23 sakene Nemnda har behandlet, mellom 2006-2014, om forbigåelser ved ansettelse forekom det kun tre brudd på loven.¹⁶⁶ Isolert sett gir dette inntrykk av at regelen om delt bevisbyrde ikke får sine tilsiktede virkninger når den anvendes i praksis. Siktemålet med regelen var imidlertid ikke at det oftere skulle konstateres brudd på lovens diskrimineringsforbud, men at sakene hvor det faktisk forelå omstendigheter som ga inntrykk av diskriminering skulle bli gjenstand for en reell prøving. Jeg har flere plasser i avhandlingen trukket frem forskningsrapporten fra Midtbøen og Rogstad. Det er viktig å ha i mente, slik de uttalte det, at ”likebehandling er det mest utbredte utfallet i vår undersøkelse (i 85 prosent av testene kalles begge kandidater inn eller begge får avslag), og at det i enkelte tilfeller også er slik at kandidater med minoritetsbakgrunn velges på bekostning av majoritetssøkere.”¹⁶⁷ Utfordringen er å finne sakene hvor det faktisk har funnet sted diskriminering.

Hensett til Nemndas saksmengde og resultater er det vanskelig å vurdere betydningen av diskrimineringsloven § 24. Hedlund har gitt uttrykk for at ”[d]enne forskjellen i kravet om bevisets styrke, har stor praktisk betydning.”¹⁶⁸ Robberstad viser til at Gudrun Holgersen skriver at reglene ”egentlig ikke har så stor betydning”, og uttrykker at hun selv mener at den ”ikke har så stor betydning hvis den forstås riktig, men at den har stor betydning hvis den anvendes feil.”¹⁶⁹ Robberstad skriver også at ”[d]et kan hevdes at denne regelen oppstiller en legalpresumsjon ...”¹⁷⁰ Slik jeg forstår henne sikter hun til at det oppstilles en legalpresumsjon for at

¹⁶⁴ LDO nr. 4.

¹⁶⁵ LDO nr. 5.

¹⁶⁶ Se vedlegg.

¹⁶⁷ Midtbøen (2012) s. 79.

¹⁶⁸ Hedlund (2008) s. 333.

¹⁶⁹ Robberstad (2011) s. 85.

¹⁷⁰ Robberstad (2013b) note 36.

det har funnet sted diskriminering. En slik legalpresumsjon ser en få spor av i Nemndas praksis om forbigåelser ved ansettelse. Det er vanskelig å skulle vurdere bestemmelsens betydning. Jeg vil tro at arbeidsgivere som hevdes å ha diskriminert, i praksis vil legge frem sine bevis på et tidlig tidspunkt uavhengig av om regelen om delt bevisbyrde fantes eller ikke. Diskriminering er fremdeles et utbredt problem. I så måte mener jeg at bevisbyrdebestemmelsen har en betydelig symbolverdi.

Min gjennomgang av Nemndas praksis har gitt få holdepunkter som taler for at det skjer en innskrenking av diskrimineringsforbudet ved Nemndas anvendelse av bevisbyrdebestemmelsen. Nemnda er lojalt overfor de forutsetningene som fremkommer av lovens forarbeider. Jeg sitter imidlertid igjen med en rekke spørsmål som det kreves inngående undersøkelser for å belyse. Hvor og hvorfor stopper prosessen? Henger det sammen med manglende rettighetsinformasjon? Har det sammenheng med Ombudets veiledningsplikt? Videre skal det norske diskrimineringsvernet skal ligge på ”minst det samme nivået som i EU-landene”, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005). Hvorfor henvises det da ikke til EF-domstolens praksis i Nemndas saker om forbigåelser ved ansettelse?

