



Det Juridiske fakultet

## **Diskriminering i ansettelsesprosessen**

Arbeidsgivers adgang til å kreve norskkunnskaper for ansettelse og arbeidssøkers overprøvelsesadgang ved mulig forbigåelse

Henriette Winther Kjærvik

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902

## INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1</b>	<b>AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING.....</b>	<b>1</b>
1.1	<i>Diskrimineringsvernets historie i norsk rett.....</i>	4
1.2	<i>Avgrensning og videre fremstilling .....</i>	5
<b>2</b>	<b>METODEKAPITTEL.....</b>	<b>6</b>
2.1	<i>Nasjonale rettskilder.....</i>	6
2.1.1	<i>Lov.....</i>	6
2.1.2	<i>Forarbeid.....</i>	7
2.1.3	<i>Praksis.....</i>	7
2.1.4	<i>Litteratur .....</i>	10
2.2	<i>Internasjonale rettskilder.....</i>	11
2.2.1	<i>EU og EØS .....</i>	11
2.2.2	<i>Internasjonale konvensjoner .....</i>	11
<b>3</b>	<b>ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å KREVE NORSK-KUNNSKAPER FOR ANSETTELSE .....</b>	<b>13</b>
3.1	<i>Grunnbegreper i diskrimineringsfaget og positiv særbehandling.....</i>	13
3.2	<i>Arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesprosessen .....</i>	17
3.2.1	<i>Skillet på styringsretten i offentlig og privat sektor .....</i>	19
3.3	<i>Forbudet mot å diskriminere på grunn av etnisitet og språk, samt vernets bakgrunn.....</i>	21
3.4	<i>Lovlig forskjellsbehandling på grunn av språk i ansettelsesprosessen .....</i>	23
3.4.1	<i>Nemndas vurdering av saklighetskravet.....</i>	26
3.4.2	<i>Nemndas vurdering av nødvendighetskravet.....</i>	29
3.4.3	<i>Nemndas vurdering av forholdsmessighet .....</i>	30
3.4.4	<i>Nemndas vurdering av norsk som avgjørende egenskap til å utøve arbeidet.....</i>	32
3.4.5	<i>Samlede funn.....</i>	34
<b>4</b>	<b>ARBEIDSSØKERS ADGANG TIL OVERPRØVING .....</b>	<b>36</b>
4.1	<i>Innsyn ved forbigåelse.....</i>	36
4.2	<i>Overprøvelse ved Diskrimineringsnemnda.....</i>	38
4.2.1	<i>Diskrimineringsnemndas samfunnsoppgave og begrensninger.....</i>	38
4.2.2	<i>Bevisbyrde .....</i>	39
4.2.3	<i>Overprøvelse ved ansettelsessaker i privat- og offentlig sektor .....</i>	42
4.2.4	<i>Rettigheter ved medhold i Diskrimineringsnemnda og sammenligning med fortrinnsretten.....</i>	44
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>48</b>
<b>6</b>	<b>REFERANSELISTE.....</b>	<b>50</b>

# 1 AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING

Denne avhandlingen tar sikte på å undersøke arbeidsgivers adgang til å kreve norskkunnskaper for ansettelse og arbeidssøkerens mulighet for å overprøve en mulig forbigåelse eller diskriminerende behandling. Det at det ofte stilles krav til norskkunnskaper for å bli vurdert til ansettelse, vil i særlig grad ramme arbeidssøkere med en annen nasjonal opprinnelse enn norsk. Formålet med oppgaven er å belyse vanskelighetene minoriteter kan risikere å møte på i ansettelsesprosessen. Temaet ligger dermed i skjæringspunktet mellom arbeidsgivers frihet til å fastsette hvilke kvalifikasjoner som skal stilles og prinsippet om vern mot diskriminering.

På samme måte som for eksempel noen muslimske kvinner viser sin religiøse tro gjennom hodeplagg, er etnisitet og språk noe en arbeidssøker vanskelig kan skjule. Det er dermed tale om mennesker som kan utsettes for diskriminering for den de er og sine røtter.

I de senere årene har innvandring blitt særlig diskutert politisk, rettslig og samfunnsmessig, dette gjelder også på arbeidsområdet. Undersøkelser viser at norske arbeidsgivere behandler arbeidssøkere forskjellig i både offentlig og privat sektor. I en undersøkelse fremkom det at 95 % av arbeidsgiverne i offentlig og privat sektor ville ha innkalt en 35 år gammel norsk mann med gode kvalifikasjoner til jobbintervju, mens bare 50 % av arbeidsgiverne i privat sektor ville ha innkalt en like godt kvalifisert somalisk mann. I offentlig sektor sa 72 % at de ville ha kalt inn den somaliske mannen.<sup>1</sup> Denne problematikken kan selv etterkommere av innvandrere møte på, til tross for at hele utdannelsen og yrkeskarrieren er gjennomført i Norge. Slik forskning viser at personer som har ankommet til Norge gjerne gjennomfører utdanning og bestemte kurs for å oppfylle krav, men selv etter nødvendig kompetanseoppnåelse vil mange likevel stå utenfor arbeidsmarkedet.

Det kan sies at det er vanskeligere for etniske minoriteter i det hele tatt å bli ansatt, samt ansettes i arbeid etter sine kvalifikasjoner. Årsakene til dette er samvirkende og mange. Et problem er at mennesker som ankommer etter flukt kan oppleve lang saksbehandlingstid til bosettelse som igjen stiller dem ventende på utsiden av samfunnet uten rettigheter til å arbeide.

---

<sup>1</sup> Arnfinn H. Midtbøen "Etnisk diskriminering i arbeidslivet"

[https://www.idunn.no/tfs/2015/01/etnisk\\_diskriminering\\_i\\_arbeidsmarkedet](https://www.idunn.no/tfs/2015/01/etnisk_diskriminering_i_arbeidsmarkedet)

Videre vil mange oppleve at deres kompetanse fra hjemlandet ikke er godkjent til å praktisere i Norge, som igjen medfører lengre tid utenfor arbeidsmarkedet. Dette er også et samfunnsmessig problem hvor nasjonen har personer med riktig kompetanse som ikke blir benyttet. Problematikken er komplisert ved at brukere, klienter og arbeidsgivere har behov for sikker kompetanse, samt økonomiske og psykososiale konsekvenser for arbeidssøkeren.

Statistisk Sentralbyrå (SSB) har funnet at 5,4 prosent av innvandrerne i 4. kvartal 2018 var registrert som arbeidsledig, mot 1,6 prosent i resten av befolkningen. SSB mener at mulige årsaker er at innvandrere jobber i konjunkturutsatte næringer, språkbarrierer og diskriminering i arbeidslivet.<sup>2</sup> Forskningen fra SSB viser at arbeidsledighet blant innvandring er et samfunnsmessig problem, samt at det må finnes løsninger for språkbarrierer og diskriminering.

Flere arbeidssøkere har sett seg nødt til å endre navnet sitt for å bli innkalt til intervju. Dette kommer av at mange opplever at deres barnegitte navn kan gi indikasjoner på en annen nasjonal opprinnelse enn norsk, som igjen stopper dem fra å få arbeid. Dette gjaldt blant andre Victor Paulsen, som tidligere var kjent som Dmitri Pavlov. Paulsen ankom Norge fra Russland i 1998 og er utdannet som sivilingeniør og siviløkonom fra Handelshøyskolen i Bodø. Han opplevde å bli innkalt til jobbintervju etter at han endret navnet sitt, men da han kom til intervjuet, mener Paulsen at hans aksent stoppet han for å bli videre vurdert. Etter fire år og 800 arbeidssøknader står Paulsen fremdeles uten fast jobb. Ifølge Paulsen har noen arbeidsgivere sagt direkte at det var språket og aksenten som var problemet.<sup>3</sup> Paulsen vil dermed en av mange med høy kompetanse som ikke får utnyttet sin kunnskap.

Tiltak som anonym søknadsregistrering vil kunne medføre at etniske minoriteter blir innkalt til intervju. Regjeringen innførte et prøveprosjekt med anonymiserte jobbsøknader i enkelte statlige virksomheter. Formålet med prosjektet var å øke sannsynligheten for at innvandrere skulle bli innkalt til intervju.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/hvordan-gar-det-med-innvandrere-som-blir-arbeidsledige>

<sup>3</sup> [https://www.nrk.no/hordaland/dmitri-byttet-navn-til-victor-\\_fikk-intervjuer\\_-men-ingen-jobb-1.14758901?fbclid=IwAR3GJz30QJFny-nH3cFcsyAP11k70bpajzCIZ-DS3rBjX0egjeaXkaSilUU](https://www.nrk.no/hordaland/dmitri-byttet-navn-til-victor-_fikk-intervjuer_-men-ingen-jobb-1.14758901?fbclid=IwAR3GJz30QJFny-nH3cFcsyAP11k70bpajzCIZ-DS3rBjX0egjeaXkaSilUU)

<sup>4</sup> <https://www.bt.no/btmeninger/debatt/i/rAMeAw/anonyme-jobbsoeknader-er-ikke-nok>

Gro M. Sandal, professor i psykologi ved Universitetet i Bergen, mener at et slikt tiltak er et steg i positiv retning, men at dette neppe vil løse hele problemet. Sandal retter særlig oppmerksomhet til vurderingen av personlig egnethet, som ofte baseres på en subjektiv magesfølelse eller svakt dokumenterte personlighetstester. Dette medfører en risiko for at subjektive fortolkninger og mulige feilslutninger basert på stereotypier, intervjuerens erfaringer og preferanser.<sup>5</sup> Dersom en skjuler arbeidssøkerens navn vil det trolig ikke avhjelpe problemet dersom søkeren eksempelvis har skolegang fra sitt opprinnelsesland, noe som vil synes i utvelgelsen av hvem som får delta på intervju. Dermed opplever mange at språket, og dermed etnisitet, blir en barriere for å komme seg både til et intervju og videre fra et intervju til endelig utvelgelse. Det må også bemerkes at løsningen på et problem aldri vil være å skjule enkeltmenneskenes identitet, men at det må tas et oppgjør med det faktiske problemet; nemlig stereotypier og diskriminering.

Ved utgangen av 2019 presenterte regjeringen en handlingsplan mot etnisk og religiøs diskriminering.<sup>6</sup> Denne handlingsplanen inneholder blant annet tiltak mot etnisk diskriminering i arbeidslivet og forskning på arbeidsgiveres holdninger. Handlingsplanen viser at problematikken er reell og at det igangsettes prosesser for å undersøke rekkevidden.

Diskriminering er et tema som berører bredt, både individuelt, globalt, politisk og juridisk. Diskriminering i ansettelsesprosessen er et tema som berører rettsområdene diskriminerings- og arbeidsrett. I tillegg vil temaet berøre internasjonal rett, EU-rett samt forvaltningsrett for ansettelse i offentlig sektor.

---

<sup>5</sup> <https://www.bt.no/btmeneringer/debatt/i/rAMeAw/anonyme-jobbsoeknader-er-ikke-nok>

<sup>6</sup> [https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme\\_uu\\_des-2019.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme_uu_des-2019.pdf)

## 1.1 Diskrimineringsvernets historie i norsk rett

Den første loven som omhandlet forbud mot diskriminering i Norge var likestillingsloven av 1978.<sup>7</sup> Loven hadde som formål å fremme likestilling mellom kjønnene, og tok særlig sikte på å bedre kvinners stilling jf. lovens § 1.

Likestillingsloven ble i 2013 erstattet av fire lover som forbød diskriminering på grunn av kjønn, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk samt etnisitet, religion og livssyn. Endringen skulle sikre et mer enhetlig vern mot diskriminering i norsk rett.<sup>8</sup>

Likestilling- og diskrimineringsloven<sup>9</sup> ble kunngjort 1. januar 2018 som erstatter for fire tidligere lover diskrimineringslovene. Likeså ble en ny prosessuell lov om behandling av diskriminerings saker vedtatt i 2017, nemlig diskrimineringsombudsloven.<sup>10</sup> Formålet med å samle lovene var å skape et mer enhetlig vern og enklere håndhevelse.<sup>11</sup> Samlingen av diskrimineringsbestemmelsene vil også skape en større forutberegnelighet. Siden en diskriminerings sak også vil kunne omfatte flere diskrimineringsgrunnlag, vil dessuten en samlet lov være mer praktisk.

Utviklingen fra den første likestillingsloven til dagens likestillings- og diskrimineringslov innebærer et videre vern for flere personer som opplever diskriminering. Tidligere var lovgivningen begrenset til å endre kvinners stilling i samfunnet. Nåværende lovgivning innebærer i tillegg forbud mot å diskriminere på grunn av graviditet, adopsjons- og fødselspermisjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og kombinasjoner av diskrimineringsgrunnlagene jf. Id. § 6.

---

<sup>7</sup> Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45

<sup>8</sup> <https://snl.no/likestillingsloven>

<sup>9</sup> Lov om likestilling og forbud mot diskriminering av 16. juni 2017 nr. 51, heretter "Id."

<sup>10</sup> Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda av 16. juni 2017 nr. 50, heretter «diskrimineringsombudsloven»

<sup>11</sup> <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/samler-likestillings--og-diskrimineringslovene/id2458451/>

## 1.2 Avgrensning og videre fremstilling

Denne oppgaven vil omhandle arbeidsgivers adgang til å kreve norskkunnskaper for arbeidssøkeren. Her vil det forsøkes å sette noen klarere grenser for når arbeidsgiveren kan kreve norskkunnskaper for ansettelse. Dermed vil vurderingen avgrenses til å omhandle diskrimineringsgrunnlaget etnisitet, og herunder språk. Det anses også hensiktsmessig å vurdere overprøvelsesadgangen for arbeidssøkere som mener seg forbigått grunnet krav til språk. Overprøvelsesadgangen vil være en vurdering som også vil gjelde for de resterende diskrimineringsgrunnlagene, men vil i denne oppgaven særlig omhandle etnisitet og språk.

Ved at oppgaven omhandler arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesprosessen, vil andre arbeidsrettslige forhold som oppsigelse og forfremmelse ikke behandles. I mangel av erstatningsavgjørelser fra Diskrimineringsnemnda på grunn av manglende ansettelse, vil det imidlertid benyttes praksis angående lønnsforskjeller på grunn av etnisitet. Diskriminering på grunn av etnisitet og språk som forekommer utenfor ansettelsesprosessen vil heller ikke behandles.

I den videre fremstillingen vil de nasjonale og internasjonale rettskildene beskrives i metodekapittelet. Videre vil diskrimineringsvernet og arbeidsgivers styringsrett presenteres innledningsvis i kapittel tre. I kapittel 3.1 vil grunnbegrepene i diskrimineringsfaget redegjøres. Videre vil arbeidsgivers styringsrett behandles i kap. 3.2, og de spesielle forskjellene for styringsrettens grenser i offentlig og statlig sektor. Deretter vil det gjøres rede for innholdet i diskrimineringsgrunnlaget etnisitet og språk i kap. 3.3. Videre vil det vurderes hvor grensene for lovlig forskjellsbehandling på grunn av språk i kap. 3.4 Denne vurderingen vil basere seg på praksis fra Diskrimineringsnemnda.

I kapittel fire vil arbeidssøkerens overprøvelsesadgang ved mulig diskriminering og forbigåelse vurderes. Herunder vil arbeidssøkerens innsynsrett behandles i kap. 4.1. Videre vil det gjøres rede for diskrimineringsnemndas overprøvelsesadgang og mangler i rettighetene for de som har blitt diskriminert i kap. 4.2. Avslutningsvis vil det foretas en kort oppsummering av de viktigste funnene i kap. 5.

Oppgaven baseres i hovedsak på norske rettsregler og praksis, men som det vil bli gjort rede for i neste kapittel, bygger flere av de nasjonale kildene på internasjonal rett.

## 2 METODEKAPITTEL

### 2.1 Nasjonale rettskilder

#### 2.1.1 Lov

Forbud mot å diskriminere har grunnlovsværn i Grunnloven<sup>12</sup> § 98. Her heter det at alle er like for loven og at intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i likestilling- og diskrimineringsloven av 2017. Loven erstattet fire tidligere diskrimineringslover, hvor det tidligere var en egen lov som omhandlet forbud mot diskriminering av etnisitet, religion og livssyn.<sup>13</sup> Det følger av ld. § 1 første ledd at formålet til loven er å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og andre vesentlige forhold ved en person. Videre er det bestemt i ld. § 2 at loven gjelder på alle samfunnsområder. Det er presisert i ld. § 29 at diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av et arbeidsforhold, som blant annet vil innebære forbud mot å diskriminere ved utlysning av stilling og ansettelse, jf. bestemmelsens bokstav a og b.

