

Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

**Delutredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 30. august 2001.
Avgitt til Arbeids- og administrasjonsdepartementet 17. desember 2002.**

STATENS FORVALTNINGSTJENESTE
STATENS TRYKNING
OSLO 2002

Til Arbeids- og administrasjonsdepartementet

Arbeidslivslovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 30. august 2001. Ved brev av 2. september 2002 fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet ble utvalget bedt om å legge frem en delinnstilling med forslag til gjennomføring av Rådsdirektiv 2000/78/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet innen 17. desember 2002. Utvalget legger med dette frem sin delinnstilling om skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet.

Oslo, den 17. desember 2002

Ingeborg Moen Borgerud
Leder

Elisabeth Lea Strøm	Nina Sverdrup Svendsen	Olaug K. Bakke
Siri Røine	Odd Bøhagen	Jan Henrik Nygård
Trine Lise Sundnes	Synnøve Nymo	Jan Morten Andreassen
Inger Elisabeth Meyer	Kirsti Bastholm	Ivar Leveraas
Finn Berge Haaland	Gundla Kvam	Jon Olav Bjergene

Cecilie Haugen Horn
Sekretariatsleder

Torkel Sandegren
Rune Ytre Arna
Hanne M. Meldal

INNHold

1. INNLEDNING/BAKGRUNN/AVGRENSNING	8
1.1 Utvalgets mandat	8
1.2 Utvalgets sammensetning	8
1.3 Utvalgets arbeid	9
1.4 Forholdet til andre lovutvalg	10
2. SAMMENDRAG	10
2.1 Oversikt	10
2.2 Presentasjon av sentrale begreper	11
2.3 Vern mot diskriminering i arbeidslivet – utvalgets vurderinger og forslag	11
3. RÅDSDIREKTIV 2000/78/EF OM FORBUD MOT DISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET (RAMMEDIREKTIVET MOT DISKRIMINERING)	13
3.1 Innledning	13
3.2 Direktivets innhold	13
3.2.1 Generelle bestemmelser	13
3.2.2 Håndheving	15
3.2.3 Dialog mellom partene i arbeidslivet	15
3.2.4 Sanksjoner	16
3.2.5 Implementeringsfrist	16
4. NOEN UTGANGSPUNKTER	16
4.1 Likebehandlingsprinsippet	16
4.2 Direktivets EØS-relevans	17
4.3 Helhetlig regulering av diskrimineringsvernet	17
5. NOEN SENTRALE BEGREPER	18
5.1 Begrepene forskjellsbehandling og diskriminering	18
5.2 Begrepene etnisitet, rase og nasjonal opprinnelse, alder, seksuell legning/orientering, funksjonshemming og tro/livssyn	19
5.2.1 Etnisitet, rase, hudfarge og nasjonal opprinnelse	19
	3

5.2.2 Alder	19
5.2.3 Seksuell orientering	19
5.2.4 Funksjonshemming	20
5.2.5 Livssyn	20
6. KUNNSKAP OM DISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET I NORGE	21
6.1 Generelt	21
6.2 Funksjonshemming	21
6.3 Alder	22
6.4 Etnisitet	25
6.5 Religion eller livssyn	25
6.6 Seksuell orientering	26
7. GJELDENE RETT – FORBUD MOT DISKRIMINERING	27
7.1 Grunnloven	27
7.2 Menneskerettighetene	27
7.3 Sivilrettslig vern mot diskriminering	27
7.3.1 Arbeidsmiljøloven	27
7.3.2 Likestillingsloven	30
7.3.3 Erstatningsrettslige regler	30
7.4 Strafferettslig vern mot diskriminering	31
8. INTERNASJONALE FORPLIKTELSER	31
8.1 FN-konvensjoner	32
8.1.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter	32
8.1.2 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering	33
8.1.3 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner	33
8.1.4 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	33
8.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)	34
8.3 Den europeiske sosialpakt	34
8.4 ILO-konvensjoner	34
8.4.1 ILO-konvensjon nr. 100 og 111	34
8.4.2 ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter	35
9. VERN MOT DISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET INNEN EU	35

9.1 Innledning	35
9.2 EUs institusjonelle rammer	36
9.3 Traktatbestemmelser om grunnleggende rettigheter og ikke-diskriminering	36
9.4 Rådsdirektiver om ikke-diskriminering og likebehandling	37
9.4.1 Rådsdirektiver om diskriminering på grunnlag av kjønn	37
9.4.2 Rådsdirektiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om forbud mot etnisk diskriminering	38
9.4.3 Rådsdirektiv 97/81/EF om deltidsarbeid	38
9.4.4 Rådsdirektiv 99/70/EF om midlertidig tilsetting	38
9.5 Sentrale ikke-rettslige tiltak mot diskriminering	38
10. NORDISK RETT	39
10.1 Innledning	39
10.2 Sverige	39
10.2.1 Konstitusjonelle regler	39
10.2.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	40
10.2.3 Pågående endringsarbeid	41
10.2.3 Pågående endringsarbeid	41
10.3 Finland	41
10.3.1 Konstitusjonelle regler	41
10.3.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	42
10.4 Danmark	42
10.4.1 Konstitusjonelle regler	42
10.4.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	43
10.4.3 Pågående endringsarbeid	43
11. GJENNOMGANG AV ARBEIDSMILJØLOVENS VERN MOT FORSKJELLSBEHANDLING - FORSLAG TIL GJENNOMFØRING AV RAMMEDIREKTIVET	44
11.1 Prinsippet om likebehandling	45
11.2 Vernet personkrets	45
11.3 Direktivets diskrimineringsgrunner	45
11.3.1 Kjønn	45
11.3.2 Religion eller livssyn	46
11.3.3 Funksjonshemming	47
11.3.4 Seksuell orientering	47
11.3.4 Alder	48
11.3.5 Etnisitet	50

