



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:
11/2197

Dato:
11.03.2013

Ombudets uttalelse

Saken gjaldt spørsmål om en kommunes utlysning av stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier var i strid med likestillingsloven og/eller diskrimineringsloven.

Ombudet kom til at stillingsannonsen var i strid med likestillingsloven § 4 første ledd. Videre kom ombudet til at annonsen ikke var i strid med diskrimineringsloven § 4, jf. § 8.

Saksnummer: 11/2197

**Lovgrunnlag: likestillingsloven § 4 første ledd og
diskrimineringsloven § 4, jf. § 8**

Dato for uttalelse: 13. desember 2012

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Foretakstillitsvalgt for Norsk Sykepleierforbund A henvendte seg til ombudet ved e-post av 4. november 2011 og ba ombudet vurdere om B kommunes utlysning av sykepleierstillinger og helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger er i strid med likestillingsloven.

B kommune lyste ledig sykepleierstillinger (2011/8910) og helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger (2011/8918) til C helse- og velferdssenter i B med søknadsfrist 27. november 2011.

I annonsen stod det innledningsvis:

«B kommune bygger C helse- og velferdssenter som har som målsetting å utmerke seg som et medisinsk- og tverrfaglig kompetansesenter på forebygging og behandling. Pårørende skal ha en sentral plass. Alt arbeid skal baseres på etisk refleksjon. Tjenestene skal holde høy kvalitet fra ansatte med nødvendig og tverrfaglig kompetanse. Dette skal være en institusjon som møter kommunens utfordringer ved innføringen av samhandlingsreformen.»

Videre stod det følgende i annonsen:

«Senteret skal blant annet bestå av korttidsplasser, herunder lindrende enhet, prehospital observasjonsenhet og posthospital enhet.

I påvente av åpning, skal de eksisterende korttidsavdelingene på D sykehjem og Gamle riksvei 18 utvide sin kapasitet. På Gml Riksvei 18 søker vi etter sykepleiere og helsefagarbeidere og målgruppen spisses til å gjelde utskrivningsklare pasienter fra NSLH. På D sykehjem søker vi etter sykepleiere og målgruppen her spisses til alvorlig syke, lindrende behandling og korttidsopphold som krever avansert sykepleie.»

Følgende kvalifikasjoner ble opplistet under overskriften «du må»:

- Ha offentlig godkjenning som sykepleier eller som helsefagarbeider, gjerne med relevant videreutdanning
- Ha god norsk muntlig og skriftlig fremstillingsevne
- Evne og vilje sammen med gode kollegaer og nå målsettingen som nevnt innledningsvis
- Være personlig egnet
- Du må kunne jobbe i turnus, dag/aften og hver 3. helg

I stillingsannonsen stod det avslutningsvis:

«Vårt mål er å rekruttere
- 50 % menn i alle stillinger
- Medarbeidere med samisk eller annen kultur og språkforståelse

Kvalifiserte søkere i disse gruppene vil bli innkalt til intervju»

Partenes syn på saken

A:

A oppfatter B kommunes utlysningstekst som diskriminering av kvinnelige sykepleiere, og i strid med likestillingsloven § 3, da kvalifiserte mannlige søkere eller samisktalende søkere vil bli innkalt til intervju. A viser til at ca. 90-95 prosent av sykepleierne i Norge er kvinner.

A mener *Forskrift om særbehandling av menn* ikke gir hjemmel til å anvende positiv særbehandling til fordel for et kjønn når flertallet av de som utøver yrket er av motsatt kjønn. Likestillingslovens formål vil da ikke oppfylles.

B kommune har uttrykt bekymring for at den kun vil ansettes kvalifiserte norske kvinner. At kommunen ikke vil innkalle søkere med dokumentert faglig kompetanse til intervju, men menn og samisktalende er diskriminerende overfor kvinner.

B kommune har vist til at forskriften § 4 kan anvendes for å diskriminere kvinner, ettersom samtlige som vil bli tilsatt vil være aktuelle for arbeidsoppgaver som involverer barn. A er kjent med at institusjonen C også vil ha et tilbud til barn og ungdom, men i denne utlysningen framkom det behov som sykepleiere med kompetanse på kreft og palliasjon. C er også oppfattet som et samhandlingsprosjekt med Nordlandssykehuset for utskrivningsklare pasienter som i hovedsak er eldre med sammensatte lidelser.