Det at loven skal fremme likestilling og hindre diskriminering innebærer at loven skal påvirke holdninger og øke bevisstheten om diskriminerende praksis og barrierer. Likestilling innebærer likeverd, like muligheter og rettigheter, og at tilgjengelighet og tilrettelegging er en forutsetning for likestilling jf. forarbeidene.<sup>14</sup>

I et tilfelle hvor man står overfor en mulig diskriminerings sak vil lovens ordlyd være utgangspunktet. Det er imidlertid få holdepunkter for å vurdere om forskjellsbehandling er lovlig eller ikke utfra en ren ordlydsfortolkning. Dermed vil et diskriminerings spørsmål avgjøres med supplerende rettskilder til lovteksten.

---

<sup>12</sup> Kongerikets Norges Grunnlov av 17. mai 1814

<sup>13</sup> Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn av 21. Juni 2013 nr. 60

<sup>14</sup> Prop 81 L (2016-2017) kap. 8.8.2 s. 57



Det bemerkes at arbeidsmiljøloven<sup>15</sup> også har bestemmelser om forbud mot diskriminering i lovens kap. 13. Da loven har regler om forbud mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder faller disse vernebestemmelsene utenfor oppgaven.

### **2.1.2 Forarbeid**

Den nye samleloven gjør at forarbeidet Prop. 81 L (2016-2017), samt forarbeidet til diskrimineringsombudsloven Prop. 80 L (2016-2017), er viktig for tolkning av lovens ordlyd og diskrimineringsvernets rekkevidde. Dette kommer av at det vil ta tid før det foreligger rettslige avgjørelser basert på de nye lovene.

De tidligere forarbeidene til de fire diskrimineringslovene vil også ha rettskildemessig vekt, da den nye loven er en samling av de tidligere fire diskrimineringslovene. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) henvises også til i de nye forarbeidene, noe som vil tilsi at de tidligere forståelse fortsatt vil gjelde på flere punkter. Utredningen til en samlet diskrimineringslov, NOU 2009:14, inneholder også grundige utredninger og avklaringer om problemstillinger i diskrimineringsretten.

På arbeidsrettens område vil også forarbeidene Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) og Ot. prp. nr. 50 (1994-1994) til arbeidsmiljøloven benyttes for å sammenligne rettslige konsekvenser av forbigåelse på grunn av diskriminering og fortrinnsrett.

### **2.1.3 Praksis**

Når det gjelder praksis fra domstolene er dette begrenset for diskrimineringsfeltet, særlig for språk som diskrimineringsgrunnlag. Høyesterett har imidlertid uttalt at domstolen vil kunne overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten, herunder at domstolen kan foreta saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene som arbeidsgiver har satt til stillingen.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62, heretter aml.

<sup>16</sup> Rt. 2014 s. 402 avs. 69 og Rt. 2011 s. 841 avs. 58

Videre er rettsområdet preget av forvaltningspraksis fra Diskrimineringsnemnda. Diskrimineringsnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan som skal behandle klager om diskriminering og trakassering. Diskrimineringsnemnda har ved ny diskrimineringsombudslov fått betydelig mer innflytelse. Blant annet har diskrimineringsnemnda myndighet til å fatte vedtak i diskriminerings spørsmål som gjelder ansettelse i offentlig sektor. Tidligere hadde nemnda kun myndighet til å gi uttalelse i slike saker, ved at arbeidsgiver var del av et forvaltningsorgan. Videre har nemnda nå myndighet til å treffe vedtak om erstatning og oppreisning.<sup>17</sup>

Ifølge Eckhoff vil domstolenes vekting av forvaltningsorganers praksis avhenge av flere faktorer, blant annet hvor utbredt og varig praksisen er, kyndighet i beslutningsorganene, hvor rimelig beslutningene er og hvilke andre rettskildedefaktorer som spiller inn.<sup>18</sup> I følge Skoghøy har vedtak og uttalelser fra forvaltningen ikke en selvstendig rettsnormerende kraft, dette kommer av at forvaltningen ikke har kompetanse til å bestemme hva som er gjeldende rett.<sup>19</sup> Det fremholdes også at forvaltningspraksis er en sekundær rettskilde, som vil si at de har et opphav som ikke i seg selv er rettsnormerende, altså at de er avledet av og bygger på primære rettskilder.<sup>20</sup> Skoghøy fremholder likevel at forvaltningsvedtak og uttalelser kan påvirke rettsutviklingen dersom argumentasjonen er overbevisende, samt at vedtak og uttalelser har dannet grunnlag for en fast praksis.<sup>21</sup>

Ut fra Eckhoffs og Skoghøys rettskildelære må det vurderes hvilken rettskildemessig vekt praksis fra diskrimineringsnemnda kan tillegges.

Når det gjelder diskrimineringsnemndas utbredte og varige praksis må det nevnes at diskrimineringslovgivningen har opp gjennom tidene blitt endret, men endringen er ikke av en slik art at det nødvendigvis vil påvirke nemndas praksis i særlig grad. Slik det synes til forsøker diskrimineringsnemnda å holde sin praksis lik i samsvarende saker, ved at de henviser til sine tidligere uttalelser og praksis i deres behandling av en diskriminerings sak. Dette taler for at diskrimineringsnemndas praksis vil ha noe vekt.

---

<sup>17</sup> Diskrimineringsombudsloven § 12.

<sup>18</sup> Torstein Eckhoff (1980) *Rettskildelære*, 3. Opplag, Norli s. 205

<sup>19</sup> Jens Edvin A. Skoghøy (2018) *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget s. 233

<sup>20</sup> *Ibid.* s. 44

<sup>21</sup> *Ibid.* s. 233

Nemndas sammensetning er regulert i diskrimineringsombudsloven § 6. Her fremkommer det at nemndas ledere skal oppfylle kravene til dommere etter domstolloven<sup>22</sup> § 53 første ledd og § 54 annet ledd. Det stilles dermed blant annet krav til at nemndas ledere er norske statsborgere og at de må ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. Nemndas ledere fungerer som nemndas kontaktperson for Sekretariatet som utarbeider diskrimineringssakene og har det administrative ansvaret for organet.<sup>23</sup> Nemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år jf. § 6 fjerde ledd. Nemndas medlemmer skal stemme over diskrimineringssakene som behandles. Medlemmenes kompetansekrav er ikke regulert i loven, men det fremkommer av forarbeidene at kompetansen vil være avgjørende ved oppnevningen.<sup>24</sup> Dette kommer av at behandlingen består i stor grad av ren rettsanvendelse, som gjør at behandlingen svært lik domstolens virksomhet.<sup>25</sup> Etter forarbeidene kreves det dermed at medlemmene har juridisk kompetanse.<sup>26</sup> Eksempelvis er tidligere høyesterettsdommer Kirsti Coward fast medlem i diskrimineringsnemnda.<sup>27</sup> Dette taler for at det er kyndighet i beslutningsorganene, som igjen taler for at forvaltningspraksisen vil ha noe vekt.

Videre er det gratis å klage inn en sak for diskrimineringsnemnda. Dette gjør det mulig for flere å føre en diskriminerings sak, hvor en ikke risikerer saksomkostninger som en kan få pålagt av domstolen. Ved å gjøre diskrimineringsnemnda til et lavterskeltilbud vil dette medføre at flere kan bringe saken inn til overprøving, som igjen bidrar til effektive rettigheter.

Som et eget håndhevingsorgan for diskrimineringsaker, har nemnda spesialkompetanse på feltet. Diskrimineringsnemnda vil derfor være spesialisert på diskrimineringsområdet, dette kan også tale for at praksisen må tillegges vekt. Normert saksbehandlingstid hos diskrimineringsnemnda er for øyeblikket på 11 måneder.<sup>28</sup> Dette medfører at nemnda har

---

<sup>22</sup> Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5

<sup>23</sup> Prop. 63 L (2018-2019) kap. 5.1 s. 112

<sup>24</sup> Prop. 80 L (2016-2017) kap. 3 s. 103

<sup>25</sup> Ibid. s. 103

<sup>26</sup> Ibid. s. 103

<sup>27</sup> <https://www.diskrimineringsnemnda.no/nemndas-medlemmer>

<sup>28</sup> <https://www.diskrimineringsnemnda.no/saksgangen>

fattet vedtak i få saker med grunnlag i den nye likestillings- og diskrimineringsloven. Nemnda har på den annen side langt flere diskrimineringsaker enn hva domstolen behandler.

Samlet sett vil nemndas avgjørelser ha noe rettskildemessig vekt i diskrimineringsaker.

Diskrimineringsombudet hadde tidligere myndighet til å fatte vedtak i diskrimineringsaker. Ombudet har nå myndighet til å føre tilsyn og kontrollere at norsk rett og forvaltningspraksis følger Norges folkerettslige forpliktelser jf. diskrimineringsombudsloven § 5 tredje ledd. Videre skal ombudet fremme reell likestilling og hindre diskriminering på alle samfunnsområder, samt veilede jf. bestemmelsens første og annet ledd. Selv om diskrimineringsombudet ikke lenger fatter vedtak i diskrimineringsaker, vil de tidligere avgjørelsene fortsatt kunne ha noe rettskildemessig vekt.

#### **2.1.4 Litteratur**

Det er lite litteratur med grunnlag i ny diskrimineringslov av 2017. Det er også begrenset med litteratur når det gjelder diskriminering i ansettelsesprosessen, spesielt for diskrimineringsgrunnlagene etnisitet og språk. Tidligere juridisk litteratur med utgangspunkt i de opphevede diskrimineringslovene vil likevel ha betydning for forståelse av diskrimineringsvernet.

Vibeke Blaker Strand, ekspert i diskrimineringsrett og professor ved UiO, har skrevet særlig om religiøse minoriteters diskrimineringsvern. Herunder har hun også behandlet strukturelt og individuelt diskrimineringsvern. Videre inneholder den danske boken «Ketsch me if you can – sociale rettigheter og ligestilling» flere diskrimineringsrettslige problemstillinger og forklaringer om generelle grunnbegreper i faget. Boken er en hyllest til Kirsten Ketscher, som blant andre har Helga Aune og Anne Hellum har gitt bidrag til.

Diskrimineringsrett er også et område hvor forskning og artikler vil ha betydning. Dette kommer av at diskrimineringsretten er i stadig utvikling, og forskning vil kunne belyse faktiske problemer og mangler i samfunnet. Kompetanse Norge utga i 2018 en rapport angående arbeidsgivernes kjennskap til og bruk av norskprøver for voksne innvandrere. Rapporten inneholder blant annet undersøkelser fra arbeidsgivere fra 2014 og 2017 om hvordan språkkunnskaper vurderes og betydningen av norskkunnskaper for utøvelsen av arbeidet. Rapporten vil dermed kunne belyse arbeidsgivernes handlemåte i ansettelsessaker med innvandrere og problemer i ansettelsesprosessen.

Arbeidsrettslige fagbøker har ofte egne deler som beskriver diskrimineringsrettslige problemer i arbeidsforhold. Dette gjelder blant annet Arne Fanebust sin bok «Innføring i arbeidsrett» og Alexander N. Skjønberg m. flere sin bok «Individuell arbeidsrett».

## **2.2 Internasjonale rettskilder**

### **2.2.1 EU og EØS**

Norsk diskrimineringsvern har vært utviklet i tråd med EU-rettslig vern. Selv om Norge ikke er medlem av EU, vil store deler av EU-retten være bindende for nasjonen gjennom EØS-avtalen. EØS-avtalen forutsetter at EU-direktiver og -forordninger som er relevante for EØS, skal tas inn i avtalen og gjennomføres i nasjonal rett.<sup>29</sup>

EUs rasediskrimineringsdirektiv 2000/43/EF<sup>30</sup> pålegger medlemsstatene å innføre vern mot diskriminering på grunn av etnisk opprinnelse. Formålet med direktivet er å fastsette en ramme for bekjempelse av forskjellsbehandling på grunn av etnisk opprinnelse jf. direktivets art. 1. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, men er likevel gjennomført i norsk rett gjennom likestilling- og diskrimineringsloven.<sup>31</sup> Språk nevnes ikke som diskrimineringsgrunnlag i direktivet.

EU-retten har vært viktig for utvikling av diskrimineringsfaget. Blant annet har EF-domstolen sørget for at diskrimineringsaker skal løses etter reglene om delt bevisbyrde.<sup>32</sup>

### **2.2.2 Internasjonale konvensjoner**

Menneskerettighetskonvensjonen<sup>33</sup> gjelder som norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og vil ha forrang foran andre lover som strider med rettighetene i konvensjonen jf. menneskerettsloven § 3. EMK art. 14 slår fast at utøvelsen av de rettigheter og friheter som konvensjonen gir skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som blant annet kjønn, farge, språk, religion, nasjonal eller sosial opprinnelse. Den europeiske

---

<sup>29</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap 6.2 s. 44

<sup>30</sup> Direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse

<sup>31</sup> Prop. 81 L (2016-2016) kap. 6.2.3.1 s. 46

<sup>32</sup> NOU 2009:14 kap. 20.3 s. 272

<sup>33</sup> Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)

menneskerettighetsdomstolen kan motta klager fra enhver person, frivillig organisasjon eller gruppe av enkeltpersoner som påstår å ha vært utsatt for en overtredelse av konvensjonens rettigheter av en konvensjonspart jf. art. 34.

Rasediskrimineringskonvensjon av 21. Desember 1965 (RDK) gjelder som norsk rett jf. ld. § 5. Norge forplikter seg med dette å avskaffe alle former for rasediskriminering jf. RDK art. 2. Videre er retten til arbeid og fritt valg av yrke særlig vernet jf. RDK art. 5. Formålet til konvensjonen er å sikre lik tilgang til menneskerettighetene uavhengig av etnisk opphav.<sup>34</sup> Rasediskrimineringskomitéen har tidligere kritisert Norge for at språk tidligere ikke var et eget diskrimineringsgrunnlag.<sup>35</sup> Norge har nå spesifisert at med etnisitet menes blant annet språk i ld. § 6 første ledd andre setning.

Internasjonalt har reglene om diskrimineringsvern vært utviklet i tiden etter andre verdenskrig. De internasjonale reglene ble dermed en del av norsk rett i tiden før Norges egne regler om diskrimineringsvern.

---

<sup>34</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 5.2.6 s. 40

<sup>35</sup> CERD/C/NOR/19-20 (2011) s. 2 pkt. 8

## **3 ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å KREVE NORSK-KUNNSKAPER FOR ANSETTELSE**

### **3.1 Grunnbegreper i diskrimineringsfaget og positiv særbehandling**

Diskriminering forstås som usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt jf. ld. § 6 første ledd. Diskrimineringsretten er et dynamisk rettsområde, som gjør at diskrimineringsgrunnlagene og diskrimineringsvernets rekkevidde er i stadig utvikling.

Det er tre vilkår som må være oppfylt for å konstatere diskriminering. For det første må en person ha blitt satt i en dårligere stilling enn andre blir eller ville ha blitt jf. ld. § 7 og 8. For det andre må forskjellsbehandlingen skyldes et diskrimineringsgrunnlag jf. uttrykket «på grunn av» i ld. § 6 første ledd. Uttrykket «på grunn av» tilsier at det må foreligge årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen og ett eller flere diskrimineringsgrunnlag.<sup>36</sup> Til sist kan ikke forskjellsbehandlingen oppfylle vilkårene i bestemmelsene om lovlig forskjellsbehandling jf. ld. § 9.

Uttrykket diskriminering kategoriseres på flere måter, men en vanlig inndeling er direkte og indirekte diskriminering.

Det følger av ld. § 7 at uttrykket direkte forskjellsbehandling betyr at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt i ld. § 6 første ledd. Et eksempel på direkte diskriminering er at den best kvalifiserte personen ikke blir ansatt på grunn av at vedkommende ikke hadde god nok kompetanse i norsk, til tross for at norskkunnskaper ikke var påkrevd for stillingen.

Videre er det forklart i ld. § 8 at med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd. Et eksempel på

---

<sup>36</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 12.1 s. 99

indirekte diskriminering kan være at det stilles krav til norsk på morsmålsnivå i en stillingsutlysning, noe som vil kunne utelukke mennesker som har flyttet eller flyktet til Norge, samt mennesker som har oppvokst med foreldre som har annet morsmål enn norsk. Et annet eksempel er å nekte personer med hodeplagg på offentlige steder, noe som kan ramme religiøse personer, spesielt kvinner som bærer hijab eller hodelin.