11.4 Diskrimineringsforbudet	51
11.4.1 Innledning	51
11.4.2 Direkte forskjellsbehandling. Begrepsforståelsen.	51
11.4.3 Indirekte forskjellsbehandling	53
11.4.4 Særlig om trakassering	54
11.4.5 Særlig om instruks	57
11.5 Anvendelsesområde	59
11.6 Unntak fra diskrimineringsforbudet	61
11.6.1 Særlige krav til arbeidet	61
11.6.2 Særlig om unntaksbestemmelsen anvendelse ved ansettelse i kirker og andre religiøse trossamfunn	62
11.6.3 Alder	62
11.7 Tilrettelegging av arbeid for funksjonshemmede	65
11.8 Positiv særbehandling – som fremmer formålet om likebehandling	66
11.8.1 Direktivets bestemmelse	66
11.8.2 Gjeldende rett	66
11.8.3 Svensk og dansk rett	67
11.8.4 Vurdering og forslag	67
11.9 Forbud mot gjengjeldelser	68
11.9.1 Innledning	68
11.9.2 Direktivets bestemmelse	68
11.9.3 Gjeldende rett	68
11.9.4 Svensk og dansk rett	69
11.9.5 Vurdering	69
11.10 Bevisbyrde og opplysningsplikt	70
11.10.1 Delt bevisbyrde	70
11.10.2 Opplysningsplikt	73
11.11 Dialog mellom partene i arbeidslivet	74
11.12 Sanksjoner	74
11.12.1 Sanksjonsforpliktelsene i direktivet	74
11.12.2 Gjeldende rett	75
11.12.3 Utvalgets vurdering og forslag	76
11.13 Håndheving	81
11.13.1 Klageadgang ihht. direktivet	81
11.13.2 Gjeldende rett	81
11.13.3 Utvalgets vurdering og forslag	81
11.14 Organisasjoners representasjon/søksmålskompetanse	83
11.14.1 Direktivets bestemmelser	83
11.14.2 Gjeldende rett	83
11.14.3 Svensk og dansk rett	84

11.14.4 Vurdering	84
12. MERKNADER TIL LOVFORSLAGETS ENKELTE BESTEMMELSER	85
13. ADMINISTRATIVE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER	96
13.1 Samfunnsøkonomisk nytte	96
13.2 Administrative og økonomiske konsekvenser for det offentlige	97
13.3 Konsekvensene for virksomhetene	97
14. FORSLAG TIL LOVTEKST	98
VEDLEGG	103
Vedlegg 1 – Rådsdirektiv 2000/78/EF – dansk språkversjon	103
Vedlegg 2 – Rådsdirektiv 2000/78/EF – engelsk språkversjon	114

1. Innledning/bakgrunn/avgrensning

1.1 Utvalgets mandat

Ved kongelig resolusjon av 30. august 2001 oppnevnte regjeringen et utvalg (Arbeidslivslovutvalget) for å utrede endringer i arbeidsmiljøloven med mer.

I tråd med mandatet skal utvalget foreslå en ny arbeidslivslov som

1. best mulig ivaretar både virksomhetenes, arbeidstakernes og samfunnets behov
2. bidrar til et inkluderende arbeidsliv
3. gir et godt og forutsigbart regelverk ved omstillinger
4. moderniserer/forenkler lovgivningen for arbeidslivet

Fristen for overlevering av utvalgets innstilling er 1. desember 2003.

Arbeidslivslovutvalget fikk i desember 2001 et revidert mandat, der det bl.a. ble presisert at:

”utvalget skal gjennomgå og vurdere arbeidsmiljølovens regelverk på ikke-diskrimineringsområdet og fremme forslag om en regulering som kan bidra til å nå målet om et arbeidsliv for alle.”

Arbeids- og administrasjonsdepartementet ga ved brev av 2. september 2002 utvalget i oppdrag å legge fram en delinnstilling, med følgende presisering:

"Rådsdirektiv 2000/78/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet (i det følgende kalt direktivet om ikke-diskriminering i arbeidslivet) inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke. Implementering av EUs ikke-diskrimineringspakke inngår som et viktig element i arbeidet med å verne utsatte gruppers rettstilling, som står sentralt i Regjeringens politikk.

Målsettingen er at Norge skal ha et vern på dette området som minst er på høyde med EU og innen de frister som EU har satt. Vi legger opp til at direktivet om ikke-diskriminering i arbeidslivet skal implementeres i norsk rett innen 2. desember 2003, som er implementeringsfristen for direktivet.