Avhandlingen har tatt for seg gjeldende og fungerende rett i en bestemt type saker. Mine generelle bemerkninger vil også kunne gjøre seg gjeldende for andre typer diskrimineringsaker, både innenfor og utenfor diskrimineringslovens anvendelsesområde. Bemerkningene kan imidlertid ikke legges ubetinget til grunn. Sakene og bevisgrunnlagene kan varieres i atskillig grad. Syse og Helgeland ga blant annet uttrykk for at det kan ”synes som om graviditet og fødsel lettere skaper en presumsjon for ulovlig forskjellsbehandling enn de andre diskrimineringsgrunnlagene.”¹⁷¹ Det er således flere aspekter ved regelen om delt bevisbyrde hvor det er store behov for nærmere undersøkelser. Det blir særdeles interessant å se på hvilken linje Høyesterett legger seg på når/hvis de får saker om etnisk diskriminering i ansettelsesprosessen til behandling.

¹⁷¹ Syse (2009) s. 601.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg., 2009
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2012
- Craig (2008) Craig, Ronald, "Systemisk diskriminering i arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.), 2008 s. 257-276
- Evju (2010) Evju, Stein, "Styringsrett og restkompetanse", *Arbeidsrett*, 2010, vol. 7 (01-02) s. 49-65 (sitert fra Idunn.no)
- Fanebust (2013) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, 3. utg., 2013
- Graver (2004) Graver, Hans Petter, "Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, vol. 117 (04-05) s. 465-498 (sitert fra Lovdata)
- Graver (2009) Graver, Hans Petter, "Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009, vol.122 (02) s. 191-233 (sitert fra Lovdata)
- Hedlund (2008) Hedlund, Mary-Ann, "Bevisbyrde", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.), 2008 s. 323-356
- Hellum (2014) Hellum, Anne og Hernes, Helga, "Diskrimineringsvernet er ikke effektivt – Rolls-Royce med folkevognmotor; slik er norsk diskrimineringsvern i et nøtteskall", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett – blandingskompendium*, UiO, 2014 s. 249-251
- Holgersen (2008) Holgersen, Gudrun, "Etnisk diskriminering", I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.), 2008 s. 150-184

- Hov (2010) Hov, Jo, *Innføring i prosess*, bind 2, 2010
- Ketscher (2008) Ketscher, Kirsten, ”Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser”, I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.), 2008 s. 33-57
- Michelsen (1999) Michelsen, Hans M., *Sivilprosess*, 1999
- Robberstad (2011) Robberstad, Anne, ”Om forståelser av bevisbyrde”, *Jussens Venner*, (2011), vol. 46(02), s. 65-86 (sitert fra Lovdata)
- Robberstad (2013a) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utg., 2013
- Robberstad (2013b) Robberstad, Anne, ”Skyld kan ikke bevises”, *Lov og rett*, 2013, vol. 53(05) s. 345-357 (Sitert fra Lovdata)
- Skoghøy (1994) Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, ”Rett, politikk og moral”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, årg. 107 (1994) bind 2, s. 837-881
- Strand (2007) Strand, Vibeke Blaker, ”Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?”, *Lov og rett* (2007) vol. 46 (03) s. 131-153 (sitert fra Idunn.no)
- Strand (2012) Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse – Hvor langt rekker individvernet?*, 2012
- Syse (2009) Syse, Aslak og Helgeland, Geir, ”Reglene om «delt bevisbyrde» i norsk diskrimineringsrett”, I: *Arbeid og rett, festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Aune, Helga, Fauchald, Ole Kristian, Lilleholt, Kåre, Michalsen, Dag (red.), 2009 s. 585-604
- Rapporter**
- Midtbøen (2012) Midtbøen, Arnfinn H. og Rogstad, Jon, *Diskrimineringens omfang og årsaker - etniske minoriteters tilgang til norsk arbeidsliv*, 2012, Institutt for samfunnsforskning

Saksregister

Høyesterett

Rt. 1992. s. 64

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2012 s. 424

Rt. 2014 s. 124

Rt. 2014 s. 402

Nemnda

26/2006

6/2007

13/2007

16/2007

22/2007

2/2008

18/2008

26/2008

31/2008

4/2009

14/2009

21/2009

12/2010

20/2010

10/2011

16/2011

33/2011

10/2012

	12/2012
	26/2012
	27/2012
	35/2012
	39/2012
	33/2013
	34/2013
	5/2014
	11/2014
	12/2014
Ombudet	07/1420
	08/1635
EF-domstolen	C-127/92
	C-236/98
Norske lover	
2013	Lov 21 juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven)
2013	Lov 21 juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
2013	Lov 21 juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
2005	Lov 3 juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn

av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven 2005) (Opphevet)