Det er uttalt i forarbeidene at adgangen til indirekte forskjellsbehandling generelt sett vil være videre enn adgangen til direkte forskjellsbehandling.<sup>37</sup> Ifølge forarbeidene kommer dette av at ved direkte forskjellsbehandling vil det være diskriminerende elementer i selve handlingen, mens ved indirekte diskriminering foreligger det handlinger eller praksiser som er tilsynelatende nøytrale og dermed ofte saklig forskjellsbehandling.<sup>38</sup> Indirekte diskriminering kan sies å være vanskeligere å oppdage. Dette kan komme av at indirekte forskjellsbehandling har blitt gjennomført over så lang tid at det for samfunnet og enkeltpersoner anses som normalt, og dermed ikke angripes.

Terminologiene sammensatt og strukturell diskriminering benyttes også for å kategorisere diskriminering.

Sammensatt diskriminering vil si at en person eller gruppe mennesker behandles dårligere enn andre på grunn av flere diskrimineringsgrunnlag. Det er altså tilfeller der det ikke er én grunn alene, men det er flere diskrimineringsgrunnlag som berøres samtidig. En ny spesifisering i diskrimineringslovgivninger er at det nå i ld. § 6 er fastsatt at ”kombinasjoner” av diskrimineringsgrunnlagene er forbudt å forskjellsbehandle mot. Dette må naturlig forstås som en lovfestelse av sammensatt diskriminering. Tidligere var det ikke presisert i lovsform at kombinert diskriminering med flere grunnlag var forbudt, men ble lagt til grunn i forarbeidene.<sup>39</sup>

Sammensatt diskriminering inndeles videre inn i multippel og interseksjonell diskriminering. Multippel diskriminering vil foreligge i situasjoner hvor flere diskrimineringsgrunnlag rammes, men hvert enkelte grunnlag kan vurderes separat. Et eksempel på multippel diskriminering er hvor en person både blir diskriminert på grunn av etnisitet og alder under et

---

<sup>37</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 315

<sup>38</sup> Ibid. kap. 14.2.2 s. 119

<sup>39</sup> Ibid. kap. 13.3 s. 113



jobbintervju. Interseksjonell diskriminering er derimot de tilfellene der diskrimineringsgrunnlagene ikke kan vurderes separat, men diskrimineringen skyldes en kombinerende av flere grunnlag som påvirker hverandre. Eksempelvis vil en kvinne som bærer hijab kunne forskjellsbehandles på grunn av fordommer knyttet til kombinasjonen av kjønn, religion og etnisitet. Ifølge forarbeidene er det ikke et skarpt skille mellom multippel og interseksjonell diskriminering, men felles for disse diskrimineringsformene er at forskjellsbehandlingen skyldes et samvirke av flere diskrimineringsgrunnlag og samvirket øker risikoen for å bli diskriminert.<sup>40</sup>

Strukturell diskriminering, også betegnet som institusjonell diskriminering, er en form for negativ forskjellsbehandling av ulike grupper gjennom lovregler, praksiser eller stereotypiske holdninger.<sup>41</sup> Vibeke Blaker Strand forklarer strukturell diskriminering som ”*overordnede strukturer som fører til at visse diskriminerende effekter ligger innebygget i systemet. De diskriminerende strukturene er ikke nødvendigvis resultat av bevisst handling, men eksisterer like fullt*”.<sup>42</sup> Ifølge Rogstad vil eksempelvis arbeidsgivere kunne dekke seg bak systemets iboende egenskaper, eller så vil arbeidsgivere ikke være bevisst på alle konsekvensene av en konkret ordning.<sup>43</sup> Dette kan tale for at strukturell diskriminering både er vanskelig å oppdage og rydde opp i, ved at det er systematisk behandling som sitter fast i systemet.

Det eksisterer også positiv forskjellsbehandling, betegnet som positiv særbehandling. Positiv særbehandling er regulert i ld. § 11, og gir adgang til å iverksette positive tiltak for å fremme reell likestilling.<sup>44</sup> Et eksempel på positiv særbehandling er at arbeidsgivere gjennom stillingsannonser oppfordrer minoriteter til å søke på stillingen. Det er ikke en plikt for arbeidsgiver å iverksette tiltak fordi bestemte grupper er underrepresentert i virksomheten, og det vil ikke være adgang for enkeltpersoner å påberope seg rettigheten.<sup>45</sup> Arbeidsgiver kan dermed i kraft av sin styringsrett selv bestemme om vedkommende ønsker å særbehandle arbeidssøkere i positiv retning.

---

<sup>40</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 13.2 s. 113

<sup>41</sup> Anne Hellum (2017) *Ketch me if you can*, Karnov Group Denmark kap. 4.3 s. 135

<sup>42</sup> [https://snl.no/strukturell\\_diskriminering](https://snl.no/strukturell_diskriminering)

<sup>43</sup> Jon Rogstad, *Diskriminering og ulikhet – forklaring og metode*, Sosiologisk tidsskrift 01/2002 (Volum10)

<sup>44</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 318

<sup>45</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

Det er opplistet tre kumulative vilkår for at positiv særbehandling skal være lovlig. For det første må særbehandlingen være egnet til å fremme lovens formål jf. ld. § 11 bokstav a. Lovens formål er å fremme likestilling og hindre diskriminering jf. ld. § 1. Dette betyr at bestemmelsen kan benyttes til å gi underrepresenterte individer like muligheter. En slik forståelse støttes av forarbeidene.<sup>46</sup> Det fremkommer videre av forarbeidene at en positiv forskjellsbehandling vil være tillatt dersom særbehandlingen er begrunnet i hensynet til grupper som skal betjenes av de aktuelle personene.<sup>47</sup> Eksempel på dette kan være å finne ansatte som kan tale samme språk som nyankomne mindreårige asylsøkere.

For det andre må det være et rimelig forhold mellom formålet man ønsker å oppnå og hvor inngripende særbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere jf. § 11 bokstav b. Dette må naturlig forstås som en forholdsmessighetsvurdering. Hvor det foreligger reell ulikhet for flere grupper av personer som er vernet mot diskriminering, bør det utvises en viss forsiktighet med å gi positiv særbehandling bare til en eller noen av gruppene jf. forarbeider.<sup>48</sup> Dette må forstås som at positiv særbehandling til en gruppe mennesker kan sette andre grupper som er vernet av diskrimineringslovgivningen i en enda vanskeligere stilling. Når det gjelder ansettelse, er det bestemt i forarbeidene at forholdsmessighetsvilkåret skal tolkes snevert. Den som særbehandles må ha like eller tilnærmet like kvalifikasjoner som den eller de som forbigås.<sup>49</sup> Enkelte stillinger vil ha krav om bestemte utdanningskrav, eksempelvis legestillinger, det vil da ikke være tillatt å unngå de bestemte kravene med begrunnelse i positiv særbehandling.

Til sist skal særbehandlingen opphøre når formålet med behandlingen er oppnådd jf. bestemmelsens bokstav c. Utgangspunktet er dermed at ordninger med positiv særbehandling bør være av midlertidig karakter.<sup>50</sup>

Formålet med positiv særbehandling er å fremme likestilling på et overordnet plan jf. forarbeidene.<sup>51</sup> Ved å gi enkeltmennesker eller enkeltgrupper nødvendig tilrettelegging for å

---

<sup>46</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 318

<sup>47</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

<sup>48</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

<sup>49</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

<sup>50</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

<sup>51</sup> Ibid. kap. 30 s. 318

konkurrere på likt grunnlag som andre mennesker uten ekstra utfordringer, vil positiv særbehandling kunne skape en nærmere reell likhet. Likestillings- og diskrimineringsombudet har uttalt at det ikke vil være nok å forby diskriminering, derfor er det gitt adgang til å positivt særbehandle grupper.<sup>52</sup> Arbeidsgivere kan gjennom bestemmelsen om positiv særbehandling benytte sin styringsrett til effektivt likestillingsarbeid for enkeltpersoner.

### **3.2 Arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesprosessen**

I ansettelsesprosessen er utgangspunktet at arbeidsgiver velger hvem som skal ansettes. Dette er en del av arbeidsgivers styringsrett. Begrepet arbeidsgivers styringsrett betyr at arbeidsgiver eller bedriftsledelsen har det overordnede beslutningsansvar til å delegere og avgjøre forhold ved arbeidsplassen.

I ansettelsesøyemed vil styringsretten tilsi en frihet for arbeidsgiver til å fastsette hvilke krav som skal stilles til den som skal fylle stillingen. En av mange lovmessige begrensninger for arbeidsgivers styringsrett er reglene om forbud mot å diskriminere i arbeidsmiljøloven kapittel 13 samt likestillings- og diskrimineringsloven.

Det følger av ld. § 2 første ledd at loven gjelder på alle samfunnsområder. Videre er det presisert i ld. § 29 at forbudene mot å diskriminere i lovens kapittel 2 gjelder alle sider av et arbeidsforhold. I forhold til ansettelsesprosessen, er det presisert at det er ulovlig å diskriminere ved utlysning av stilling og ansettelse etter bestemmelsen bokstav a og b.

Høyesterett fastslo i den såkalte Admiraldommen at arbeidsgiveren bestemmer i kraft av sin styringsrett hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre.<sup>53</sup> Videre har Høyesterett uttalt at domstolene ikke skal overprøve om arbeidsgiverens beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevd eller optimale, men om det foreligger misbruk av styringsretten.<sup>54</sup> Disse uttalelsene tilsier at domstolen skal være tilbakeholdne i overprøvelsen av ansettelsessaker. Domstolen kan eksempelvis ikke uttale seg om kvalifikasjonskravene er korrekte, med mindre det er klare holdepunkter for maktmisbruk ved klart urimelige kvalifikasjonskrav.

---

<sup>52</sup> <https://www.ldo.no/en/diskriminert/diskriminert/arbeidsliv/positiv-sarbehandling/>

<sup>53</sup> Rt. 2014 s. 402 avsnitt 69

<sup>54</sup> Rt. 2011 s. 841 avsnitt 58

I Admiraldommen uttalte også Høyesterett at domstolene må i bevisvurderingen kunne prøve hvorvidt de kvalifikasjonskrav som arbeidsgiveren har stilt faktisk er oppfylt.<sup>55</sup> Videre poengteres det at en slik overprøving kan være vanskelig ved at kvalifikasjonsvurderingen vil innebære faglig skjønn, og domstolen må dermed utøve en viss tilbakeholdenhet i vurderingen av om arbeidssøkeren er kvalifisert.<sup>56</sup> Det at domstolen kan foreta en vurdering av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, er viktig for en reell overprøving av diskrimineringsaker. Det er ingen hemmelighet at en arbeidsgiver vil kunne begrunne manglende tilsettelse på grunn av såkalte manglende kvalifikasjoner, hvor den reelle årsaken til avslag på ansettelse er fordommer knyttet til eksempelvis etnisitet.

Diskrimineringsnemnda har uttalt at etter deres praksis vil vurderingen av søkerens kvalifikasjoner være en skjønnsmessig vurdering som nemnda vanligvis er tilbakeholden med å overprøve.<sup>57</sup> Overprøvingen vil i slike tilfeller være begrenset til å vurdere om arbeidsgiveren har lagt vekt på diskriminerende hensyn, slik som etnisitet eller språk jf. nemndas sak 139/2018 og 63/2016. Det kan dermed synes til at Diskrimineringsnemnda har et mer tilbakeholdent forhold til overprøving av søkerens kvalifikasjoner enn hva Høyesterett uttalte i Admiraldommen.

Arbeidsgivers styringsrett omtales som en restkompetanse for arbeidsgiver. Dette kommer av at vernet for arbeidstakere og lovgivningen utvikles, noe som setter skranker for hva arbeidsgiver kan gjennomføre i kraft av styringsretten. I Kårstødommen fremkommer det at styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer, herunder at det stilles krav til saksbehandlingen og krav til forsvarlige grunnlag for beslutninger.<sup>58</sup> Det at avgjørelsene må være basert på forsvarlig grunnlag tilsier at det ikke kan legges vekt på vilkårlige eller utenforliggende hensyn.<sup>59</sup>

Arbeidsgivers redegjørelsesplikt ble noe skjerpet gjennom lovendringen i juni 2019. Det følger av Id. § 26 første ledd at alle arbeidsgivere skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering innenfor sin virksomhet. Dette vil si at alle

---

<sup>55</sup> Rt. 2014 s. 402 avsnitt 70

<sup>56</sup> Ibid. avsnitt 70

<sup>57</sup> Diskrimineringsnemnda sak 139/2018

<sup>58</sup> Rt. 2001 s. 418 s. 427

<sup>59</sup> Ibid. s. 427

virksomheter, både offentlige og private, har en generell plikt til å arbeide mot diskriminering uavhengig av virksomhetens størrelse. I ld. § 26 annet ledd er det opplistet en rekke plikter for alle offentlige virksomheter og private arbeidsgivere som sysselsetter mer enn 50 ansatte, samt hvor en part krever det ved private arbeidsplasser som har mellom 20-50 ansatte. Arbeidsgivere har videre en redegjøringsplikt etter § 26 b, som sier at arbeidsgivere som har plikter etter § 26 annet ledd skal redegjøre for kjønnslikestilling og aktivitetsplikt for alle de oppnevne diskrimineringsgrunnlagene og kombinasjoner av disse. Endringen i redegjøringsplikten er i hovedsak endret til at flere arbeidsgivere i privat sektor har en plikt til å redegjøre for sitt likestillingsarbeid.<sup>60</sup> Arbeidsgivere som faller utenfor redegjøringsplikten, plikter likevel å dokumentere sitt likestillingsarbeid, og kan bli pålagt til å legge dette frem for Likestillings- og diskrimineringsombudet.<sup>61</sup> Arbeidsgivers redegjørings- og aktivitetsplikt kan påvirke arbeidsgivers holdninger til likestillingsarbeid og til å gjøre faktiske tiltak for å hindre diskriminering.

### **3.2.1 Skillet på styringsretten i offentlig og privat sektor**

I statlig sektor skal den best kvalifiserte søkeren tilbys ledig stilling. Dette var lenge et ulovfestet prinsipp kalt kvalifikasjonsprinsippet. Prinsippet er nå lovfestet i statsansatteloven § 3 første ledd. Her heter det at den best kvalifiserte søkeren skal ansettes eller utnevnes i ledig stilling eller embete. I bestemmelsens annet ledd fremkommer det at ”ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen”.

Når det gjelder kravet om at det skal legges vekt på utdanning, må dette etter en naturlig språklig forståelse dreie seg om utdanning både fra videregående skole, høyere utdanning, etterutdanning og fagskoler. Det må også forstås som at utdanningen som det legges vekt på er relevant i forhold til den utlyste stillingen. Det følger av forarbeidene at det både kan gjelde absolutte utdanningskrav og ønskelig utdanning for stillingen.<sup>62</sup> Kravet til å vektlegge erfaring må naturlig forstås som erfaring fra lønnet og ulønnet arbeid, men kan også forstås som andre type erfaringer som kan være relevant for yrket. Når det gjelder «personlig

---

<sup>60</sup> [https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme\\_uu\\_des-2019.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme_uu_des-2019.pdf) Handlingsplan mot etnisk og religiøs diskriminering s. 58

<sup>61</sup> Ibid. s. 58

<sup>62</sup> Prop. 94 L (2016-2017) kap. 29 s. 203

egnethet» må dette forstås som personlige egenskaper hos arbeidssøkeren. Forarbeidene forklarer uttrykket personlig egnethet som subjektive forhold hos søkeren som det er saklig å legge vekt på jf. forarbeider.<sup>63</sup>

For kommunal sektor er kvalifikasjonsprinsippet nedfelt i Hovedtariffavtalen<sup>64</sup> § 2 pkt. 2.2. Her heter det at «ved tilsetning og opprykk skal det i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen)».