På bakgrunn av at direktivet om ikke-diskriminering i arbeidslivet inngår i mandatet til Arbeidslivslovutvalget, vil jeg be om at Arbeidslivslovutvalget legger frem en delinnstilling med forslag til gjennomføring av direktivet innen 17. desember 2002.”

1.2 Utvalgets sammensetning

Lovutvalget har hatt følgende sammensetning:

Advokat Ingeborg Moen Borgerud, leder
Elisabeth Lea Strøm, Næringslivets Hovedorganisasjon
Siri Røine, Kommunenes Sentralforbund
Trine Lise Sundnes, Landsorganisasjonen i Norge

Inger Elisabeth Meyer, Handels- og servicenæringens Hovedorganisasjon
Finn Berge Haaland, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
Nina Sverdrup Svendsen, Akademikerne
Odd Bøhagen, Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Synnøve Nymo, Finansdepartementet
Kirsti Bastholm, Nærings- og handelsdepartementet
Gundla Kvam, Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Olaug K. Bakke, Sosialdepartementet
Jan Henrik Nygård, H. Nygård A/S
Jan Morten Andreassen, Oppland Sentralsykehus
Ivar Leveraas, Direktoratet for arbeidstilsynet
Jon Olav Bjergene, Utdanningsgruppenes Hovedorganisasjon

Sekretariatet har vært lagt til Arbeids- og administrasjonsdepartementet. Sekretærer for utvalget har vært Mona Næss, (sekretariatsleder) frem til 1. oktober 2002, Cecilie Haugen Horn, (sekretariatsleder) fra 1. oktober 2002, Torkel Sandegren, Rune Ytre Arna og Hanne M. Meldal.

1.3 Utvalgets arbeid

Utvalget har gjennomført fire møter, inklusiv et høringsmøte med interesseorganisasjonene i sitt arbeid med delinnstillingen.

Utvalget har hatt i oppdrag å vurdere og foreslå de endringer i lovgivningen som er nødvendige for å gjennomføre Rådsdirektiv 2000/78/EF om innføring av en generell ramme for likebehandling i arbeidslivet (heretter omtalt som rammedirektivet mot diskriminering eller bare som rammedirektivet). Spesielt gjelder dette spørsmålet om innføring av forbud mot diskriminering på grunn av alder, som i ikke tidligere har vært utredet i norsk rett. Arbeidet med delinnstillingen har vært preget av den meget korte tidsfristen som er satt for oppdraget. Utvalget har av den grunn ikke har hatt mulighet til å utrede spørsmål/problemstillinger som ikke inngår i EU-direktivet.

Utvalget gjennomførte i november 2002 et kombinert møte- og studiebesøk i Brussel. For å utrede nærmere hva som ligger i det rettslige vernet mot diskriminering i arbeidslivet i EU, samt å innhente synspunkter og erfaringer fra arbeidet med medlemstatenes gjennomføring av rammedirektivet, hadde utvalget blant annet møter med flere representanter fra EU-kommisjonen.

Utvalget har også innhentet synspunkter fra ulike organisasjoner som arbeider med diskrimineringsspørsmål i Norge, både når det gjelder den diskriminering de faktisk opplever og hvordan rammedirektivet mot diskriminering bør gjennomføres i norsk rett. Utvalget gjennomførte 25. november 2002 et høringsmøte med de landsdekkende organisasjonene på ikke-diskrimineringsfeltet. I møtet ble det holdt innlegg fra Hans Ytterberg (Ombud for diskriminering pga seksuell legning, Sverige), Astrid Nøkleby Heiberg (Statens seniorråd), Åsmund Lunde (Senter for seniorpolitikk), Ronald Craig (Institutt for menneskerettigheter, UiO), Tine Eidsvåg (UiB), Arnt Holte (Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon), Likestillingsombud Kristin Mile, Frank Grimstad (Kirkens Arbeidsgiverorganisasjon) og Kim Friele (Statsstipendiat).

1.4 Forholdet til andre lovutvalg

Lovutvalget for lov mot etnisk diskriminering – Holgersen-utvalget – la fram sin innstilling 14. juni 2002.¹ Utvalget foreslår en særskilt lov mot etnisk diskriminering som skal gjelde generelt i samfunnet, dvs. både i arbeidslivet og på andre samfunnsområder.

Regjeringen nedsatte 29. november 2002 et utvalg som skal utrede spørsmålet om en styrking av det rettslige vernet mot diskriminering av funksjonshemmede. Utvalget er en del av oppfølgingen av Manneråk-utvalgets innstilling² og skal være ferdig med sitt arbeid innen 31. desember 2004.

Arbeidslivslovutvalget anbefaler sterkt at de aktuelle utvalgsarbeider og lovforslag ses i sammenheng, og at det således vurderes en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet i Norge, se nærmere omtale i kapittel 4.3.