B kommune:

B kommune uttrykker i stillingsannonsen en målsetting om en balansert kjønns sammensetning blant helsearbeidere. Kommunen er selvsagt klar over at de reelle mulighetene til å oppnå en 50/50-fordeling mellom kvinner og menn i helsefaglige yrker i beste fall kan sies å være begrenset. Den store majoriteten av yrkesutøverne innen helsefag er kvinner. Kommunen ønsker imidlertid å arbeide for å endre denne skjevheten, og er av den oppfatning at en bedre balanse mellom kjønnene vil være en fordel for brukerne av kommunens tjenester og for de ansatte.

Generelt om tilsetninger i B kommune kan det sies at det i alle tilsetningsprosesser først og fremst vektlegges å rekruttere best mulig faglig kvalifisert arbeidskraft, og at kommunen for øvrig har et ønske om en arbeidsstyrke som er variert sammensatt både med hensyn til kjønn og etnisitet. Kommunen leverer tjenester til en stadig mer sammensatt befolkning, og den

anser det som en klar fordel om sammensetningen av de kommunalt ansatte kunne speile sammensetningen av befolkningen for øvrig. I omsorgsyrkene, som utgjør en stor andel av de totale stillingene i B kommune, er det en stor overvekt av kvinner. Kommunen viser til departementets kommentarer til forskrift om særbehandling av menn, og ønsker å arbeide aktivt for en bedre kjønnsbalanse innen kommunen generelt og i omsorgsykker spesielt.

Av erfaring vet kommunen at andelen søkere til helsefaglige stillinger innenfor de oppgitte gruppene er svært lav. En utvelgelse til intervju som utelukkende baserer seg på dokumentert kompetanse i søknaden vil i svært mange tilfeller resultere i et utvalg bestående kun av norske kvinner. Spesielt for søkere med annen kulturbakgrunn er at deres kompetanse ikke kommer fram i tilstrekkelig grad. Det er først ved intervju arbeidsgiver får et tilstrekkelig bilde til å vurdere deres kompetanse. Videre er kommunen kjent med at mange i denne gruppen har problemer med å få innpass på arbeidsmarkedet. Ved å innkalle alle kvalifiserte søkere fra disse gruppene sikrer kommunen at de får en reell vurdering ut fra sine kvalifikasjoner til å arbeide med mennesker, ikke ut fra sine evner til å skrive gode søknader. En positiv effekt vil forhåpentligvis også være at jobbsøkerne opparbeider seg intervjuerfaring, hvilket kan øke mulighetene for jobb på et senere tidspunkt dersom de ikke blir tilbudt en stilling i B kommune.

Med formuleringen «annen kultur og språkforståelse» mener kommunen personer fra andre kulturer enn den norske, og andre språk enn det norske som sitt morsmål, herunder samisk.

Kandidatenes totale kvalifikasjoner kartlegges gjennom deres søknad, intervju og referansesjekk. Ved den løsning B kommune har valgt, er det en risiko for at antallet kandidater til intervju blir en del høyere enn det «normalt» ville være, ettersom en eventuell økning av antallet menn som kalles inn til intervju ikke skal gå på bekostning av antall kvinner som innkalles. Dette medfører at innstillingsarbeidet blir litt mer omfattende enn det ellers ville ha blitt.

Innenfor rammene av hva lovverket tillater av positiv særbehandling, vil kommunen vurdere å vektlegge både kjønn og etnisitet i tilsettingsprosessen for å oppnå målsettingene.

Ettersom C helse- og velferdssenter er et senter for alle aldersgrupper, og har flere behandlingsplasser reservert for barn, er kommunen av den oppfatning at det er hjemmel for særbehandling av menn til disse stillingene, jf. forskrift om

særbehandling av menn § 4. Kommunen er oppmerksom på at forskriften krever at den som får tilbud om stillingen må ha arbeidsoppgaver som «i hovedsak er rettet inn mot (...) omsorg for barn». I den aktuelle tilsetningen, hvor mer enn hundre personer skal tilsettes for å arbeide i et senter hvor driften ennå ikke er i gang, og hvor det totale antall barn som vil ha behov for senterets tjenester ikke er klart, vil det ikke være mulig å fastsette på forhånd hvem som i hovedsak vil jobbe med barn, utover at samtlige vil arbeide med barn i større eller mindre grad. Videre er det slik at i B kommune tilsettes ikke arbeidstakere i spesifikke stillinger, men i kommunen med «for tiden arbeidssted» ved en nærmere spesifisert enhet. Dette er for å ha en bedre fleksibilitet med arbeidsstyrken ut fra hvor behovet for arbeidskraft er størst. På bakgrunn av dette vil det sjelden være mulig å etterleve forskriftens ordlyd bokstavelig, og forskriftens formål om å bidra til bedre rekruttering av menn blir derfor forfeilet dersom dette skulle medføre at positiv særbehandling ikke kan benyttes.