En arbeidssøker har også vern gjennom forvaltningslovens<sup>65</sup> regler om saksbehandling. Det følger av fvl. § 2 annet ledd første punktum at ansettelse i offentlig stilling er et enkeltvedtak. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. IV-V gjelder ved ansettelsessaker, men unntak om reglene om begrunnelse, klage og omgjøring jf. fvl. § 3 annet ledd. Det er videre bestemt i fvl. § 17 at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Sivilombudsmannen har i Årsmelding av 2016 presisert at en offentlig arbeidsgiver skal etterfølge prinsippet om likebehandling, påse at vedtak er bygget på saklige vurderinger samt bruke offentlige ressurser effektivt.<sup>66</sup>

Forvaltningsforskriften<sup>67</sup> § 15 gir søkere til stillinger i offentlig sektor rett på innsyn i søkerliste. Her skal det fremkomme hvilken utdanning og arbeidserfaring alle søkerne har både i offentlig og privat sektor. Innsyn i søkerlisten gir en søker mulighet til å vurdere sine kvalifikasjoner opp mot de andre arbeidssøkerne. Vernet forvaltningsforskriften gir i forhold til søkerliste og innsyn i innstilling til tilsetningsråd gir dermed et større grunnlag for å selv vurdere om en ble forbigått pga. eksempelvis språk eller etnisitet.

De særlige bestemmelsene statsansatteloven og forvaltningsloven med forskrifter gir arbeidssøkeren et større diskrimineringsvern enn hva en søker har i privat sektor. En arbeidssøker i privat sektor vil kun ha innsyn i utdanningen og erfaringen til den kandidaten som fikk tilbud om den utlyste stillingen etter ld. § 31.

---

<sup>63</sup> Prop. 94 L (2016-2017) kap. 29 s. 203

<sup>64</sup> Hovedtariffavtalen 1.5.2018-30.4.2020 mellom KS og LO kommune, Unio, YS-K og Akademikerne

<sup>65</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967, heretter «fvl.»

<sup>66</sup> Sivilombudsmannens årsmelding for 2016, Dokument 4 (2016-2017)

<https://www.sivilombudsmannen.no/aktuelt/tilsetning-krav-til-saksbehandlingen-ved-vurdering-av-personlig-egnethet/>

<sup>67</sup> Forskrift til forvaltningsloven av 15. desember 2006 nr. 1456

Det kan sies at styringsretten i offentlig sektor begrenses noe i forhold til arbeidssøkerens rettigheter både i statsansatteloven § 3 og forvaltningsforskriften. I alle fall skal disse særlige bestemmelsene hindre maktmisbruk hos arbeidsgiveren ved at den best kvalifiserte kandidaten skal få tilbud om stillingen. Selv om arbeidssøkeren har større innsynsrett i en offentlig ansettelsessak enn hos de private, er styringsretten tilsvarende i offentlig og privat sektor til å bestemme kvalifikasjonskrav for den utlyste stillingen. Det vil således være opp til den enkelte arbeidsgiver å bestemme norskkrav for hver enkelt stilling innenfor diskrimineringsvernets grenser.

### **3.3 Forbudet mot å diskriminere på grunn av etnisitet og språk, samt vernets bakgrunn**

Det følger av ld. § 6 første ledd første setning at diskriminering på grunn av etnisitet er forbudt. Med etnisitet menes blant annet nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk jf. bestemmelsens første ledd annen setning.

Etnisitetsbegrepet må forstås vidt jf. uttrykket «blant annet». På denne måten vil eventuelle nye betegnelser eller forståelser av etnisitet kunne falle innenfor vernet. Denne forståelsen støttes av forarbeidene, hvor det er presisert at det ikke er mulig å gi en uttømmende redegjørelse for hva som omfattes av begrepet. Forståelsen av etnisitetsbegrepet kan variere fra gruppe til gruppe, fra individ til individ og fra situasjon til situasjon.<sup>68</sup> Det er videre forklart i forarbeidene at nasjonale minoriteter og urfolk omfattes av etnisitetsbegrepet selv om det ikke er presisert i ordlyden.<sup>69</sup>

Etnisitet kan defineres som en etnisk gruppe som innenfor et større samfunn selv betrakter seg som en gruppe i forhold til andre, og kan uttrykkes gjennom språk, kulturtradisjoner, klesdrakt, næringsvei eller levevis.<sup>70</sup> Årsaken til at diskriminering på grunn av etnisitet må vernes, kan trekkes tilbake til kolonialismen fra 1500-tallet. Spesielt Afrika og Asia har lidd av koloniseringen Amerika og Europa gjennomførte. Virkningene av koloniseringen rammet kulturelt og psykologisk gjennom påtvingelse av leveform, språk, utdanning, slavearbeid og

---

<sup>68</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 11.2.3.2 s. 82

<sup>69</sup> Ibid. Kap. 11.2.3.2 s. 82

<sup>70</sup> [https://snl.no/etnisk\\_gruppe](https://snl.no/etnisk_gruppe)

drap.<sup>71</sup> Selv den dag i dag finnes det mennesker med holdninger om at det finnes sterkere og svakere etnisiteter. Vitenskapelig sett er vi én art som er nært beslektet, men geografisk spredd ut jf. genetiker Adam Rutherford.<sup>72</sup> Selv om de fleste mennesker kan si seg enig i at mennesker er like mye verdt uavhengig av opprinnelse, vil rasisme og diskriminering forekomme i alle livsområdene. Diskrimineringsvernet har dermed sterke historiske røtter som stadig må beskyttes.

En viktig del av etnisitet vil være uttrykksmåten, altså språket. Språk er først og fremst et kommunikasjonsmiddel som benyttes i alle sammenhenger. Språk kan for mange være en viktig del av sin identitet og uttrykksmåte. Det å bli forskjellsbehandlet på grunn av språk vil kunne begrense et menneskes mulighet for deltakelse i alle livsområder, særlig i utdanning og arbeid. Når det gjelder vernet til mennesker som er uten taleevne, vil disse vernes gjennom diskrimineringsgrunlaget nedsatt funksjonsevne.

Diskrimineringslovgivningen forbyr diskriminering på grunn av språk som har sammenheng med etnisitet, dermed vil blant annet dialekter ikke være omfattet av vernet.<sup>73</sup> Det er presisert i forarbeidene at diskrimineringsvernet ikke gjelder dersom en person som er såkalt etnisk norsk ikke får en stilling fordi vedkommende ikke har tilstrekkelige engelskferdigheter til stillingen.<sup>74</sup> Dette kommer av at språket ikke har sammenheng med personens etnisitet.

Nåværende regjering lanserte 11. desember 2019 en ny handlingsplan mot rasisme og diskriminering på grunn av etnisitet og religion for tidsperioden 2020-2023. Handlingsplanen har flere tiltakspunkter som er relevant for etnisk og religiøs diskriminering i arbeidslivet. Tiltakspunkt 35 sier at manglende norskkunnskaper ofte blir nevnt som en mulig forklaring på innvandrernes dårligere utfall på arbeidsmarkedet i Norge. Forskningsorganisasjonen Fafo skal derfor undersøke arbeidsgiveres forståelse av språkkrav og språkprøver, hvor formålet er å få mer kunnskap om hvordan arbeidsgivere analyserer og resonnerer rundt språkkrav knyttet

---

<sup>71</sup> <https://snl.no/kolonialisme>

<sup>72</sup> <https://www.nrk.no/kultur/bok/mener-vitenskapen-tar-livet-av-rasisme-begrepet-1.14225258>

<sup>73</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 11.2.3.6 s. 84

<sup>74</sup> Ibid. kap. 11.2.3.6 s. 84



til ansettelsesprosesser.<sup>75</sup> Handlingsplanen viser at det er reelle problemer med diskriminering i arbeidsmarkedet, samt at vi har for liten kunnskap om rekkevidden og arbeidsgiveres forståelse til å kunne sette i gang tiltak som hindrer slik forskjellsbehandling. Tiden vil vise om det vil innføres virkemidler som vil påvirke arbeidsgivers styringsrett for å hindre diskriminering i lengst mulig grad.

### **3.4 Lovlig forskjellsbehandling på grunn av språk i ansettelsesprosessen**

En ren ordlydsfortolkning av ld. § 6 tilsier at det ikke er lov til å forskjellsbehandle personer på grunn av språk. Det vil imidlertid kunne tillates å forskjellsbehandle personer på grunn av norsk i ansettelsesprosessen dersom det foreligger saklig grunn, forskjellsbehandlingen er nødvendig, behandlingen er forholdsmessig samt at norskkravet er avgjørende for utøvelsen av yrket jf. ld. § 9 første og annet ledd.

Det følger av ld. § 9 første ledd at forskjellsbehandling ikke er i strid med forbudet mot å diskriminere i § 6 når tre kumulative vilkår er oppfylt.

For det første må forskjellsbehandlingen ha et saklig formål. Det følger av forarbeidene at vurderingen om et formål er saklig dels beror på om begrunnelsen er sann og dels på en konkret vurdering av om det er et legitimt formål.<sup>76</sup> Dette må naturlig forstås som at den innklagedes parts forklaring er en reell begrunnelse som beskytter et nødvendig formål. Videre må det vurderes om formålet ivaretar en beskyttelsesverdig interesse.<sup>77</sup> Det er ikke nærmere forklart hva som er en beskyttelsesverdig interesse i forarbeidene, men ett eksempel kan være hensynet til personsikkerhet. Dette er en vurdering som vil variere utfra sakens omstendigheter. Til sist må det vurderes om formålet er av en slik art at prinsippet om likebehandling kan fravikes.<sup>78</sup> Formålet med forskjellsbehandlingen må derfor være av en slik art som nødvendiggjør tilsidesettelse av diskrimineringsvernet.

---

<sup>75</sup> [https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme\\_uu\\_des-2019.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme_uu_des-2019.pdf) Regjeringens handlingsplan mot rasisme og diskriminering på grunn av etnisitet og religion 2020-2023 s. 62.

<sup>76</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 315

<sup>77</sup> Ibid. kap. 30 s. 315

<sup>78</sup> Ibid. kap. 30 s. 315

Det følger av de tidligere forarbeidene at det i arbeidslivet vil kunne være saklig å stille språkkrav dersom det begrunnes i den enkelte stillingen, og at det vil være avgjørende å vurdere hvor sentralt språket er i forhold til utøvelsen av arbeidet.<sup>79</sup> Videre er det forklart at det vil kunne være lovlig adgang til å stille krav om norskkunnskaper i en rekke situasjoner, eksempelvis i ansettelsessituasjoner, og at det vil være flere typer arbeid det vil være relevant å kreve gode norskkunnskaper av hensyn til personsikkerhet.<sup>80</sup>

For det andre må forskjellsbehandlingen være nødvendig for å oppnå formålet. Uttrykket «nødvendig forskjellsbehandling» vil etter en naturlig språklig forståelse bety at forskjellsbehandlingen er påkrevet, altså at det ikke finnes andre rimelige handlingsalternativer. En slik forståelse støttes av forarbeidene, som sier at dersom det finnes andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende for å oppnå formålet, vil dette være et sterkt argument for at den opprinnelige løsningen ikke er nødvendig.<sup>81</sup> Dette vil si at ikke ethvert ikke-diskriminerende alternativ må gjennomføres dersom det vil kreve urimelige kostnader for en arbeidsgiver.

For det tredje kan ikke forskjellsbehandlingen være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. I proporsjonalvurderingen må det foretas en avveining mellom mål og middel, og konsekvensene for den eller de som rammes av forskjellsbehandlingen.<sup>82</sup> Det følger av forarbeidene at forholdsmessighetsvurderingen vil variere alt etter hvilke rettigheter eller goder som berøres. Derfor skal det generelt mer til for at forskjellsbehandlingen i arbeidsforhold vil være forholdsmessig, fordi arbeid er av stor betydning for den enkelte.<sup>83</sup>

Det følger av de tidligere forarbeidene at hensynet til likestilling og ikke-diskriminering vil veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>84</sup> I det nye forarbeidet er det videre uttalt at kravet til forholdsmessighet innebærer at løsningen samlet sett skal fremstås som rimelig, dermed må forskjellsbehandlingen ha et viktigere formål enn forskjellsbehandlingen medfører

---

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 10.4.8.4 s. 103

<sup>80</sup> Ibid. kap. 10.1.8.7 s. 90

<sup>81</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 315

<sup>82</sup> Ibid. kap. 30 s. 315

<sup>83</sup> Ibid. kap. 14.2.3 s. 119

<sup>84</sup> Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) kap. 6.6.3 s. 38 og kap. 16 s. 112

for den enkelte.<sup>85</sup> På generelt grunnlag vil forholdsmessighetsvurderingen blant annet avhenge av hvilket diskrimineringslag som rammes, om det er direkte eller indirekte forskjellsbehandling, hvilke rettigheter som berøres og hvilket samfunnsområde saken gjelder.<sup>86</sup> Vurderingen av om diskrimineringen er forholdsmessig vil dermed måtte foretas konkret til hver enkelt sak, og vil avhenge av den bestemte saks forhold.

I ld. § 9 annet ledd er det satt ytterligere krav til lovlig forskjellsbehandling i arbeidsforhold. Her fremkommer det at direkte forskjellsbehandling på grunn av et diskrimineringsgrunnlag bare er tillatt hvis denne egenskapen har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket, og vilkårene i første ledd er oppfylt. Direkte diskriminering på grunn av språk vil dermed være beskyttet av bestemmelsen, ved at språk er en del av diskrimineringsgrunnlaget etnisitet jf. ld. § 6 første ledd andre setning.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”avgjørende for utøvelsen av arbeidet” tilsier at kravet som stilles til en arbeidstaker må være av en slik art at det er bestemmende for å kunne gjennomføre arbeidet. Videre tilsier ordlyden at det stilles høye krav for å kunne lovmessig diskriminere i et arbeidsforhold gjennom uttrykket ”avgjørende”. En slik forståelse støttes av forarbeidene som sier at det er tale om et faktisk yrkeskrav som er nødvendig for å utøve arbeidet og at bestemmelsen skal tolkes snevert.<sup>87</sup> Det er krav om en konkret begrunnelse i hvert enkelte tilfelle jf. forarbeider.<sup>88</sup> Bestemmelsen kommer kun til anvendelse i tilfeller som gjelder direkte diskriminering jf. ordlyden. Det er ikke begrunnet nærmere for hvorfor bestemmelsen ikke gjelder ved indirekte forskjellsbehandling. Som tidligere nevnt i kap. 3.1 er det en videre adgang til indirekte diskriminering i forhold til direkte diskriminering.<sup>89</sup> Dermed kan det forstås slik at skjerpelsen av direkte diskriminering i arbeidsforhold kommer av at slike tilfeller vil ramme personer direkte, og dermed vil kunne være av en mer alvorlig grad.

---

<sup>85</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 14.2.1 s. 119

<sup>86</sup> Ibid. kap. 30 s. 315

<sup>87</sup> Ibid. kap. 30 s. 316

<sup>88</sup> Ibid. kap. 30 s. 316

<sup>89</sup> Ibid. kap. 30 s. 315

Det er ingen retningslinjer for når arbeidsgiver kan kreve norskkunnskaper, annet enn lovpålagte norskkrav til enkelte type stillinger innen offentlig sektor. Det er også lite veiledning når det kommer til å sette nivå for norskkunnskaper og hvordan arbeidsgiveren skal gå frem for å vurdere norskkunnskaper. Enkelte arbeidsgivere krever eksempelvis norskkunnskaper på morsmålsnivå i stillingsannonserne. Ved å sette slike krav vil svært mange kunne anses utelukket til stillingen. Dette kan ramme personer som er født og oppvokst i et annet land enn Norge, eller personer som er født og oppvokst i Norge men som har foreldre fra et annet land. Kompetanse Norge gjennomførte i 2014 og 2017 undersøkelser om arbeidsgiveres kjennskap og bruk av norskprøver for ansettelse. Her fremkommer det at 90 % av de spurte arbeidsgiverne foretrakk å vurdere språkferdighetene til arbeidssøkeren selv under intervjuet framfor formelle resultater fra språkprøver.<sup>90</sup> Kompetanse Norge mente at dette kunne være positivt ved at arbeidsgivere kan ansette arbeidstakere uten formell norskkompetanse, men som har den riktige spisskompetansen til å utføre arbeidet. På den andre siden kunne det også føre til at subjektive aspekter som ”magefølelse” og ”personlig egnethet” fører til strukturell diskriminering mot arbeidsgivere med innvandrerbakgrunn.<sup>91</sup>

Herunder skal det undersøkes om det er mulig å sette noen klarere grenser for hva som er både ulovlig og lovlig diskriminering av språk i ansettelsesprosessen etter § 9 første og annet ledd. Til denne vurderingen vil det tas utgangspunkt i praksis fra Diskrimineringsnemnda og tidligere saker fra Likestillings- og diskrimineringsombudet.