2. Sammendrag

2.1 Oversikt

Innstillingen består av til sammen 14 kapitler. I kapittel 3 presenteres rammedirektivet mot diskriminering i arbeidslivet (Rådsdirektiv 2000/78/EF) og dets hovedinnhold. I kapittel 4 og 5 presenterer utvalget noen sentrale utgangspunkter og begreper. Kapitlene 6-10 er for det meste av beskrivende art. Det gjøres rede for en del trekk ved den faktiske og rettslige situasjonen i Norge i dag, og for Norges internasjonale forpliktelser. Det gis også en beskrivelse av den rettslige situasjonen vedrørende diskriminering i arbeidslivet i EU og de andre nordiske landene.

Utvalgets nærmere drøftelser, vurderinger og forslag er tatt inn i kapittel 11. Utvalget drøfter i hvilken grad det er sammenfall mellom gjeldende regler i arbeidsmiljøloven mot diskriminering i arbeidslivet og reglene i EU-direktivet, og hvordan de punkter i direktivet som ikke anses dekket av arbeidsmiljøloven best kan gjennomføres i norsk rett. Utvalget har i denne sammenheng i hovedsak konsentrert seg om å foreta de endringer i norsk rett som er nødvendige for å gjennomføre direktivet, i tillegg til at det er tatt sikte på å opprettholde det vern som allerede ligger i arbeidsmiljølovens regler.

Kapittel 12 inneholder utvalgets merknader til lovutkastet. I kapittel 13 redegjøres for de administrative og økonomiske konsekvenser av forlaget, mens kapittel 14 inneholder selve lovutkastet.

Utvalget har i kapittel 4.3 gitt uttrykk for at det er viktig med en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet uavhengig av diskrimineringsgrunn. Utvalget er av den oppfatning at en spredt lovgivning på diskrimineringsområdet er uheldig. Utvalget foreslår derfor at det utredes nærmere hvilken lovstruktur som på best mulig måte sikrer brukervennlighet og et effektivt vern mot diskriminering.

¹ NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

² NOU 2001: 22 Fra bruker til borger - En strategi for nedbygging av funksjonshemmende barrierer

2.2 Presentasjon av sentrale begreper

Utvalget har i kapittel 5 gjort rede for en del sentrale begreper. I kapittel 11 går så utvalget nærmere inn på en drøftelse av hvilke begreper som er mest hensiktsmessig å bruke i de nye bestemmelsene om forbud mot diskriminering i arbeidslivet.

I valget mellom å bruke ”forskjellsbehandling” eller ”diskriminering” har utvalget i *innstillingen* valgt å bruke begge begrepene, da de i all hovedsak anses som synonyme begreper. I utkastet til endringer i arbeidsmiljøloven er imidlertid begrepet ”forskjellsbehandling” opprettholdt i selve lovteksten. Dette har blant annet sin bakgrunn i at begrepet allerede er innarbeidet i loven, og at det samsvarer med begrepsbruken i likestillingsloven.

Videre har utvalget valgt å bruke begrepet ”livssyn” fremfor ”tro” ved gjennomføringen av forbudet mot diskriminering på dette grunnlag. ”Livssyn” anses å favne videre enn ”tro” da dette også vil omfatte de ikke-religiøse livssyn.

Utvalget har valgt å erstatte det som i dagens lov betegnes som ”rase, hudfarge... eller etnisk opprinnelse” med samlebegrepet ”etnisitet”. Utvalget har likevel valgt å opprettholde begrepet ”nasjonal opprinnelse” da dette anses å kunne ha selvstendig betydning ved siden av begrepet ”etnisitet”.

Endelig har utvalget vurdert begrepene ”seksuell legning” og ”seksuell orientering” opp mot hverandre. Blant annet på bakgrunn av innspill fra homofiles interesseorganisasjoner, har utvalget valgt å bruke ”seksuell orientering” for å unngå å gi assosiasjoner om årsaksforhold og verdivurdering.

2.3 Vern mot diskriminering i arbeidslivet – utvalgets vurderinger og forslag

Generelt

Kapittel 11 inneholder utvalgets vurderinger av de enkelte elementer i direktivet mot diskriminering i arbeidslivet som etter utvalgets vurdering må medføre endringer i norsk rett for å sikre en gjennomføring av direktivet. I tillegg diskuteres det hvordan gjeldende regler kan videreføres i de nye bestemmelsene.

Når det gjelder hvem som er beskyttet av utkastet til forbud mot forskjellsbehandling er det i all hovedsak snakk om en videreføring av gjeldende rett. Nytt er imidlertid forbudet mot å forskjellsbehandle på grunn av alder.

I samsvar med direktivet foreslås bestemmelsenes saklige virkeområde utvidet til å gjelde hele arbeidsforholdet forløp. Videre vil de favne noe videre enn det tradisjonelle arbeidsgiver-arbeidstaker forhold.

Forslagene

Utvalget foreslår en generell bestemmelse i § 54 A om likebehandling i arbeidslivet som inneholder et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, religion eller livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder. For kjønn er det presisert i annet ledd i bestemmelsen at likestillingsloven får anvendelse.

Forbudet omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling, samt trakassering og instruks om forskjellsbehandling. Begrepene er definert i utkastets § 54 B.

Forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle sider ved arbeidsforholdet (jf. forslag til § 54 C), fra utlysning av stilling til opphør. Forbudet vil således ihht. utkastet også få anvendelse på det løpende arbeidsforhold, herunder for forfremmelser og fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår.