Kommunens oppfatning er at det ut fra en formålstolkning av forskriften må være lovlig å anvende § 4 til positiv særbehandling av menn i denne tilsetningsprosessen ut fra det faktum at samtlige av de som blir tilsatt vil være aktuelle for å arbeide hovedsakelig med barn når de nærmere arbeidsoppgavene skal fordeles.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven og diskrimineringsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1 og nr. 2.

Likestillingsloven § 3 første ledd forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, jf. § 3 andre ledd.

Likestillingsloven § 4 første ledd fastslår at en stilling ikke må lyses ledig bare for det ene kjønn såframt det ikke finnes en åpenbar grunn for det. Utlysningen må heller ikke gi inntrykk av at arbeidsgiveren forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen. I bestemmelsens andre ledd er det presisert at det ikke må gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med § 3 ved ansettelse.

Ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene, er ikke i strid med § 3, jf. § 3a.

Likestillingsloven § 1 fastslår at lovens formål er å «fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling».

Ved kongelig resolusjon av 17. juli 1998 nr. 622 ble *Forskrift om særbehandling av menn* vedtatt med hjemmel i tidligere likestillingslovs § 3 fjerde ledd. Forskriften er videreført med hjemmel i dagens § 3a andre ledd.

I forskriften § 2 *Særbehandling* heter det:

«Ved tilsetning i stilling der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn, og ved opptak til utdanning til slik stilling, kan en mann, i samsvar med regler gitt i eller i medhold av forskriften her, velges framfor en kvinne når det mannlige søkeren vurderes å være like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søker (moderat kvotering).»

I forskriften § 4 *Særbehandling i arbeidslivet* heter det følgende

«Mannlige søkere til stillinger hvor arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn, eksempelvis stillinger i barnehager/-parker, skolefritidsordninger, grunnskolen og i barneverninstitusjoner, kan særbehandles dersom menn er underrepresentert i den aktuelle stillingskategori i virksomheten. Hvis virksomheten har flere avdelinger er det andelen mannlige tilsatte i den avdeling som arbeidsoppgavene skal utføres, som er avgjørende, med mindre det er inngått avtaler mellom arbeidslivets parter om annen inndeling.

Arbeidsgiver kan i utlysningen spesielt oppfordre menn til å søke ovennevnte stillinger.»

Diskrimineringsloven § 4 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnløstelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunn av etnisitet mv. blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål, anses ikke som diskriminering, jf. § 8. Særbehandlingen må opphøre når formålet med den er nådd.

Ombudets vurdering

Innledning

Ombudet skal vurdere hvorvidt utlysningen av sykepleierstillinger (2011/8910) og helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger (2011/8918) til C helse- og velferdssenter i B er i strid med likestillingslovens bestemmelser og deretter om utlysningen strider mot diskrimineringslovens bestemmelser.

Likestillingsloven

Ifølge bestemmelsen i likestillingsloven § 4 første ledd må en stilling ikke lyses ledig bare for det ene kjønn såfremt det ikke er en åpenbar grunn for det. Stillingsannonsen utelukker ikke kvinnelige søkere.

Videre må utlysningen ikke gi inntrykk av at arbeidsgiver forventer eller foretrekker det ene kjønn. Etter ombudets vurdering gir annonseteksten inntrykk av at arbeidsgiver foretrekker menn i stillingene gjennom formuleringen om at kvalifiserte menn vil bli kalt inn til intervju. Stillingsutlysningen er dermed i strid med likestillingsloven jf. § 4 første ledd, jf. § 3 første ledd, med mindre formuleringen i utlysningen likevel er tillatt etter bestemmelsen om positiv særbehandling i § 3a eller etter forskrift om særbehandling av menn, gitt i medhold av likestillingsloven § 3a andre ledd.