### **3.4.1 Nemndas vurdering av saklighetskravet**

Nemnda har i flere saker uttalt seg om kravet til saklig begrunnelse og hvordan

Diskrimineringsnemnda forholder seg til arbeidsgivers vurdering av om det foreligger saklig grunn til å kreve norskkunnskaper.

Diskrimineringsnemndas sak 39/2018 gjaldt en juridisk rådgiver som søkte på fast stilling som seniorrådgiver i statlig sektor. I stillingsutlysningen var det et absolutt krav om at den som ansettes måtte ha norsk statsborgerskap og ønskelig krav om gode fremstillingsevner både skriftlig og muntlig på norsk og engelsk. Klager ble innkalt til førstegangsintervju, men ikke andregangsintervju. Begrunnelsen for at de ikke valgte å ta vedkommende med videre

---

<sup>90</sup> Rapport av Karoline Haugsvær for Kompetanse Norge ”Arbeidsgiveres kjennskap til og bruk av norskprøver for voksne innvandrere pkt. 1.2.4 s. 8

<sup>91</sup> Ibid. pkt. 1.2.4 s. 8

var på bakgrunn av kravene til norsk statsborgerskap og gode fremstillingsevner på norsk og engelsk. Den som ble ansatt hadde tre års arbeidserfaring, juridisk utdanning og norsk. Klager hadde 10 års arbeidserfaring, juridisk utdanning og en annen etnisitet enn norsk. Nemnda vurderte kun om det forelå diskriminering på grunn av språk, ikke angående kravet om statsborgerskap. Dette kom av at arbeidsgiversiden i ettertid sa at det var feil og at de ikke hadde vektlagt annet statsborgerskap, til tross for at dette var begrunnet skriftlig.

Hva gjelder saklighetsvurderingen uttaler nemnda at det er arbeidsgiver som i kraft av sin styringsrett som bestemmer kvalifikasjonskravene for stillingen, og at nemnda kun kan kontrollere om at fastsettelsen av språkkravet er saklig. Selv om norskkravet var oppstilt som et «ønskelig» krav, finner nemnda at dette er tilstrekkelig grunnlag til å foretrekke eller forvente at kandidaten har språkkompetanse som arbeidsgiver står fri til å vurdere som tilstrekkelig. Saken belyser at arbeidsgivers styringsrett står sterkt og at forvaltningsorganet viser tilbakeholdenhet i overprøvingen. For en arbeidssøker kan det være vanskelig å kommentere behovet for norskkunnskaper i en bestemt stilling, dermed må gjerne arbeidsgivers vurdering legges til grunn. Denne saken legger også opp til at arbeidsgiveren står fritt til å vurdere om språkkompetansen hos arbeidssøkeren er tilstrekkelig.

Arbeidsgiveren hadde vurdert at seniorrådgiverstillingen krevde gode norskkunnskaper fordi arbeidsgiver er en norsk statlig virksomhet. Selv om mye av arbeidet ville foregå på engelsk, ville hovedspråket til å kommunisere mellom virksomheten og staten være norsk. I tillegg ville det være behov for en representant i forliksråd og domstolen. Nemnda kommenterte ikke eksplisitt hva som ble ansett som saklig grunn til å kreve norskkunnskaper, men stadfester at arbeidsgivers redegjørelse er saklige grunner. Nemnda la imidlertid tung vekt på oppgaver tillagt statlig stilling. Dette kan tolkes som at arbeidstakere som representerer staten bør ha en viss norskkompetanse. Det er blant annet i mållova<sup>92</sup> § 6 krav om at statlige organer skal svare private rettssubjekter på den målformen som er benyttet av vedkommende. Dermed vil det ofte være saklig å kreve norskkunnskaper for stillinger i statlig sektor som har kontakt med private personer.

Det er få saker hvor det er funnet diskriminering på grunn av språk ved behandling i nemnda, men én av disse er nemndas sak 63/2016-1 som omhandler en arbeidssøker til stilling som trikkefører. I stillingsannonsen var det blant annet stilt strenge krav til norskkunnskaper, både

---

<sup>92</sup> Lov om målbruk i offentlig teneste av 11.04.80 nr. 5

muntlig og skriftlig, ved at trikkførereren skal kunne kommunisere med kundene og håndtere en nødssituasjon. Arbeidssøkeren ble kontaktet av rekrutteringssjef for å bli intervjuet per telefon. Rekrutteringssjefen ringte her flere kandidater med utenlandskklingende navn fra sin bil, hvor hovedårsaken til telefonsamtalene var å avklare norskkunnskaper. Klageren mente at måten telefonsamtalen ble gjennomført på var uheldig på grunn av mye støy både hvor klageren og rekrutteringssjefen befant seg. Dette medførte at klageren måtte be rekrutteringssjefen om å gjenta spørsmålene. Rekrutteringssjefen mente på sin side at støyet ikke var problemet, men at arbeidssøkeren ikke hadde nødvendige norskkunnskaper. Rekrutteringssjefen tok ingen notater av intervjuet.

Diskrimineringsnemnda fant at klageren hadde bevist at det var grunn til å tro at diskriminering hadde skjedd. Dette kom av at rekrutteringssjefen hadde sortert ut personer for å kontrollere deres norskkunnskaper. Nemnda mente at intervjuet skulle ha blitt gjennomført på kontor og at rekrutteringssjefen skulle ha tatt notater av intervjuet. På grunn av prosessen fant diskrimineringsnemnda at rekrutteringssjefen måtte sannsynliggjøre at diskrimineringen var lovlig. Nemnda kom til at arbeidsgiversiden ikke hadde en god nok prosess til å vurdere språkkunnskapene. De bemerket videre at det kan være saklig å grovsortere søkerne gjennom telefonintervju, men at disse samtalene må dokumenteres med en gang. Dermed fant nemnda at arbeidsgiversiden ikke hadde en saklig grunn til å forskjellsbehandle på grunn av språk, og de resterende vilkårene for lovlig forskjellsbehandling ble således ikke vurdert nærmere. Saken viser at en arbeidsgiver må sørge for en ansettelsesprosess som er ryddig og etterprøvable. Både intervjuets omgivelser, metode og dokumentering vil kunne stille en arbeidssøker i en dårligere stilling enn andre kandidater. Siktemålet vil da være at en ansettelsesprosess gir arbeidssøkerne både mulighet til å fremvise sine egenskaper samt at de baseres på like vurderinger.

I sak 35/2012 fant nemnda at det var nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke uforholdsmessig inngripende å legge vekt på en arbeidssøker språkferdigheter til en stilling som førsteinspektør. Arbeidssøkeren hadde ved tidligere anledninger vært vikar som førsteinspektør i virksomheten i 3,5 år og søkte etter fast stilling. Diskrimineringsnemnda fant at arbeid som førsteinspektør er en arbeidstype hvor det er relevant å kreve norskkunnskaper. Dette kom av at stillingen både er utadrettet og krever gode språklige ferdigheter. Arbeidsgiversiden argumenterte for at førsteinspektører har et risikobasert tilsyn, samt at de kan benytte strenge og inngripende forvaltningsmessige virkemidler i utøvelsen av yrket.

Nemnda var enig med arbeidsgiver om at dette var saklige grunner til å kreve norskkunnskaper. Saken viser at det vil være saklig å legge vekt på norskkunnskaper når formålet er basert i sikkerhetshensyn. Det vil også være saklig å legge vekt på norskkunnskaper hvor den ansatte kan ilegge sanksjoner, slik som f. eks. også politiet kan ilegge. Saken viser også at sikkerhetshensyn vil være et saklig formål å vektlegge.

### **3.4.2 Nemndas vurdering av nødvendighetskravet**

Nødvendighetsvurderingen etter ld. § 9 første ledd bokstav b tilsier at forskjellsbehandlingen er påkrevet og at det ikke finnes andre rimelige alternativer som kan hindre diskriminering, som nevnt i kap. 3.4.

I sak 26/2018 kom nemnda til at det både var saklig, nødvendig og forholdsmessig å stille norskkrav til en ledig stilling som sjåfør. Saken gjaldt en vikarierende sjåfør i bedriften som nå søkte fast stilling. Når det gjaldt nødvendighetskravet, mente nemnda at selv om hovedoppgaven var kjøring av varer, ville det tidvis være behov for kundekontakt angående reklamasjon og lignende. Søkeren kunne heller ikke snakke engelsk, slik at dette ikke kunne avhjelpe. Det ble også funnet at kommunikasjon gjennom en tredjeperson kunne hjelpe en periode, men ikke var en god løsning på sikt. Saken viser at selv om hovedarbeidsoppgaven ikke innebærer kommunikasjon, vil likevel språkkunnskaper kunne kreves på grunn av andre arbeidsoppgaver som kan oppstå. Det bemerkes også at det vil være mulig å avhjelpe kunder eller klienter som ikke forstår den ansatte gjennom en annen ansatt, men en slik løsning kan tenkelig være lettere å gjennomføre hvor arbeidstakerne arbeider i nærheten av hverandre.

I den overnevnte saken om førsteinspektøren i 35/2012 påpekte Diskrimineringsnemnda at dersom det finnes andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, vil dette være et stekt argument for at en forskjellsbehandling er unødvendig. Nemnda ga her eksempler som at intensivt oppfølging, veiledning og kursdeltakelse er rimelige alternativer som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende. I denne saken hadde imidlertid arbeidssøkeren mottatt språklig oppfølging fra leder og deltakelse på kurs, uten nødvendig progresjon som arbeidsgiver forventet. Da arbeidsgiveren hadde forsøkt flere handlingsalternativer, fant Diskrimineringsnemnda at arbeidsgiversiden oppfylte nødvendighetsvilkåret.

Saken viser at det finnes flere handlingsalternativer hvor den best kvalifiserte søkeren mangler gode nok norskkunnskaper. Slike tiltak vil være et godt alternativ i forhold til å sysselsette personer med riktig kompetanse, og trene opp sine kunnskaper i norsk gjennom arbeidet. Det kan tenkes at saken ville ha stilt seg annerledes om arbeidsgiveren ikke hadde foretatt disse grepene for å bedre arbeidssøkerens ferdigheter når hun var ansatt i vikariatet. Videre ville muligens vurderingen til Diskrimineringsnemnda sett ulik ut dersom søkeren ikke hadde hatt vikarstillingene tidligere i bedriften, da arbeidsgiveren ikke kunne ha argumentert for at nødvendige tiltak var utprøvd.

### **3.4.3 Nemndas vurdering av forholdsmessighet**

Forholdsmessighetsvurderingen for om diskrimineringen er lovlig, kan anses som den mest krevende vurderingen. Som nevnt i kap. 3.4 skal det foretas en avveining mellom mål og middel, og konsekvensene for den eller de som rammes av forskjellsbehandlingen.

I sak 39/2018, som gjaldt klage over manglende tilsetting som seniorrådgiver, foretar nemnda en kort vurdering av om språkkravet var forholdsmessig. Nemnda uttalte at det i lys av stillingens natur ikke kan sies å være uforholdsmessig. Det er ikke nærmere forklart hva det legges vekt på og hvilke hensyn som er veid opp mot hverandre, annet at stillingen i seg selv gjorde det forholdsmessig å stille norskkrav.

I den tidligere nevnte saken, 35/2012 om stilling som førsteinspektør, startet nemnda sin forholdsmessighetsvurdering med å henvise til forarbeidene som sier at det må foretas en avveining mellom mål og middel.<sup>93</sup> Klager mente at det opplevdes som svært inngripende at hun ikke ble innstilt da hun hadde vært tilsatt i samme stilling i vikariat over lengre tid. Nemnda mente likevel at arbeidsgiver må kunne forvente og kreve en viss utvikling over tid av svake områder hos ansatte. I den forbindelse hadde arbeidsgiveren dokumentasjon på at behovet for forbedring av de skriftlige prestasjonene var tatt opp med klager, samt at hun hadde fått språklig opplæring og deltatt på kurs. Dermed konkluderte Nemnda med at det ikke var uforholdsmessig inngripende å legge vekt på gode norskkunnskaper, når det er nødvendig for å fungere i arbeidet.

---

<sup>93</sup> Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) s. 207



Likestillings- og diskrimineringsombudet har i sak 15/644 behandlet spørsmål om det forelå diskriminering på grunn av språk da klager ikke fikk faste helgevakter og tildelte vakter når hun var tilkallingsvikar ved et avlastningshjem. Klageren hadde tidligere arbeidet for avlastningshjemmet i flere perioder mellom 2004-2008. I 2014 fikk klager en ny ansettelseskontrakt på ett år. Én måned senere mottok klager en e-post fra arbeidsgiver hvor det var uttalt «*Ang. jobb. Må dessverre si nei, da vi opplevde i intervju at det var mange spørsmål som du misforstod. Jeg synes dette var litt rart, for du har jo vært i Norge i mange år. Må bare spørre deg – men du behøver ikke svare – er du lite sammen med folk som snakker norsk?*»

Ombudet fant at klager ble diskriminert på grunn av språk. Det ble ikke uttalt om det var direkte eller indirekte diskriminering, men siden det ikke var stilt eksplisitte krav til språk i stillingsutlysningen vil det være tale om direkte diskriminering. Ombudet fant at diskrimineringen var saklig ved at arbeidet innebar stell og pleie av personer med nedsatt funksjonsevne, og beboerne hadde selv dårlig språk. Det ble derfor funnet at det var viktig med språkkunnskaper for å forstå brukerne og unngå misforståelser. Likestillings- og diskrimineringsombudet la her ikke vekt på at klager hadde fått arbeidskontrakt ved avlastningshjemmet med varighet på ett år. De nevner heller ikke at klageren hadde arbeidet i lengre tid ved avlastningshjemmet.

I sak 16/2016-1 behandlet nemnda en klagesak angående språk. Klager hadde nasjonal opprinnelse og utdanning fra Polen, og NOKUT hadde godkjent hennes utdanning som likeverdig norsk lærerutdanning. Klager mente at hun ble forskjellsbehandlet på grunn av språk etter at hun hadde søkt på jobb som grunnskolelærer i en kommune. Kommunen hadde ikke krevd norsk som et kvalifikasjonskrav, men henviste i klagesaken til opplæringsforskriften § 14-16 som krever norskkunnskaper for lærere med utdanning og praksis fra andre språk enn Norge. Når det gjaldt forholdsmessighetsvurderingen tilsluttet nemnda seg i hovedsak til ombudets vurdering av saken. Ombudet hadde funnet at forskjellbehandlingen i saken var inngripende, ved at kommunen ikke ville ansette arbeidssøkeren før hun hadde forbedret sin norskkompetanse. Ombudet kom likevel til at forskjellsbehandlingen ikke ble ansett som uforholdsmessig. Formålet med forskjellsbehandlingen var å sikre elever en tilstrekkelig kvalitet i opplæringen. Det ble videre uttalt at dersom skoler blir pålagt å ansette lærere uten tilstrekkelige språkkunnskaper, vil det få konsekvenser for kvaliteten og opplæringen. Av hensyn til skolebarna vil språkravene være skjerpet for denne type stillinger.

Uttalelsen i lærer-saken viser at enkelte type yrker vil ha særlige skjerpede krav til språk. Mange av disse yrkene vil ha lovbestemmelser om nødvendige kvalifikasjonskrav som må være oppfylt for å kunne utøve arbeidet. Lærere står her i et særlig tilfelle hvor språk vil spille inn, ved at de har ansvar for elevenes opplæring og kompetanseheving. Det kan tenkes at språkkrav til norsk ikke ville være avgjørende når undervisning og vurderingsform er på et annet språk, eksempelvis ved høyere utdanning. Ved grunnskole og videregående utdanning vil imidlertid språkfag som tysk og spansk gjerne undervises i en kombinasjon av norsk og fremmedspråket, samt at vurderingene gis på norsk.

Diskrimineringsnemnda vurderte det også som inngripende at søkeren på sjåførstilling ikke fikk nye vikariater i tidligere nevnte sak 26/2018. Det ble likevel lagt avgjørende vekt på at begrunnelsen for å kreve norskkunnskaper for sjåfører var godt begrunnet og kommunisert til de ansatte. Det ble også lagt vekt på at arbeidssøkeren fikk tilbud om norskopplæring, men fulgte ikke opp tilbudet på en tilfredsstillende måte. Nemnda la betydelig vekt på at arbeidssøkeren ikke ønsket eller evnet å benytte seg av opplæringen. I denne saken som gjaldt en type arbeid som i hovedsak ikke innebærer kommunikasjon, ble forskjellsbehandlingen funnet forholdsmessig ved at arbeidsgiver hadde forsøkt flere tiltak for å bedre norskkunnskapen. Denne saken viser også at nødvendighetsvurderingen vil på flere områder også gjelde for forholdsmessighetsvurderingen.