I forslag til § 54 D er unntakene fra forbudet mot forskjellsbehandling samlet. I nr. 1 ligger en viss adgang til å forskjellsbehandle der dette er avgjørende for utførelsen av arbeidet. Nr. 2 inneholder en viss adgang til å forskjellsbehandle på grunn av alder der dette har et saklig formål.

Utkastet til § 54 E inneholder en plikt for arbeidsgiver til å tilrettelegge arbeidet for funksjonshemmede så langt det er mulig og rimelig.

Det er i utkastets § 54 F lagt inn en adgang til positiv særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling.

For å sikre at en arbeidstaker som fremmer klage for brudd på forbudet mot forskjellsbehandling ikke utsettes for gjengjeldelse er det foreslått et uttrykkelig forbud mot gjengjeldelse i utkastets § 54 G.

I utkastets §§ 54 H og 54 I videreføres dagens opplysningsplikt overfor arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med forbudet mot forskjellsbehandling og regelen om delt bevisbyrde.

Virkningene av ulovlig forskjellsbehandling er regulert i utkastets § 54 J. Her er lagt til grunn at den som er blitt forskjellsbehandlet eller utsatt for gjengjeldelse kan kreve oppreisning på objektivt grunnlag og erstatning for økonomisk tap etter de alminnelige erstatningsregler. Medlemmene Meyer, Røine og Strøm har en dissens på dette punktet. Videre sier utkastet at bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter m.v., som er i strid med bestemmelsene i kapitlet er ugyldige.

Utkastet § 54 K inneholder en bestemmelse som sier at organisasjoner som helt eller delvis har til formål å arbeide mot forskjellsbehandling kan brukes som fullmektig i saker etter kapitlet.

Med bakgrunn i at direktivet har et videre anvendelsesområde enn det vi i norsk rett tradisjonelt betegner som arbeidslivet, har utvalget i § 54 L foreslått en bestemmelse som forbyr forskjellsbehandling ved valg og behandling av selvstendig næringsdrivende.

Endelig har utvalget foreslått et eget kapittel X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v. Utkastet (§ 54 M) innebærer at forbudet mot forskjellsbehandling også får anvendelse for medlemskap og deltakelse i en arbeidstaker- og

arbeidsgiverorganisasjon, eller en yrkesorganisasjon. Dette gjelder også de fordeler slike organisasjoner gir sine medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 55 A foreslås opphevet.

3. Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (Rammedirektivet mot diskriminering)

3.1 Innledning

Rådsdirektiv 2000/78/EF, rammedirektivet mot diskriminering, inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke. Denne pakken inneholder, foruten rammedirektivet, Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet.

Alle steder hvor utvalget har henvist til eller referert fra direktivet/direktivene er det tatt utgangspunkt i den danske språkversjonen, jf. vedlegg 1 til innstillingen.

3.2 Direktivets innhold

Rammedirektivet mot diskriminering består av en fortale samt fire kapitler.

Kapittel 1 inneholder bestemmelser om formålet med direktivet, begrepet diskriminering, virkeområdet, adgangen til særbehandling, samt de minimumskrav direktivet oppstiller. Kapitlet inneholder dessuten en bestemmelse om plikt til rimelig tilrettelegging for personer med funksjonshemming.

Kapittel 2 inneholder bestemmelser om håndheving. Det finnes bestemmelser om adgang til rettslig klage/domstolsbehandling, vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde, formidling av informasjon og dialog mellom partene i arbeidslivet og ikke-statlige organisasjoner.

Kapittel 3 inneholder særskilte bestemmelser for Nord-Irland.

Kapittel 4 inneholder avsluttende bestemmelser, herunder bestemmelser om sanksjoner og gjennomføring av direktivet.

3.2.1 Generelle bestemmelser

Formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering (artikkel 1).

Definisjoner

Direktivet inneholder forbud mot direkte og indirekte diskriminering (artikkel 2 nr.1). Disse begrepene er nærmere definert i artikkel 2 nr.2. Det følger av direktivets artikkel 2 nr.3 at også trakassering som har sammenheng med religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering, skal anses som

forskjellsbehandling i direktivets forstand dersom denne har som ”formål eller (...) virkning at krænke en persons værdighet og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, ydmygende eller ubehagelig klima”.

Det er overlatt til nasjonal rett å definere hva som ligger i begrepet trakassering.

Å gi en ordre/instruks om å diskriminere/trakassere en person i strid med direktivet skal i seg selv anses som en overtredelse av diskrimineringsforbudet i artikkel 2 nr.1.

Direktivets saklige virkeområde

Vernet mot diskriminering omfatter alle personer og gjelder så vel i privat som offentlig sektor (artikkel 3 nr.1), bl.a. når det gjelder ”vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse (..) herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår (..) herunder (..) forfremmelse” (artikkel 3 nr.1 a) og for ”ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder avskedigelse og løn”, (artikkel 3 nr.1 c). Dette innebærer at hele det individuelle arbeidsforholdet – fra tilsetning til opphør – omfattes av likebehandlingsprinsippet i direktivet.