Ombudet vil først ta stilling til om formuleringen kan godtas etter likestillingsloven § 3a, som fastslår at ulik behandling som i tråd med lovens formål fremmer likestilling, ikke er i strid med § 3.

Bestemmelsens ordlyd synes ikke å stenge for bruk av positiv særbehandling til fordel for menn. Likestillingslovens formålsbestemmelse i § 1 bestemmer imidlertid eksplisitt at loven, i tillegg til å fremme likestilling mellom kjønnene, særlig skal ta sikte på å fremme kvinnens stilling.

Før forskrift om særbehandling av menn ble innført i 1995 la det tidligere Likestillingsombudet til grunn i sin praksis at det var mest i tråd med likestillingslovens formålsparagraf at positiv særbehandling i arbeidslivet bare ble benyttet til fordel for kvinner. I Klagenemnda for likestillings sak 1/1991

(«Hurum-saken») så nemnda likevel ikke bort fra at det kunne være tillatt å særbehandle menn under visse omstendigheter.

I St.meld. nr. 70 (1991–1992) gjorde regjeringen framlegg om at likestillingsloven skulle endres slik at den åpnet for særbehandling til fordel for menn. Flertallet i forbruker- og administrasjonskomiteen gikk i Innst. S. nr. 148 (1992–93) imot framlegget om en generell adgang til positiv særbehandling av menn, men støttet positiv særbehandling for å få flere menn inn i barnehager, grunnskole og barneverninstitusjoner.

I forarbeidene, Ot.prp. nr. 29 (1994–1995), til forskriftshjemmelen står det blant annet følgende om formålet på s. 1:

«Føremålet er særleg å forma ut ei forskrift som regulerer positiv særbehandling til fordel for menn. Siktemålet er fyrst og fremst å opna for særbehandling av menn ved tilsetjing i stillingar i barnehagar, grunnskulen og barnevernsinstitusjonar.»

I Innst. O. nr. 59 (1994–1995) skriver komiteen følgende i sine merknader:

«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet og Høyre, vil peke på at samfunnet siden likestillingsloven trådte i kraft for 16 år siden har endret seg, og at det er en bred enighet om at menns deltagelse i omsorgsarbeid og omsorgsyrker bør styrkes. Dette er bakgrunnen for at det nå foreslås å legge til rette for positiv særbehandling av menn på et meget begrenset område; nemlig i stillinger knyttet til undervisning av og omsorg for barn. Flertallet forutsetter at dette forslaget ikke vil føre til endringer i dagens praksis i forhold til positiv særbehandling ved utdanning. Det er viktig å presisere at positiv særbehandling av menn kun skal brukes i forhold til yrkesgrupper som direkte arbeider med barn, og ikke som en mulighet til avansement til lederstillinger.

Flertallet er bekymret over at stadig flere barn vokser opp uten jevnlig kontakt med menn. Det er stor enighet blant alle som er opptatt av barn om at det er viktig med både kvinnelige og mannlige forbilder i barns oppvekstmiljø. Gjennom positiv særbehandling av menn som søker arbeid i barnehager, grunnskole og barnevernsinstitusjoner, kan barns hverdag forandres og berikes. Mannlige forbilder er viktig, ikke minst for at barn skal få utvikle sin egen identitet. At jenter og gutter finner sin tilhørighet gjennom kontakt med begge kjønn er en forutsetning for å

skape en kjønnsidentitet. Det er viktig å synliggjøre at også menn tar omsorgsansvar. Det er viktig for de holdninger og kjønnsroller barn tar med seg inn i voksenlivet og overfører videre til sine egne barn. Dersom flere generasjoner vokser opp med bare kvinner i omsorgsyrkene vil holdningen deres påvirkes av dette, og det vil kunne få store konsekvenser for arbeidet med å oppnå reell likestilling.

Flertallet vil understreke at likestillingsloven tar særlig sikte på å bedre kvinners situasjon. Dette utgangspunktet endres ikke som følge av det foreliggende lovforslaget. Det betyr at positiv særbehandling fortsatt er et virkemiddel som først og fremst vil bli benyttet til fordel for kvinner. Det understrekes videre at lovens hovedformål er å fremme likestilling mellom kjønnene.»