- 2005 Lov 10 juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- 2005 Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2004 Lov 10 desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)
- 1998 Lov 17 juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)
- 1984 Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshaverens dekningsrett (dekningsloven)
- 1977 Lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven av 1977) (Opphevet)
- 1967 Lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1999 Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1814 Lov 17. mai 1814, Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)*
- Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

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

NOU 2009:14 *Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK*

Prop.88 L (2012-2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*

Internasjonale konvensjoner og deklarasjoner

FN-pakten De forente nasjoners pakt, 26. juni 1945

FNs menneskerettighetserklæring FNs verdenserklæring om menneskerettighetene, 10. desember 1948

Rasediskrimineringskonvensjonen FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, 21. desember 1965

ØSK Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

EU-direktiver

Rådsdirektiv 97/80/EF RÅDSDIREKTIV 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn (bevisbyrdedirektivet)

Rådsdirektiv 2000/43/EF RÅDETS DIREKTIV 2000/43/EF om gjennomførelse af princippet om likebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (rasediskrimineringsdirektivet)

Rådsdirektiv 2000/78/EF RÅDETS DIREKTIV 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

Nettsider

- Aftenposten Aftenposten, *Hansen får jobben fremfor Ahmed* (2012),
<http://www.aftenposten.no/jobb/Hansen-far-jobben-fremfor-Ahmed-6738352.html>
[sitert 23.04.2015]
- LDN nr. 1 Likestillings- og diskrimineringsnemnda, *Om oss - nemndas virksomhet*,
<http://www.diskrimineringsnemnda.no/wips/702143727/> [sitert 17.04.2015]
- LDN nr. 2 Likestillings- og diskrimineringsnemnda, *Vedtak og uttalelser*,
<http://www.diskrimineringsnemnda.no/wips/2094117726/> [sitert 21.04.2015]
- LDO nr. 1 Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Alle henvendelser*,
<http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/ldos-statistikk/alle-henvendelser/> [sitert
17.04.2015]
- LDO nr. 2 Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Serviceerklæring*,
<http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/om-ombudet/serviceerklaring/> [sitert
21.04.2015]
- LDO nr. 3 Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Klagesaker*,
<http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/klagesaker/> [sitert 21.04.2015]
- LDO nr. 4 Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Klagesaker etter diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområde*, <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/ldos-statistikk/klagesaker/klagesaker-etter-diskrimineringsgrunnlag/> [sitert 24.04.2015]
- LDO nr. 5 Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Utfall og konklusjon*,
<http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/ldos-statistikk/klagesaker/utfall-og-konklusjon/>
[sitert 24.04.2015]
- SSB nr. 1 Statistisk sentralbyrå, *Nøkkeltall for innvandring og innvandrere*, 20.04.2015,
<https://www.ssb.no/innvandring-og-innvandrere/nokkeltall> [sitert 21.04.2015]
- SSB nr. 2 Statistisk sentralbyrå, *Arbeidsledighet blant innvandrere*, 12.02.2015,
<https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/innvarbl/kvartal/2015-02-12#content> [sitert 30.03.2015]
- VG nr. 1 VG, *Mahad fikk NEI, «Mats fikk JA» - Måtte bruke norsk navn for å komme på jobbintervju* (2009), <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/mahad-fikk-nei-mats->

[fikk-ja/a/562642/](#) [sitert 23.04.2015]

VG nr. 2 VG, *Tok norskklingende etternavn, Sonja byttet navn for å få jobb, Likestillings- og diskrimineringsombudet: En reell problemstilling i Norge i dag* (2014), <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/arbeidsliv/sonja-byttet-navn-for-aa-faa-jobb/a/23350392/> [sitert 23.04.2015]