Direktivet gjelder innenfor det som i EU regnes som arbeidslivsområdet. Dette er et vidt begrep som ikke bare dekker forhold på arbeidsplassen, men også andre områder med tilknytning til arbeidet. I tillegg til å gjelde hele arbeidsforholdets forløp, gjelder direktivet også for:

- vilkår for å etablere seg som selvstendig næringsdrivende og utøve slik virksomhet
- vilkår for å utøve næringsvirksomhet/praktisere et bestemt yrke m.v. (offentlige godkjenningsordninger)
- vilkår for yrkesutdanning
- vilkår for omskolering
- vilkår for medlemskap i bl.a. arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner

Direktivet omfatter ikke diskriminering pga. etnisitet og kjønn, som er regulert i egne rådsdirektiver³.

Det følger av artikkel 3 nr.3 at direktivet ikke skal gjelde for utbetalinger fra ”offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger”.

Direktivet åpner videre for at det kan besluttes at direktivet ikke skal gjelde ”tjeneste i de væbnede styrker” når det gjelder diskriminering på grunn av funksjonshemming og alder (artikkel 3 nr.4).

Unntakene fra forbudet mot forskjellsbehandling er formulert som begrensninger i selve definisjonen av begrepet. I følge artikkel 4 kan statene bestemme at ulik behandling ikke skal anses som forskjellsbehandling hvis ”den pågældende egenskab på grunn av karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, utdgør et regulært og afgørende erhvervsmæssig krav, forutsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimelig forhold hertil”. Denne bestemmelsen begrenser så vel forbudet mot direkte som indirekte forskjellsbehandling. Blant annet vil hensynet til

³ Hhv. rådsdirektiv 2000/43/EF og rådsdirektiv 76/207/EØF

arbeidstakernes eller publikums sikkerhet kunne begrunne slike begrensninger, jf. også direktivets artikkel 7 nr.2 første alternativ.

Direktivet åpner også for at medlemsstatene kan opprettholde bestemmelser som gir adgang til en viss særbehandling på grunn av religion eller livssyn for personer som arbeider i kirker eller andre offentlige eller private organisasjoner hvis etikk er basert på religion eller livssyn, dersom dette ”udgør et regulært, legitimt og berettiget erhvervsmessigt krav på baggrund av organisationens etik.”, jf. artikkel 4 nr.2.

Det er videre tillatt med en viss særbehandling på grunn av alder, jf. artikkel 6.

Endelig gir rammedirektivet mot diskriminering grunnlag for at statene kan fastsette avvik fra likebehandlingsprinsippet i form av *positiv særbehandling*, jf. artikkel 7 nr.1. I tillegg gir artikkel 7 nr.2 en spesialhjemmel for positiv særbehandling av funksjonshemmede i form av tiltak for å ”beskytte eller fremme deres erhvervsmessige integration.”

Minimumskrav

Direktivet er et såkalt minimumsdirektiv, jf. artikkel 8 nr.1. Dette innebærer at medlemsstatene står fritt til å fastsette regler som gir et sterkere vern enn direktivets.

3.2.2 Håndheving

Det er statene som er pliktsubjekter etter direktivet, jf. artikkel 16. Statene skal blant annet sikre at lover og forskrifter som strider mot likebehandlingsprinsippet blir opphevet, og at slike bestemmelser i kontrakter, tariffavtaler, arbeidsreglementer og vedtekter for yrker/fag eller organisasjoner på arbeidsmarkedet blir gjort eller kan erklæres ugyldige.

Selv om direktivet ikke stiller noe eksplisitt krav om lovforbud mot diskriminering fra offentlige eller private arbeidsgiveres side, kreves det at personer som mener seg krenket kan ”ingive klage til retslige og/eller administrative instanser (...) med henblikk på håndhevelse av forpligtelserne i henhold til dette direktiv”, jf. artikkel 9 nr.1.

Statene plikter altså å sørge for at den enkelte arbeidssøker eller arbeidstaker kan håndheve brudd på likebehandlingsprinsippet begått av arbeidsgiver, enten ved søksmål eller ved klage til en administrativ instans.

Direktivet krever også at statene innfører bestemmelser som verner enkeltpersoner mot *gjengjeldelse* på grunn av at de har fremmet sak om diskriminering i arbeidslivet, jf. artikkel 11.

3.2.3 Dialog mellom partene i arbeidslivet

Det følger av rammedirektivets artikkel 13 at statene i overensstemmelse med nasjonale tradisjoner og nasjonal praksis skal sørge for passende tiltak for å oppfordre til dialog mellom partene i arbeidslivet med sikte på å ”fremme likebehandling, herunder gjennom tilsyn med praksis på arbeidspladserne, kollektive overenskomster, regler for god opførsel, forskning eller udveksling af erfaringer og god praksis”. Bestemmelsen stiller ikke konkrete krav til tiltak i denne sammenheng.

3.2.4 Sanksjoner

Det er opp til statene å velge sanksjoner for overtredelse av de nasjonale bestemmelser som er vedtatt til gjennomføring av direktivet. Direktivet stiller imidlertid krav om at sanksjonene som velges skal være *effektive og avskrekkende*, og stå i et rimelig forhold til overtredelsen (proporsjonalitetsprinsippet), jf. artikkel 17.