I forbindelse med lovendringen i likestillingsloven 1. juli 2001 reiste flere av høringsinstansene spørsmålet om en utvidet adgang til positiv særbehandling til fordel for menn. Det ble argumentert med at menn også var underrepresentert i andre yrker enn de som er relatert til undervisning av og omsorg for barn, som for eksempel i store deler av helse- og omsorgssektoren for øvrig. Departementet gikk ikke inn for å utvide adgangen til positiv særbehandling av menn. Begrunnelsen for dette er at menns underrepresentasjon ikke skyldes kjønnsdiskriminering, men heller andre forhold. Videre ville å utvide adgangen kunne komme i konflikt med lovens formål, samt at internasjonale forpliktelser antagelig setter grenser for hvor langt adgangen til positiv særbehandling av menn går, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 48.

Lovgiver har altså ved to anledninger, av nyere dato, tatt stilling til dette spørsmålet, og valgt ikke å utvide adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn.

Selv om ordlyden i § 3a ikke utelukker særbehandling til fordel for menn, taler både lovens formål, forarbeider og forvaltningspraksis for at slik særbehandling i arbeidslivet kun kan anvendes innenfor forskriftens område.

Den tidligere Klagenemnda for likestilling åpnet for så vidt for at det kunne være adgang til å benytte positiv særbehandling til fordel for menn i den såkalte Hurum-saken (1/1991). Ombudet finner å måtte legge mindre vekt på denne uttalelsen, da den ble truffet før vedtagelsen av forskriftshjemmel og forskrift om særbehandling av menn.

På denne bakgrunn finner ombudet at stillingsannonsen ikke er tillatt etter unntaksadgangen i § 3a.

Videre vil ombudet ta stilling til om stillingsannonsen er tillatt etter forskrift om særbehandling av menn §§ 2 og 4.

Ifølge forskriften § 2, jf. § 4 kan en mann velges framfor en kvinne dersom menn er underrepresentert i den aktuelle stillingskategori i virksomheten. Vilkåret er at den mannlige søkeren vurderes å være like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søkeren og tilsettingen må gjelde stilling der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn. Arbeidsgiver kan i utlysningen spesielt oppfordre menn til å søke slike stillinger, jf. forskriften § 4 andre ledd.

Formålet med forskriften er å fremme likestilling mellom kjønnene, jf. forskriften § 1. I kommentarene til denne formålsbestemmelsen går det fram at barn i liten grad får kontakt med menn fram til fullført grunnskole fordi det er langt flere kvinner i de yrkene forskriften omhandler. I tillegg vises det til at barn som oftest lever sammen med mor etter samlivsbrudd og at mødre fortsatt tilbringer mest tid med sine barn.

Den aktuelle stillingsannonsen gjelder utlysningen av stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier.

Det er klart at det ikke her dreier seg om stillinger der hovedoppgaven er «undervisning av (...) barn». B kommune har anført at det er hjemmel for særbehandling av menn i de utlyste stillingene, jf. forskriften § 4. Spørsmålet blir dermed hva som i forskriften menes med «stillinger hvor arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot (...) omsorg for barn».

I forskriften § 4 første ledd gis følgende eksempler på hva som skal omfattes av bestemmelsen: stillinger i barnehager/-parker, skolefritidsordninger, grunnskolen og i barneverninstitusjoner. Selv om ikke dette er en uttømmende liste av hvilke stillinger som er ment omfattet av forskriften, er disse av en annen karakter enn stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier.

Forskriftens eksempler på stillinger og rettskildebildet for øvrig, jf. drøftelsen ovenfor, taler for at forskriften gjelder på et begrenset område med utgangspunkt i stillinger innen barnehage, grunnskole og barnevern. For at positiv særbehandling skal kunne anvendes i andre stillinger enn de

oppramsede, må det være noenlunde tilsvarende stillinger. Det er etter ombudets vurdering ikke grunnlag for å tolke forskriften utvidende til også å gjelde yrker som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier mv., selv om det helsefaglige arbeidet som utføres skulle være hovedsakelig overfor barn.

Ombudet finner på denne bakgrunn av B kommunes stillingsannonse er i strid med likestillingsloven § 4 første ledd.

Diskrimineringsloven

Ifølge diskrimineringsloven § 4 første ledd er direkte diskriminering forbudt. For at det skal foreligge direkte diskriminering må det foreligge en handling som har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunn av etnisitet mv. blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Det er presisert i lovens forarbeider at annonsering i presse og på internett rammes av lovens krav til handling, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 205.