#### **3.4.4 Nemndas vurdering av norsk som avgjørende egenskap til å utøve arbeidet**

Hva gjelder kravet til at norskkravet må være «avgjørende» for å utøve arbeidet jf. ld. § 9 annet ledd, er ikke dette direkte vurdert nærmere av Diskrimineringsnemnda. Dette kommer av at inntakelsen i ld. § 9 om skjerpelsen av diskrimineringsvernet i arbeidsforhold er ny, og at diskrimineringsnemnda per nå ikke har avsagt noen saker som omhandler denne.

Anvendelsen for tilleggsvilkåret om at egenskapen må være avgjørende for å utøve arbeidet er i tillegg snevert. Det må gjelde saker som omhandler direkte diskriminering i arbeidsforholdet jf. ordlyden. Diskrimineringsnemnda har i flere saker uttalt at det vil være tale om direkte diskriminering dersom det er funnet grunn til å tro at arbeidsgiveren har lagt vekt på språk ved ansettelse for en stilling som ikke krevde språkkunnskaper i stillingsannonse.<sup>94</sup> Det vil si at tilleggsvilkåret ikke kommer til anvendelse i saker om indirekte diskriminering, altså i de

---

<sup>94</sup> Diskrimineringsnemnda sak 39/2018

saker hvor det er stilt krav til språkkunnskaper i stillingsannonser. I en sak hvor det ikke er krevd norskkunnskaper i stillingsutlysningen og det er funnet at diskrimineringen var lovlig etter bestemmelsens første ledd, vil det deretter måtte gjøres en vurdering på om norskkravet er avgjørende for å kunne utøve yrket.

Kompetanse Norge har som tidligere nevnt gjort undersøkelser på hvordan arbeidsgivere stiller seg til norskkompetanse og norskprøver for arbeidstakere. Kompetanse Norge ba arbeidsgiverne til å ta stilling til påstanden ”I min virksomhet er gode norskferdigheter helt avgjørende for å kunne gjøre en god jobb”.<sup>95</sup> Påstanden arbeidsgiverne skulle ta stilling til har mange likhetstrekk med formuleringen i ld. § 9 annet ledd. Her fremkommer det at omfanget av formelle språkkrav som stilles til innvandrere på arbeidsmarkedet har økt, spesielt innenfor offentlig sektor. I følge Kompetanse Norge er det på den ene siden viktig at innvandrere som har gjennomført norskkurs får reell uttelling for dette i arbeidsmarkedet. På den andre siden vil det være skadelig å sette urimelig høye norskkrav i forhold til arbeidsoppgavene, da slike språkkrav kan stenge kompetente arbeidssøkere ute fra arbeidslivet.<sup>96</sup> Her ble det vist til eksempelet hvor Buskerud fylkeskommune i 2017 foreslo å kreve norskferdigheter på B2 nivå for drosjesjåfører, men kravet ble nedjustert til nivå B1 etter innspill fra berørte parter.<sup>97</sup> Sett i sammenheng med ld. § 9 annet ledd kan bestemmelsen bidra til at det ikke settes urimelige høye krav til norsk språk når slik kompetanse ikke er påkrevd for å kunne utøve arbeidet.

Det kan forventes at det vil komme flere saker i tiden fremover hvor vilkåret vurderes i en klagesak. Vilkåret om at egenskapen må være avgjørende for utøvelsen av yrket vil kunne bidra til å skjerpe kravet til å stille eksempelvis norskkrav. Det kan også forventes at bestemmelsen vil få betydning til nivået av norskferdigheter som stilles, alt ettersom hvilket arbeid det er tale om.

---

<sup>95</sup> Rapport av Karoline Haugsvær for Kompetanse Norge ”Arbeidsgiveres kjennskap til og bruk av norskprøver for voksne innvandrere pkt. 1.2.4 s. 8

<sup>96</sup> Ibid. pkt. 1.2.4 s. 8

<sup>97</sup> <http://www.bfk.no/Nyheter/Hovedsiden/Nyheter-2017/Sprak-kunnskaper-for-drosjesjoforer-i-Buskerud--krav-og-kartlegging/>

### 3.4.5 Samlede funn

Det kan synes til at vurderingen for om arbeidsgiveren hadde saklig grunn, at det var nødvendig og forholdsmessig å legge vekt på norskkunnskaper kan sammenfalle på noen punkter. Det vil ikke alltid være like klart å skille de ulike vurderingene, og samme argumentasjon vil kunne komme til syne i vurderingen av alle de tre ulike vilkårene.

Ut fra praksisen vil det gjerne være grunnlag for saklig diskriminering på grunn av språk hvor det er tale om personsikkerhet. Videre vil det være enkelte yrker som har en særlig nær forbindelse med elever, brukere, pasienter og klienter som vil kreve en viss beherskelse av språk.

Når det gjelder kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig, viser praksis at det er mange tiltak som kan utprøves istedenfor å unngå ansettelse av en person som ikke kan norsk på det ønskelige nivået. Her vil kurs, oppfølging og utøvelse av selve jobben kunne gjøre at personen behersker språket på et tilfredsstillende nivå til å utføre jobben. Det bemerkes også at i saker som gjelder utvidelse av arbeidskontrakt eller fast arbeid vil nødvendighetsvurderingen ofte kunne baseres på den ansattes prestasjoner og tiltakene arbeidsgiversiden har gjort for å bedre norskkunnskaper.

Hva gjelder forholdsmessighetsvurderingen viser nemndas praksis at et hensynet til arbeid ofte vektlegges. Dette gjelder særlig i saker hvor arbeidssøkeren tidligere har vært arbeidstaker i virksomheten over tid, men ikke får fortsette arbeidsforholdet fordi arbeidsgiveren mener at norskkunnskapene ikke er tilstrekkelig. Likestillings- og diskrimineringsombudet vektla ikke hensynet til arbeid på samme måte som praksisen ved nemnda viser. Det som likevel vektlegges tyngst i diskrimineringsaker vil være hensynet til personsikkerhet og kommunikasjon i de stillingstypene som krever dette. Særlig vil hensyn til elever og pasienter tilsi at arbeidstakeren kan gi nødvendig opplæring og informasjon tale for at norskkrav er forholdsmessig. Det kan også sies at forholdsmessighetsvurderingen også vil preges av hvilken type arbeid klagesaken gjelder.

Hva gjelder kravet om at egenskapen må ha avgjørende betydning for utøvelsen av yrket etter ld. § 9 annet ledd, er det som nevnt ingen avgjørelser på området. Det er derfor vanskelig å si noe om hvilken betydning skjerpelsen vil ha, når det heller ikke finnes annen juridisk rettskilder annet enn forarbeidene. Fremtidige klagesaker vil vise om bestemmelsen vil begrense arbeidsgivers styringsrett til å kreve norskkunnskaper og norsknivå.

På generelt grunnlag kan det sies at nemnda vil være tilbakeholden i vurderingen for om arbeidssøkeren har tilstrekkelige norskkunnskaper for stillingen dersom slike krav er påkrevet. Nemnda vil gjerne legge arbeidsgiverens vurderinger til grunn for om norskkunnskapene er tilstrekkelig og saklig å kreve for den gitte stilling. Arbeidsgivere har i stor grad makt til å sette språkkrav og bestemme hvordan disse skal testes. Som tidligere nevnt i kap. 3.3 skal Fafo skal undersøke hvordan arbeidsgivere forstår språkkrav og språkprøver. Dette vil vise om det vil være behov for å iverksette tiltak for å hindre unødige krav til norsk samt opprette retningslinjer for arbeidsgivere til å vurdere språkkrav.

Mange av sakene som har blitt behandlet av nemnda omhandler direkte diskriminering, altså tilfeller hvor arbeidsgiveren ikke har satt norsk språk som kvalifikasjonskrav men vektlagt dette. Det anses noe underlig at arbeidsgiveren i ettertid argumenterer for at språkkunnskaper var avgjørende for utøvelsen av yrket, til tross for at språkkravet ikke var oppstilt i stillingsannonsen. Det vil være vanskelig for nemnda å overprøve disse sakene, da det er arbeidsgiver som både setter kvalifikasjonskrav for stillingen, vurderer om søkerne har god nok kompetanse og i ettertid kan argumentere hvorfor en eventuell forskjellsbehandling var lovlig.

## 4 ARBEIDSSØKERS ADGANG TIL OVERPRØVING

En arbeidssøker har en rekke rettigheter dersom vedkommende ikke ble tilsatt i stillingen. I dette kapittelet skal vi se nærmere på disse rettighetene og hvordan de skiller seg fra offentlig og privat sektor. Videre vil det ses nærmere på utfallet av en diskriminerings sak etter behandling ved diskrimineringsnemnda.

### 4.1 Innsyn ved forbigåelse

Dersom en arbeidssøker føler seg forbigått til en stilling på grunn av diskriminering som nevnt i § 6, kan arbeidssøkeren kreve opplysninger om den personen som ble ansatt via arbeidsgiveren jf. Id § 31 første setning. En arbeidssøker kan med hjemmel i Id. § 31 kreve at arbeidsgiveren opplyser skriftlig om den som ble ansatt, i form av «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner».

Regelen gir arbeidssøkere som anser seg som forbigått, en mulighet for å vurdere om det foreligger diskriminering i ansettelsesprosessen.<sup>98</sup> Arbeidssøkeren kan kreve opplysninger om faktiske forhold om den som ble ansatt, så som utdannelse, praksis og andre kvalifikasjoner. Søkeren kan imidlertid ikke kreve at arbeidsgiveren gir begrunnelse for valget eller sin vurdering av den ansattes personlige egenskaper jf. forarbeider.<sup>99</sup>

Vilkåret for å påberope seg hjemmelen, er at arbeidssøkeren føler seg forbigått i strid med reglene i Id. § 6. Det vil derfor bety at dersom arbeidssøkeren krever opplysninger om den ansatte som ble tilsatt, så skal arbeidsgiveren etterkomme denne forespørselen skriftlig.

Arbeidssøkeren vil for det første ha rett til innsyn i den ansattes utdanning og praksis. Med utdanning forstås dette som at arbeidssøkeren har rett til innsyn i alt fra videregående skole, høyere utdanning, fagskoler og enkeltemner.

Videre vil arbeidssøkeren ha rett til innsyn i klart konstaterbare kvalifikasjoner. Uttrykket «klart konstaterbare kvalifikasjoner» er endret fra «formelle kvalifikasjoner» i den forrige diskrimineringsloven om etnisitet av 2013 § 18. Det følger av forarbeidene at endringen kun

---

<sup>98</sup> Prop 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 332

<sup>99</sup> Ibid. kap. 30 s. 332

er av språklig art<sup>100</sup>, og vil dermed kunne anses som en presisering av ordlyden. En naturlig språklig forståelse av uttrykket «klart konstaterbare kvalifikasjoner» må forstås som kunnskaper den utvalgte kandidaten har tilegnet seg. Dette kan eksempelvis forstås å være kurs eller sertifikater, som faller utenfor kategoriene utdanning og praksis. Det er ikke nærmere forklart i forarbeidene hva som ligger i begrepet klart konstaterbare kvalifikasjoner.

Bestemmelsen kan påberopes av arbeidssøkere både i privat og offentlig sektor, i tillegg vil den også kunne påberopes både ved stillinger som er utlyst og interne ansettelses jf. forarbeidene.<sup>101</sup> Det følger imidlertid av forarbeidene at bestemmelsen ikke gjelder interne forfremmelser eller opprykk.<sup>102</sup> Dette kommer av at det ikke vil foreligge en ansettelsessak i slike situasjoner, men en endring i allerede etablerte arbeidsforhold. Bakgrunnen for bestemmelsen er at personer som føler seg diskriminert i ansettelsesprosessen skal ha en reell mulighet til å undersøke om de har blitt diskriminert.<sup>103</sup>

Det er ingen sanksjoner for arbeidsgiveren dersom arbeidsgiver ikke etterkommer arbeidssøkerens krav om opplysninger av den tilsatte. I de tidligere forarbeidene er det uttalt at det heller ikke er oppført sanksjoner for manglende skriftlig tilbakemelding etter den tilsvarende bestemmelsen i aml. § 13-7, dermed fant ikke departementet det nødvendig å innføre sanksjoner i diskrimineringslovgivninger heller.<sup>104</sup> Det bemerkes likevel at en manglende etterfølgelse av arbeidssøkerens krav om innsyn ikke vil tale i positiv favør for arbeidsgiver i en eventuell diskriminerings sak.<sup>105</sup> Det kan derfor tenkes at en arbeidsgiver som ikke har diskriminert i ansettelsessaken vil ønske å legge frem en begrunnelse som viser at de har utvalgt en kandidat på bakgrunn av korrekte betraktninger. Videre vil det for mange arbeidsgivere være ønskelig å ikke bli anklaget for å ha diskriminert, slik at de fleste arbeidsgivere mest sannsynligvis vil etterkomme en arbeidssøkers forespørsel om innsyn.

---

<sup>100</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 332

<sup>101</sup> Ibid. kap. 30 s. 332

<sup>102</sup> Ibid. kap. 30 s. 332

<sup>103</sup> Ibid. kap. 30 s. 332

<sup>104</sup> Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 11.9.5 s. 133

<sup>105</sup> Ibid. kap. 11.9.5 s. 133

En arbeidssøker har imidlertid ikke rett til innsyn i sine egne vurderinger som arbeidsgiver har gjort under ansettelsesprosessen. En rett til å se sine egne vurderinger ville gi arbeidssøkeren mulighet til å vurdere om det foreligger en mulig forskjellsbehandling. Trolig kunne dette ha gitt bedre innsikt for om det foreligger diskriminering enn hva retten til å få opplysninger i de formelle kvalifikasjonene til den som fikk tilbud om stillingen gir. Videre ville en rett til innsyn i arbeidsgiverens begrunnelser og notater kunne skjerpe arbeidsgiversiden på objektive begrunnelser og skriftliggjøring av ansettelsesprosessen. På den måten ville også arbeidsgivere kunne ha unngått grunnløse søksmål.

## **4.2 Overprøvelse ved Diskrimineringsnemnda**

### **4.2.1 Diskrimineringsnemndas samfunnsoppgave og begrensninger**

Organiseringen av håndhevingen av diskriminerings saker ble endret ved ny diskrimineringsombudslov av 2017. Tidligere var det ikke et klart skille på diskrimineringsnemnda og diskrimineringsombudets oppgaver. Et av formålene ved lovendringen var å klargjøre dette skillet for å fjerne dobbeltrollene og skape mer tillit til håndhevingen.<sup>106</sup> Videre vil skillet mellom nemnda og ombudet forkorte saksbehandlingstiden.<sup>107</sup>

Det følger nå av diskrimineringsombudsloven § 7 at nemndas oppgave er å håndheve bestemmelsene som nevnt i lovens § 1 annet ledd. I lovens § 1 annet ledd fremkommer det av bokstav a og b at nemnda skal håndheve likestillings- og diskrimineringsloven, samt arbeidsmiljølovens kap. 13 med unntak av aml. § 13-1 (1) som omhandler politisk syn, organisasjonsmedlemskap og alder.

Det er videre opplistet flere unntak for nemndas håndhevingsområde i § 7 bokstav a til h og annet ledd. Områder som Diskrimineringsnemnda ikke har håndhevingskompetanse over som kan være aktuelt i en ansettelsessak er offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling og arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling etter § 7 bokstav c og e.

---

<sup>106</sup> Prop 80 L (2016-2017) kap. 1 s. 7

<sup>107</sup> Ibid. kap. 1 s. 7



Det er ikke forklart nærmere i lovens forarbeider om bakgrunnen for disse unntakene. En naturlig forklaring til unntakene er at diskrimineringsombudet ligger nærmere til å gjennomføre kontroll av offentlige myndigheters og arbeidsgivers likestillingsplikter. Det følger nemlig av diskrimineringsombudsloven § 5 første og annet ledd at ombudet skal fremme reell likestilling og hindre diskriminering på alle samfunnsområder samt gi veiledning til enhver. Det er nærmere forklart i forarbeidene at ombudet skal ha en pådriverrolle, altså at de skal følge utviklingen i samfunnet, avdekke og påpeke forhold som motvirker likestilling og likebehandling.<sup>108</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet kan særlig påvirke offentlige myndigheters arbeid gjennom hørings saker og innspill til utvikling av regelverk. Videre vil ombudet kunne påvirke arbeidsgiverne gjennom veiledning og lignende. Dermed er det naturlig at nemnda er unntatt håndhevelsen av disse områdene, da det ville ha blandet rollene til ombudet og nemnda.