Artikkel 10 fastsetter prinsippet om *delt bevisbyrde* i saker som gjelder forskjellsbehandling, på linje med det som gjelder for diskriminering på grunn av kjønn. Delt bevisbyrde innebærer at dersom en arbeidstaker/arbeidssøker fremfører faktiske omstendigheter som skaper en formodning om at likebehandlingsprinsippet er overtrådt, vil det være opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at dette ikke skyldes den påberopte diskrimineringsgrunn (funksjonshemming, alder, seksuelle orientering m.v.).

3.2.5 Implementeringsfrist

Fristen for gjennomføring av direktivet er i følge artikkel 18 nr.2 den 2. desember 2003. Statene kan om nødvendig få frist til 2. desember 2006 for gjennomføring av bestemmelsene om diskriminering pga. alder og funksjonshemming.

4. Noen utgangspunkter

4.1 Likebehandlingsprinsippet

Utvalget legger til grunn at det er naturlig at en gjennomgang av arbeidsmiljøloven med tanke på å bidra til målet om et arbeidsliv for alle, tar utgangspunkt i prinsippet om likebehandling.

Prinsippet om likebehandling eller ikke-diskriminering har en sentral plass i internasjonal arbeidsrett og ble introdusert allerede ved ILO-konvensjon nr. 111 i 1959. Prinsippet er senere blitt nærmere presisert og utvidet til nye grupper gjennom FN-konvensjoner og EU-direktiver. Flere av disse har relevans for arbeidslivet og arbeidstakernes rettigheter.

Utvalget viser særlig til det grunnleggende diskrimineringsforbud som finnes i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 artikkel 26. Den har følgende ordlyd:

«All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.»⁴

⁴ Norsk oversettelse: »Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig.»

Det blir gitt en nærmere redegjørelse for aktuelle konvensjoner i kapittel 8.

Det er grunn til å anta at det i dag forekommer diskriminering i arbeidslivet på bakgrunn de ulike diskrimineringsgrunnlag. Utvalget mener det må være en målsetning at lovgivningen som regulerer arbeidslivet bør bidra til at ingen stenges ute eller støtes ut av arbeidslivet på grunn av kjønn, alder, religion eller livssyn, etnisk tilhørighet, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering.

Implementering av EUs rammedirektiv mot diskriminering vil inngå som et viktig element i arbeidet med å forhindre diskriminering i arbeidslivet gjennom lovregulering. Utvalget legger til grunn at målsettingen bør være at Norge skal ha et vern på dette området som er minst på høyde med EU.

I norsk rett har vi et uttrykkelig forbud mot diskriminering ved ansettelse i forhold til grupper som er vernet gjennom internasjonale konvensjoner. Det har også vært lagt til grunn at forbud mot diskriminering på ulike grunnlag i forhold til arbeidsmiljø, oppsigelsesvern osv. er ivaretatt gjennom arbeidsmiljølovens generelle krav til bl.a. forsvarlig arbeidsmiljø og saklig oppsigelse. Utvalgets oppgave er å vurdere om dette vernet er tilstrekkelig til å oppfylle EU-direktivets krav.

Lovforbud mot diskriminering i arbeidslivet er bare ett av flere virkemidler for å motvirke utstøting av grupper i arbeidslivet, og må ses i sammenheng med tiltak av mer forebyggende art. For utvalget har arbeidet med reglene om diskriminering i arbeidslivet nær sammenheng med andre temaer utvalget arbeider med, som for eksempel inkluderende arbeidsliv.

4.2 Direktivets EØS-relevans

Rammedirektivet mot diskriminering inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke sammen med rådsdirektiv 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering og en handlingsplan for bekjempelse av diskriminering. EUs ikke-diskrimineringspakke er hjemlet i Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskapet (TEF) artikkel 13. TEF artikkel 13 er ikke en del av EØS-avtalen. EU-kommisjonen har imidlertid merket ikke-diskrimineringspakken som EØS-relevant. Det er foreløpig ikke truffet noen felles EØS/EFTA-beslutning i spørsmålet om det er ønskelig å slutte seg til ikke-diskrimineringspakken. Norge har besluttet å slutte seg til pakken, mens Liechtenstein p.t. ikke ønsker dette.

4.3 Helhetlig regulering av diskrimineringsvernet

Utvalget mener det er viktig med en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet uavhengig av diskrimineringsgrunn. I dag regulerer likestillingsloven forskjellsbehandling på grunn av kjønn, mens arbeidsmiljøloven regulerer forskjellsbehandling ved ansettelser på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform, funksjonshemming m.v. I NOU 2002:12 foreslår Holgersen-utvalget en særskilt lov mot etnisk diskriminering. Utvalget foreslår samtidig at gjeldende § 55 A i arbeidsmiljøloven endres, slik at diskrimineringsvernet ved ansettelser knyttet til rase, hudfarge og nasjonal eller etnisk opprinnelse fjernes. Forslaget begrunnes med at vernet mot diskriminering av nevnte

grunner vil være dekket av den foreslåtte særloven. Regjeringen nedsatte 29. november 2002 et utvalg som skal utrede spørsmålet om en styrking av det rettslige vernet mot diskriminering av funksjonshemmede. Utvalget, som har frist til 31. desember 2004, er en oppfølging av Manneråk-utvalget, jf. NOU 2001: 22.