Slik ombudet forstår formuleringen i annonsen innebærer den at kvalifiserte søkere med «samisk eller annen kultur og språkforståelse» systematisk og automatisk vil bli innkalt til intervju, mens søkere uten slik bakgrunn ikke nødvendigvis blir innkalt til intervju. Sistnevnte søkere blir med dette behandlet dårligere enn førstnevnte på grunn av etnisitet ved at det etter annonsens ordlyd ikke er en automatikk i at søkere uten den etterspurte bakgrunnen blir innkalt til intervju.

Stillingsutlysningen er dermed i strid med diskrimineringsloven § 4 første ledd, med mindre annonseteksten likevel er tillatt etter bestemmelsen om positiv særbehandling i diskrimineringsloven § 8.

Ombudet legger til grunn at personer med annen etnisk bakgrunn enn norsk er underrepresentert i B kommune. Å kalle inn kvalifiserte søkere med samisk bakgrunn, annen kultur og språkforståelse enn norsk vil åpenbart kunne bidra til å fremme lovens formål om å fremme likestilling, sikre like muligheter og hindre diskriminering, jf. § 1.

Det er presisert i forarbeidene at det ikke er nødvendig at de som omfattes av den positive særbehandlingen selv har behov for denne behandlingen. Også hensynet til grupper som skal betjenes av de ansatte kan ifølge forarbeidene begrunne en slik forskjellsbehandling, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119.

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

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

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

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

Det følger av lovens forarbeider at bestemmelsen må tolkes i lys av utviklingen i internasjonal praksis knyttet til FNs rasediskrimineringskonvensjon og tolkes

og anvendes med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 120.

EF-domstolen har avsagt flere dommer som fastlegger de nærmere grensene for positiv særbehandling når det gjelder kjønn etter tidligere rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet), som senere er opphevet og inntatt i rådsdirektiv 2006/54/EF (recast), og er en del av EØS-avtalen. Av denne praksisen kan det blant annet utledes at det ikke må være tale om en automatisk fortrinnsrett til stillinger, at kandidatens kvalifikasjoner må vurderes objektivt og at det må tas hensyn til individuelle forhold ved søkerne og vurderingene må foretas med utgangspunkt i klare kriterier.

Ombudet har kommet til at stillingsutlysningen er tillatt etter bestemmelsen om positiv særbehandling i § 8. Ombudet har lagt vekt på at praksisen med å innkalle alle søkere med annen etnisk bakgrunn inn til intervju ikke hindrer den best kvalifiserte søkeren, uavhengig av etnisitet, å få jobben. Den er ikke til hinder for at det foretas en individuell vurdering av hver enkelt søker. Først og fremst er tiltaket en form for tilrettelegging som tar sikte på å redusere diskriminerende barrierer ved at kandidatene gis anledning til å presentere seg på intervju i tillegg til gjennom en skriftlig søknad. Det er slik B kommune anfører et mål å gi søkerne en reell vurdering basert på deres kvalifikasjoner til å arbeide med mennesker, og at en positiv effekt også vil være at søkerne opparbeider seg intervjuerfaring.

Ombudet legger til grunn, slik B kommune har redegjort for, at antall kandidater som ellers ville ha blitt innkalt til intervju ikke reduseres proporsjonalt med antall søkere med annen etnisk bakgrunn enn norsk som blir innkalt. Kommunen viser til at det er en risiko for at antallet kandidater til intervjuet blir en del høyere enn «normalt». Ombudet finner på denne bakgrunn at å innkalle alle søkere med «annen kultur og språkforståelse» ikke er uforholdsmessig inngripende overfor andre søkere. Stillingsutlysningen er dermed ikke i strid med diskrimineringsloven § 4, jf. § 8.

Konklusjon

B kommunes utlysning av sykepleierstillinger (2011/8910) og helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger (2011/8918) er i strid med likestillingsloven § 4 første ledd.

B kommunes utlysning av sykepleierstillinger (2011/8910) og helsefagarbeider/hjelpepleierstillinger (2011/8918) er ikke i strid med diskrimineringsloven § 4, jf. § 8.

Oslo, 13.12.2012

Sunniva Ørstavik
likestillings- og diskrimineringsombud