Diskrimineringsnemnda skal behandle saker som gjelder diskriminering jf. diskrimineringsombudsloven § 8. Det følger videre av § 11 at nemnda kan treffe vedtak dersom det foreligger brudd på nemndas ansvarsområder etter § 1 annet ledd, da blant annet diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven.

Diskrimineringsnemnda sin samfunnsoppgave er å avgjøre klagesaker om både diskriminering og trakassering. At det er opprettet en egen forvaltningsinstans for å undersøke om diskriminering har skjedd og om det var ulovlig forskjellsbehandling vil kunne påvirke befolkningens holdninger til hvordan man behandler hverandre, samt at det vil ha en enorm egenverdi for den personen som har blitt utsatt for diskriminering. For en enkeltperson vil det å kunne bli hørt i en slik type sak ha personlig betydning ved at diskriminering gjerne kan føles som et urimelig angrep på selve personen.

#### **4.2.2 Bevisbyrde**

I norsk rett er utgangspunktet i sivilrettslige saker at den som saksøker har bevisbyrden. Domstolen eller forvaltningen skal så legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig, som

---

<sup>108</sup> Prop. 80 L (2016-2017) kap 12 s. 102

vil tilsvare omtrent 50 prosent sannsynlig eller mer.<sup>109</sup> I diskrimineringsaker er det derimot delt bevisbyrde.

Det heter i ld. § 37 at ”*Diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd.*”

Delt bevisbyrde innebærer at tvilsrisikoen, eller bevisbyrden, går lettere over på saksøkte.<sup>110</sup> Den som anser seg diskriminert, må legge frem holdepunkter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd. Uttrykket ”grunn til å tro” vil etter en naturlig språklig forståelse tilsi at det foreligger støttepunkter for at vedkommende ble diskriminert i den gitte situasjonen. Vedkommende som føler seg diskriminert må fremlegge holdepunkter eller indikasjoner på at diskriminering har skjedd, og det kreves derfor mer enn en påstand om å ha blitt diskriminert jf. forarbeider.<sup>111</sup> I forarbeidene til tidligere diskrimineringslov er det uttalt at det vil måtte foretas en konkret vurdering for om det finnes «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd. Påstanden fra innklager må vurderes opp mot hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Videre stilles det ikke krav til at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden i tilstrekkelig grad.<sup>112</sup> Det er vanskelig å anslå en prosentandel av sannsynlighet for at det skal foreligge grunn til å tro at diskriminering har skjedd, men det vil kunne legges til grunn at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt på over 50 % som ved andre sivile saker.

Bevisbyrden går over til den saksøkte når forvaltningen eller domstolen har funnet at det foreligger grunn til å tro at diskriminering har skjedd. Den saksøkte vil da måtte sannsynliggjøre at handlingen eller unnlåtelsen ikke er i strid med diskrimineringsvernet. Det at den ansvarlige må «sannsynliggjøre» at diskriminering ikke har skjedd, vil etter en naturlig språklig forståelse tilsi at den saksøkte eller innklagede må bevise at diskriminering ikke har skjedd etter vanlige bevisregler, altså med sannsynlighetsovervekt på 50 prosent eller mer. En

---

<sup>109</sup> Prop 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.1 s. 293

<sup>110</sup> Ibid. kap. 28.4.2.1 s. 293

<sup>111</sup> Ibid. kap. 30 s. 336

<sup>112</sup> Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 11.8.1 s. 130

slik forståelse støttes også av forarbeidene.<sup>113</sup> Høyesterett har også forklart i den såkalte Admiraldommen at beviskravet er det samme som ellers for den som antas å ha diskriminert, altså alminnelig bevisovervekt. Videre fastslår Høyesterett i samme sak at vurderingen er rene faktiske spørsmål som må avgjøres etter en alminnelig bevisbedømmelse hvor domstolen har full kompetanse.<sup>114</sup> I Rt. 2012 s. 424 uttalte Høyesterett at det vil ha liten selvstendig bevisverdi at en arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering. Videre ble det uttalt at sammen med begivenhetsnære bevis og slutninger av objektive forhold, vil forklaringer fra de som deltok i ansettelsesprosessen ha bevismessig interesse.<sup>115</sup> Dette må forstås som at domstolen ikke automatisk vil legge til grunn en lovnad fra arbeidsgiver at diskriminering ikke skjedde, men at en arbeidsgivers forklaring vil kunne vektlegges i vurderingen.

Diskrimineringsnemnda foretar en totalvurdering av den fremlagte dokumentasjonen og partenes forklaringer. Nemnda har gjerne krevd etterprøvable og tidsnær dokumentasjon, altså at dokumentasjonen ikke skal ha vært utarbeidet i ettertid av handlingen eller unnlåtelsen.<sup>116</sup>

Det kan dermed forstås slik at den saksøkte eller innklagede part har større krav for å bevise at diskriminering ikke har skjedd når innklager eller saksøker har godtgjort at det finnes grunn til å tro at diskriminering har skjedd. Samtidig har vi også sett ovenfor at den innklagede part også kan påstå at diskrimineringen var lovlig jf. ld. § 9. Den innklagede part vil da kunne vinne frem en sak dersom domstolen eller nemnda finner at det var saklig, nødvendig og forholdsmessig forskjellsbehandling jf. bestemmelsens første ledd.

Reglene om delt bevisbyrde i diskrimineringssaker stammer fra EF-domstolens praksis. Domstolen erfarte at det var svært vanskelig for en part å vinne fram med sin påstand utfra vanlige bevisregler.<sup>117</sup> For diskriminering på grunnlag av etnisitet, er delt bevisbyrde kodifisert i EUs rasediskrimineringsdirektiv artikkel 8.

Bakgrunnen for reglene om delt bevisbyrde er at det gjerne vil være vanskelig å bevise at en handling eller unnlåtelse er diskriminerende. Delt bevisbyrde er begrunnet i at det skal være

---

<sup>113</sup> Prop 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.3 s. 294

<sup>114</sup> Rt. 2014 s. 402 avsnitt 65-67

<sup>115</sup> Rt. 2012 s. 424 avsnitt 40

<sup>116</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 28.4.2.3

<sup>117</sup> NOU 2009:14 kap. 20.3 s. 272

reelle muligheter for å vinne frem med en påstand om ulovlig diskriminering jf. forarbeider.<sup>118</sup>

I diskrimineringssaker er ofte styrkeforholdet forskjellig mellom partene, særlig gjelder dette for diskrimineringssaker i arbeidslivet. I en ansettelsesprosess vil en arbeidsgiver ha en betydelig større makt i forhold til en arbeidssøker, dette belyser viktigheten av delt bevisbyrde. For ansettelsessaker er det også nærliggende at arbeidsgiver har dokumentert ansettelsesprosessen, slik som notater fra eventuelle intervjuer, oppbevaring av søkerens kvalifikasjoner og lignende. Det må dermed anses nærliggende at en arbeidsgiver kan fremlegge sine notater og vurdering av arbeidssøkerens kvalifikasjoner ved en eventuell diskrimineringssak. Om arbeidsgiveren ikke kan fremlegge beviser på dette, kan det tale for at arbeidsgiveren ikke har gjort en grundig nok prosess i ansettelsen.

#### **4.2.3 Overprøvelse ved ansettelsessaker i privat- og offentlig sektor**

I den nå opphevede diskrimineringsombudsloven av 2005<sup>119</sup> § 9 fulgte det at nemnda ikke kunne oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. Av daværende forarbeider var det nærmere forklart at avgrensningen mot overprøvelse av vedtak truffet av forvaltningsorganer innebar at ansettelse, oppsigelse og andre arbeidsrettslige enkeltvedtak ikke kunne overprøves av nemnda. Diskrimineringsnemnda kunne likevel uttale seg om vedtak som måtte være i strid med de lover og bestemmelser som nemnda førte tilsyn med.<sup>120</sup>

Det er bestemt i den nye diskrimineringsombudsloven § 14 første ledd første setning at diskrimineringsnemnda ikke kan treffe vedtak om at andre forvaltningsorganers vedtak innebærer brudd på diskrimineringsbestemmelser som nevnt i § 1 annet ledd. Som utgangspunkt skal Diskrimineringsnemnda dermed ikke fatte vedtak over saker hvor andre forvaltningsorgan har fattet vedtak. Begrensningen i klagesaker som angår forvaltningsorgan gjelder dermed kun i de saker forvaltningsorganet har fattet et vedtak jf. fvl. § 2 første ledd bokstav a. Et vedtak defineres her som en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til

---

<sup>118</sup> NOU 2009:14 kap. 20.4.2 s. 273

<sup>119</sup> Lov om Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005 nr. 40 (opphevet)

<sup>120</sup> Ot. Prp. nr. 34 (2004-2005) kap. 13.1 til Diskrimineringsombudsloven av 2005 § 9

private personer. Diskrimineringsnemnda kan dermed fatte vedtak i sak som angår et forvaltningsorgan som ikke har fattet et enkeltvedtak, men eksempelvis administrative avgjørelser. Der et forvaltningsorgan har fattet et vedtak, vil Diskrimineringsnemnda fremdeles kun avgi en uttalelse for om det forelå diskriminering og om forskjellsbehandlingen var lovlig jf. forarbeider.<sup>121</sup> Uttalelsene vil ikke ha rettslig bindende virkning for forvaltningsorganene.

I diskrimineringsombudsloven § 14 første ledd annen setning er det likevel bestemt at diskrimineringsnemnda har vedtaksmyndighet over forvaltningsorganer i deres utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. Diskrimineringsnemnda vil dermed kunne fatte vedtak i saker som omhandler eksempelvis diskriminering ved ansettelse, oppsigelse, forflytting og andre enkeltvedtak som gjelder arbeidsforhold. Det følger av forarbeidene at årsaken til endringen er at nemnda skal kunne ilegge oppreisning i diskrimineringsaker innenfor arbeidslivet, dermed må nemnda også ha myndighet til å fatte vedtak overfor den som skal pålegges å betale oppreisning.<sup>122</sup> Denne nye endringen ble også bestemt for at offentlige og private arbeidsgivere bør behandles så likt som mulig.<sup>123</sup> Nå vil både arbeidsgivere i offentlig og privat sektor kunne overprøves i saker om mulig diskriminering med bindende vedtak.

Det at diskrimineringsnemnda kan fatte vedtak i ansettelsessaker hvor forvaltningen opptrer som arbeidsgiver er en viktig endring for å fremme likestilling og hindre diskriminering. På samme måte som arbeidsgivere i privat sektor påtvinges til å gjøre en utførlig ansettelsesprosess, vil det stilles samme krav til forvaltningen. Selv om ansettelse til offentlig sektor har lovmessige krav til å ansette den best kvalifiserte, utelukker ikke dette mulig diskriminering i ansettelsesprosessen.

Det heter i ld. § 24 at offentlige myndigheter skal i all sin virksomhet arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering som nevnt i ld. § 6. De offentlige myndigheter bør kunne stille som et forbilde på hvordan mennesker i nasjonen skal behandles på en rettmessig måte. Offentlige myndigheter bør da også kunne stilles til ansvar dersom det foreligger diskriminering. Kun på denne måten vil det avdekkes og hindre diskriminering i eksempelvis tildeling av offentlige hjelpemidler, søknad til utdanning eller

---

<sup>121</sup> Prop. 80 L (2016-2017) kap. 8.3.1 s. 67-68

<sup>122</sup> Ibid. kap. 12 s. 107

<sup>123</sup> Ibid. kap. 8.3.1 s. 67-68

lignende. Det er et godt steg på vei at offentlige myndigheter kan klages inn til Diskrimineringsnemnda, men det vil ikke kunne bli et fullkommet vern uten overprøving på alle samfunnsområdene de offentlige myndigheter har ansvar for.

#### **4.2.4 Rettigheter ved medhold i Diskrimineringsnemnda og sammenligning med fortrinnsretten**

En person som har blitt diskriminert vil kunne ha rett på erstatning og oppreisning for manglende tilsettelse. Det følger av ld. § 38 at den som er blitt behandlet i strid med forbudet mot å diskriminere kan kreve oppreisning og erstatning.

Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at det ved arbeidsforhold og ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere, gjelder arbeidsgivers ansvar uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides. Dette betyr at arbeidsgiver ilegges et objektivt erstatningsansvar jf. forarbeider.<sup>124</sup>

Det er videre bestemt at Diskrimineringsnemnda kan treffe vedtak om oppreisning i arbeidsforhold og enstemmig treffe vedtak om erstatning dersom innklagede ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser. jf. diskrimineringsombudsloven § 12 første og annet ledd.

Oppreisning for ikke økonomisk skade skal fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig jf. ld. § 38 tredje ledd siste punktum. Beløpet på en eventuell oppreisning må etter lovens ordlyd utmåles individuelt etter sakens omstendigheter. Det følger av forarbeidene at utmålingen skal skje etter en rimelighetsvurdering og en bred helhetsvurdering jf. uttrykket «omstendighetene for øvrig».<sup>125</sup> Herunder skal det vektlegges utvist skyld, styrkeforholdet mellom partene og den diskriminerende partens økonomi.<sup>126</sup> Her er det også uttalt at oppreisning ikke er begrenset til særlige grove eller gjentatte tilfeller, samt at oppreisning kan ilegges skadevolder, herunder både private personer eller juridiske personer som har handlet i strid med diskrimineringsforbudet.<sup>127</sup> I forarbeidene er det antatt at oppreisningsbeløp vil ligge på et

---

<sup>124</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 s. 337

<sup>125</sup> Ibid. kap. 30 s. 337

<sup>126</sup> Ibid. kap. 30 s. 337

<sup>127</sup> Ibid. kap. 30 s. 337

sted mellom 20 000 – 80 000 kroner, med mulighet for å gå høyere i særlig graverende tilfeller.<sup>128</sup>

Når det gjelder erstatningens størrelse, heter det i ld. § 38 tredje ledd første punktum at erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen. I arbeidsforhold kan de faktiske tapene gjerne bli noe høye, ved at det kan være tale om tapt inntekt over en lengre periode. Det fremkommer likevel av forarbeidene at erstatningsbeløpene i disse sakene i hovedsak vil dreie seg om beskjedne beløp, og at nemndas vedtaksmyndighet begrenses til beløp som ligger under 10 000 kr.<sup>129</sup>

Ved at nemndas vedtaksmyndighet over erstatning er ny, er det lite nemndspraksis på området. Nemnda har imidlertid vurdert erstatningskrav i to saker innen arbeidslivet, som begge gjaldt diskriminering på grunn av etnisitet ved lønnsfastsettelse i sak 19/16 og 19/43. Den ene klageren hadde krevd erstatning pålydende 280 000 kr og den andre klageren hadde krevd 600 000 kr for lønnsdifferanse sammenlignet med en norsk kollega. I begge sakene kom diskrimineringsnemnda til at det forelå ulovlig diskriminering. Når det gjaldt kravet om erstatning uttalte nemnda i begge sakene at de ikke tok stilling til erstatningskravet. Det ble her lagt vekt på motpartens innsigelser samt at det ble vektlagt erstatningskravets størrelse. Nemnda uttalte at beløpene lå på et helt annet nivå enn de erstatningsbeløpene lovgiveren har sett for seg skal fastsettes av nemnda. Selv om det både var funnet at det forelå ulovlig diskriminering og det var dokumenterte lønnsforskjeller, vant ikke klagerne fram med sitt krav på grunn av at beløpet var for stort.

Det at nemndas myndighet til å vedta erstatningsutmåling på omtrent 10 000 kroner kan svekke realiteten og omdømmet av sanksjonene. Spesielt i arbeidsfeltet vil det gjerne være tale om større reelle erstatningssummer, slik sakene om lønnsforskjeller viste. Selv om den innklagede mottar et vedtak på at vedkommende har diskriminert en annen, vil den innklagede part på mange måter ikke måtte rette opp skaden som har skjedd. En person som har blitt diskriminert i ansettelsesprosessen og blitt forbigått til en stilling vil både kunne tape lønnsutbetaling, ansiennitet, erfaring, kompetanse og kontakter. Det kan også tenkes at nemndas overprøvelsesmyndighet mister sin tillit til å reparere skaden for de som utsettes for ulovlig diskriminering.

---

<sup>128</sup> Prop. 80 L (2016-2017) kap. 12 s. 106

<sup>129</sup> Ibid. kap. 12 s. 106

Rettighetene til en person som har blitt diskriminert og forbigått i ansettelsesprosessen skiller seg fra rettighetene til en person med fortrinnsrett som har blitt forbigått ved ansettelse. Kort forklart er fortrinnsrett en rett til ny ansettelse i samme virksomhet dersom arbeidstakeren er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold og personen er kvalifisert for stillingen jf. aml. § 14-2 første ledd. Fortrinnsrett for deltidsansatte krever i tillegg at fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten jf. § 14-3 annet ledd. Formålet med fortrinnsrettsbestemmelsen er å motvirke at virksomheten benytter seg av kortvarige driftsinnskrenkninger for å kvitte seg med arbeidstakere som det ellers ikke er saklig grunn til å si opp jf. forarbeider.<sup>130</sup>

Konsekvensene av forbigåelse av en person med fortrinnsrett fremkommer av aml. § 14-4. Av bestemmelsens første ledd heter det at dersom retten kommer til at en fortrinnsberettiget skulle vært ansatt i en bestemt stilling, skal retten etter påstand fra den fortrinnsberettigede avsi dom for ansettelse i stillingen, med mindre dette finnes urimelig. Personen vil også ha rett til å kreve erstatning jf. aml. § 14-4 annet ledd.

En person som har blitt forbigått med fortrinnsrett, vil dermed ha rett til å inntre i den ledige arbeidsstillingen etter dom for tilsetning. Bestemmelsen har også en sikkerhetsventil, ved at domstolen kan komme til at ansettelse ikke skal skje av den fortrinnsberettigede, dersom det finnes urimelig. Det er videre uttalt i forarbeider at arbeidsgiver på selvstendig grunnlag må vurdere om det er saklig grunn til å si opp personen som forbigikk vedkommende med fortrinnsrett.<sup>131</sup>

I de tidligere forarbeidene om endringer i arbeidsmiljøloven fra 1993-1994 ble retten for personer med fortrinnsrett til å inntre stillingen diskutert. Departementet støttet her utvalgets mindretall om å innføre en rettighet for den forbigåtte arbeidstakeren med fortrinnsrett om å kreve dom for ansettelse.<sup>132</sup> Begrunnelsen for dette var at fortrinnsretten ville bli en mer reell rettighet. Videre ble det uttalt at retten til erstatning ikke kan erstatte tryggheten som fast arbeid gir.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.1.1 s. 222

<sup>131</sup> Ot. prp. nr. 50 (1994-1994) kap. 13.4 s. 204

<sup>132</sup> Ibid. kap. 13.4 s. 204

<sup>133</sup> Ibid. kap. 13.2.4 s. 201



I diskrimineringsaker er det ikke innført en rett til å inntre stillingen dersom en har blitt forbigått på grunn av diskriminering. På samme måte som erstatning ikke ble ansett som en tilstrekkelig løsning for fortrinnsberettigede kan det tenkes at erstatningen ikke vil dekke det tapet som en diskrimineringsaker vil påføre en person. En diskriminert person vil på samme måte som en person med fortrinnsrett gjerne ønske tryggheten en arbeidsplass kan gi.

En sak som viser at konsekvensene etter en diskrimineringsaker ikke vil medføre endringer for den diskriminerte parten er sak 35/2015 som gjaldt manglende innkallelse til intervju som fagarbeider i glassfaget. Søkeren hadde fagbrev som glassmester og 20 års erfaring fra glassfaget. Da søkeren ikke ble innkalt til intervju mente han at det var på grunn av hans etnisitet og alder. Hverken arbeidssøkeren eller nemnda fikk svar på sine henvendelser, arbeidsgiveren forsømte dermed sine plikter til å opplyse skriftlig om hvem som ble ansatt etter nåværende Id. § 31. Nemnda fant at det forelå grunn til å tro at diskriminering hadde skjedd, dermed skulle arbeidsgiveren legge frem bevis på at diskriminering ikke hadde skjedd etter Id. § 37, eventuelt at diskrimineringen var lovlig jf. Id. § 9. Dermed ble det funnet at arbeidssøkeren ble diskriminert, men arbeidsgiveren vil gå videre uten konsekvenser selv om vedkommende ikke opprettholdt sine plikter.

Når saken er avgjort av diskrimineringsnemnda kan partene vurdere videre søksmål om de ikke var tilfreds med resultatet i diskrimineringsnemnda. Det følger av diskrimineringsombudsloven § 12 at nemndas vedtak og beslutning om ileggelse av tvangsmulkt kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken. En ren ordlydsfortolkning tilsier at ethvert vedtak gjort av diskrimineringsnemnda kan overprøves fullt av domstolen. Det er imidlertid fastslått av Høyesterett at vedtak fra diskrimineringsnemnda som konkluderer med at det ikke er begått brudd på diskrimineringslovgivningen, ikke kan bringes inn for domstolene etter diskrimineringsombudsloven § 12.<sup>134</sup> Det presiseres også at dersom nemnda har kommet til at det ikke foreligger brudd, er ikke dette til hinder for at arbeidstakeren reiser søksmål ved domstolen mot arbeidsgiveren med påstand om at vedkommende er blitt diskriminert. Begrunnelsen for dette er at arbeidsgiveren må saksøkes for å bli bundet av dommen.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Rt. 2015 s. 1313 avs. 26

<sup>135</sup> Ibid. avs. 24

## 5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Det er vanskelig å sette noen absolutte grenser for når det kan kreves norskkunnskaper og hvilket nivå norskkunnskapen skal ligge på. Arbeidsgiverens styringsrett står sterkt i ansettelsessaker, men vil begrenses av forbudet mot diskriminering. Likevel er det arbeidsgiveren som vil beslutte hvilke kvalifikasjonskrav som skal settes for den utlyste stillingen samt vurdere om arbeidssøkeren oppfyller de ønskede kvalifikasjonene. Det skal mye til for at domstolen og nemnda kan si at kvalifikasjonskravene ikke er korrekte, samt at det vil være problematisk for overprøvelsesinstitusjonene å ta en vurdering på hvilken av kandidatene som er best kvalifisert for en stilling. Det er også funnet at arbeidsgiveren i ettertid av en ansettelsesprosess kan argumentere for at det var lovlig å vektlegge norskkunnskaper, selv om det ikke var stilt krav til norskkunnskaper i stillingsutlysningen. Dette vil i så tilfelle behandles som en sak om direkte diskriminering.

En ting som kan være sikkert, er at det ikke bør anses lovlig å stille krav til norsk på morsmålsnivå eller tilsvarende for ansettelse for enhver stilling. Dette kommer av at både mennesker som har innvandret eller flyktet fra andre land vil automatisk være utelukket for stillingen, samtidig som det også vil ramme personer som er andregenerasjons innvandrere.

Retten til innsyn i formelle kvalifikasjoner til den som ble ansatt i ld. § 31 viser også at denne retten har mangler. Denne retten gir kun innsyn i hvilke kvalifikasjoner den som ble ansatt har, ikke hva som begrunnet ansettelsen. Videre ville vernet også ha blitt styrket for arbeidssøkeren dersom det var rett til å få en begrunnelse til hvorfor arbeidssøkeren ikke ble ansatt. En slik rett ville ha skjerpet arbeidsgiveren til å dokumentere ansettelsesprosessen samt legge vekt på objektive og ikke-diskriminerende synspunkter om arbeidssøkeren. Det kan tenkes at en rett til begrunnelse for manglende ansettelse ville ha virket preventivt på mulig negativ forskjellsbehandling.

Det er også kommet frem at retten til overprøvelse også har sine utfordringer. En arbeidssøker som har blitt forbigått og som egentlig skulle ha blitt ansatt vil ikke få jobben som vedkommende var best kvalifisert for. Arbeidssøkeren vil dermed både miste inntekt og ansiennitet, noe som ikke blir rettet opp ved selv om personen vinner frem i sin sak. Personen vil kun ha rett på erstatning og oppreisning, samt et vedtak på at vedkommende har blitt diskriminert.

Det er også funnet at erstatningsutbetalingen er svært begrenset i Diskrimineringsnemnda. Mulige konsekvenser av dette vil være at nemnda ikke i full grad kan rette opp skaden den diskriminerte personer har opplevd. Det må også forstås at mange ikke innklager en potensiell arbeidsgiver i frykt for å brenne broen for fremtidige arbeidsmuligheter. Siden utfallet av en diskriminerings sak gjerne kun vil ende med et vedtak om at vedkommende er blitt diskriminert uten realitetsendring, vil dette også kunne medføre at mange ikke velger å ta kampen mot diskriminerende arbeidsgivere. Personene vil likevel stå uten arbeidet og de økonomiske tapene.

Det at det skal innhentes mer forskning på arbeidsgivers holdning til norskkunnskaper og norskkrav tilsier at det mangler oversikt over rekkevidden av mulig diskriminering ved krav til norskkunnskaper for ansettelse. Fremtidig forskning og flere avgjørelser etter ny lovgivning vil vise om diskrimineringsvernet styrkes.

## 6 REFERANSELISTE

### Norske lover

- Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814
- Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda av 16. juni 2017 nr. 50
- Lov om likestilling og forbud mot diskriminering av 16. juni 2017 nr. 51
- Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn av 21. juni 2013 nr. 60 (opphevet)
- Lov om målbruk i offentlig teneste av 11. april 1980 nr. 5
- Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005 nr. 40 (opphevet)
- Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45 (opphevet)
- Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62

### Forskrift

- Forskrift til forvaltningsloven av 15. desember 2006 nr. 1456

### Internasjonale rettskilder

- Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950
- Direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse
- FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 21. desember 1965

### Lovforarbeid

- Prop. 81 L (2016-2017) til lov om likestilling og forbud mot diskriminering
- Prop 80 L (2016-2017) til lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda
- NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern - Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK
- Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) til lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
- Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) 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. 49 (2004-2005) til lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
- Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeiderværn og arbeidsmiljø mv.

## Domstolspraksis

- Rt. 2015 s. 1313
- Rt. 2014 s. 402
- Rt. 2012 s. 424
- Rt. 2011 s. 841
- Rt. 2001 s. 418

## Praksis fra Diskrimineringsnemnda og Diskrimineringsombudet

- Diskrimineringsnemndas sak 19/16 DIN-2019-16
- Diskrimineringsnemndas sak 19/43 DIN-2019-43
- Diskrimineringsnemndas sak 39/2018 DIN-2018-39
- Diskrimineringsnemndas sak 139/2018 DIN-2018-139
- Diskrimineringsnemndas sak 26/2018 tilgjengelig på Diskrimineringsnemndas sider <https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/1912/26-2018-anonymisert-uttalelse.pdf>
- Diskrimineringsnemndas sak 16/2016-1 LDN-2016-16-1
- Diskrimineringsnemndas sak 63/2016 LDN-2016-63
- Diskrimineringsnemndas sak 35/2015 LDN-2015-35
- Diskrimineringsnemndas sak 35/2012 LDN-2012-35
- Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 15/644 tilgjengelig på LDO sine sider <https://www.ldo.no/arkiv/klagesaker/klagesaker-2016/etnisitet/15644-forskjellsbehandling-pa-grunn-av-sprak-var-lovlig/>

## EU-domstolen og internasjonale avgjørelser

- CERD/C/NOR/19-20 (2011)

## Avtaleverk

- Hovedtariffavtalen 1.5.2018-30.4.2020 mellom KS og LO kommune, Unio, YS-K og Akademikerne

## Litteratur

- Torstein Eckhoff (1980) *Rettskildelære*, 3. Opplag, Norli
- Anne Hellum (2017) *Ketsch me if you can*, Karnov Group Denmark kap.
- Jens Edvin A. Skoghøy (2018) *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget
- Arnfinn H. Midtbøen "Etnisk diskriminering i arbeidslivet", Tidsskrift for samfunnsforskning 01/2015 (Volum 56), sist lest 23.01.20  
<https://www.idunn.no/tfs/2015/01/etnisk-diskriminering-i-arbeidsmarkedet>
- Jon Rogstad «Diskriminering og ulikhet – forklaring og metode» Sosiologisk tidsskrift 01/2002 (Volum10) <https://www.idunn.no/st/2002/01/diskriminering-og-ulikhet--forklaring-og-metode>

## Nettsider og artikler

- Artikkel «Dimitri byttet navn til Victor, fikk intervjuer men ingen jobb», publisert 29.10.19 i NRK, sist lest 23.01.20 <https://www.nrk.no/hordaland/dimitri-byttet-navn-til-victor--fikk-intervjuer-men-ingen-jobb-1.14758901?fbclid=IwAR3GJz30QjFny-nH3cFcsyAP11k70bpajzCIZ-DS3rBjX0egjeaXkaSilUU>
- Artikkel «Anonyme jobbsøknader er ikke nok», publisert 01.05.19 i Bergens Tidende, sist lest 23.01.20 <https://www.bt.no/btmener/debatt/i/rAMeAw/anonyme-jobbsoeknader-er-ikke-nok>
- Pressemelding fra Barne- og familiedepartementet, publisert 20.10.15, sist lest 23.01.20 <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/samler-likestillings--og-diskrimineringslovene/id2458451/>
- Diskrimineringsnemndas hjemmeside, sist lest 23.01.20 <https://www.diskrimineringsnemnda.no/saksgangen>
- Regjeringens handlingsplan mot rasisme og diskriminering på grunn av etnisitet og religion 2020-2023 [https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme\\_uu\\_des-2019.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/589aa9f4e14540b5a5a6144aaea7b518/handlingsplan-mot-rasisme_uu_des-2019.pdf)
- Sivilombudsmannens årsmelding for 2016, Dokument 4 (2016-2017) <https://www.sivilombudsmannen.no/aktuelt/tilsetting-krav-til-saksbehandlingen-ved-vurdering-av-personlig-egnethet/>
- Statistikk fra SSB angående arbeidsledighet for innvandrere, publisert 02.09.19, sist lest 23.01.20 <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/hvordan-gar-det-med-innvandrere-som-blir-arbeidsledige>
- Artikkel «Likestillingsloven», sist oppdatert 02.07.19 i Store norske leksikon, sist lest 23.01.20 <https://snl.no/likestillingsloven>
- Oversikt over Diskrimineringsnemndas medlemmer, sist lest 23.01.20 <https://www.diskrimineringsnemnda.no/nemndas-medlemmer>
- Vibeke Blaker Strand «Strukturell diskriminering», sist oppdatert 14.03.18, sist lest 23.01.20 [https://snl.no/strukturell\\_diskriminering](https://snl.no/strukturell_diskriminering)
- Axel Sommerfelt m.fl. «etnisk gruppe», sist oppdatert 27.06.18, sist lest 25.01.20 [https://snl.no/etnisk\\_gruppe](https://snl.no/etnisk_gruppe)
- Olav Fagelund Knudsen m.fl. «kolonialisme», sist oppdatert 04.12.19, sist lest 23.01.20 <https://snl.no/kolonialisme>
- Hilde Bjørnskau «- Det finnes ingen raser», publisert 04.10.18, sist lest 25.01.20 <https://www.nrk.no/kultur/bok/mener-vitenskapen-tar-livet-av-rasisme-begrepet-1.14225258>
- Rapport av Karoline Haugsvær for Kompetanse Norge ”Arbeidsgiveres kjennskap til og bruk av norskprøver for voksne innvandrere, 2018, sist lest 29.01.20 [https://www.kompetansenorge.no/contentassets/f84cc747aac94332b01c7a97ff2c292e/arbeidsgivers\\_kjennskap\\_til\\_og\\_bruk\\_av\\_norskprover.pdf](https://www.kompetansenorge.no/contentassets/f84cc747aac94332b01c7a97ff2c292e/arbeidsgivers_kjennskap_til_og_bruk_av_norskprover.pdf)
- Viken fylkeskommune «Språkkunnskaper for drosjesjåfører i Buskerud», publisert 20.03.17, sist lest 29.01.20 <http://www.bfk.no/Nyheter/Hovedsiden/Nyheter-2017/Sprakunnskaper-for-drosjesjaforer-i-Buskerud--krav-og-kartlegging/>