Arbeidslivslovutvalget forstår ønsket om særregulering for å sette fokus på diskrimineringsvernet knyttet til spesielt utsatte grupper. Et samlet utvalg er likevel av den oppfatning at en spredt lovgivning på diskrimineringsområdet er uheldig, og særlig når det gjelder å motvirke diskriminering i arbeidslivet. En slik lovstruktur er lite brukervennlig, og kan også være prosesskapende. Utvalget vil peke på at det i en og samme sak vil kunne foreligge flere diskrimineringsgrunnlag, for eksempel etnisitet og religion. Dersom vernet knyttet til de enkelte diskrimineringsgrunnlag er forskjellig i ulike lover, vil dette reise en rekke rettslige spørsmål. Det gjelder særlig i den grad definisjonen av diskriminering og reglene om bevisbyrde og sanksjoner er forskjellige. Forskjellene kan være mer eller mindre tilsiktet. Bare den omstendighet at vernet er ulikt utformet, reduserer brukervennligheten og kan føre til unødige prosesser. Hensynet til bl.a. enkelthet og brukervennlighet tilsier en helhetlig regulering. Utvalget vil derfor foreslå at en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet utredes nærmere, og at dette arbeidet settes i gang i løpet av kort tid. Det vises i denne sammenheng også til at det er nedsatt en svensk parlamentarisk komité som har fått i oppdrag å vurdere en enhetlig diskrimineringslovgivning i Sverige.

5. Noen sentrale begreper

5.1 Begrepene forskjellsbehandling og diskriminering

I dagligtale brukes begrepene ”diskriminering” og ”forskjellsbehandling” i stor grad om hverandre.

Diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 55 A er formulert som et forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelse. Begrepet ”forskjellsbehandling” i § 55 A bygger på likestillingslovens begrepsbruk.⁵ I likestillingslovens generalklausul § 3 slås fast at ”forskjellsbehandling” mellom kvinner og menn er forbudt. Deretter defineres nærmere hva som menes med ulovlig forskjellsbehandling.

I norsk lovgivning er det ikke noen eksempler på at diskrimineringsbegrepet er brukt. I forslaget til ny lov mot etnisk diskriminering som er lagt fram i NOU 2002:12 er benyttes imidlertid ”diskriminering” som begrep.

I nordisk rett varierer det noe hvilket uttrykk som brukes. I Sverige brukes ”diskriminering”, mens man i Danmark bruker ”forskjellsbehandling”.

Utvalget vil i innstillingen bruke både ”diskriminering” og ”forskjellsbehandling” og påpeker at begrepene i denne sammenheng er ment å være synonyme. I utvalgets konkrete forslag til endringer i arbeidsmiljøloven vil imidlertid bare

⁵ jf. Ot prp nr. 67 (1996-1997)

”forskjellsbehandling” bli benyttet. Det vises i denne sammenheng særlig til at dette begrepet allerede er innarbeidet i loven, og at det samsvarer med begrepsbruken i likestillingsloven⁶. I tillegg har utvalget vurdert det slik at begrepet ”forskjellsbehandling” i dagligtale kan oppfattes som et noe mindre strengt begrep enn ”diskriminering”. Ved å velge dette begrepet kan man muligens ”fange opp” eventuelle tilfeller som ikke uten videre blir oppfattet som ”diskriminering”, men som likevel er omfattet av det diskrimineringsvern som er etablert i direktivet - og som søkes etablert gjennom utvalgets forslag til endringer i arbeidsmiljøloven.

5.2 Begrepene etnisitet, rase og nasjonal opprinnelse, alder, seksuell legning/orientering, funksjonshemming og tro/livssyn

5.2.1 Etnisitet, rase, hudfarge og nasjonal opprinnelse

Rammedirektivet omfatter ikke diskriminering på grunnlag av etnisitet, rase, hudfarge eller nasjonal opprinnelse. Forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse er inntatt i Rådsdirektiv 2000/43/EF. Dette direktivet er i NOU 2002:12 foreslått gjennomført ved en ny lov mot etnisk diskriminering. I og med at dette forslaget p.t. ikke behandlet, mener utvalget at gjeldende forbud i arbeidsmiljøloven mot forskjellsbehandling på grunn av etnisitet må opprettholdes.

Utvalget vil i innstillingen bruke begrepet etnisitet som et samlebegrep for etnisitet, rase og hudfarge. Nasjonal opprinnelse opprettholdes som et selvstendig begrep. Se nærmere under kapittel 11.3.5.

5.2.2 Alder

Direktivet inneholder ikke noen definisjon av alder. Et forbud mot diskriminering på grunn av alder må antas å gjelde all former for aldersdiskriminering, både på grunn av høy og på grunn av lav alder. Utvalget har lagt denne forståelsen til grunn i innstillingen.

5.2.3 Seksuell orientering

Direktivet definerer heller ikke begrepet seksuell orientering. Samme begrep er også brukt uten noen nærmere presisering/forklaring i Amsterdam-traktatens artikkel 13, som utgjør det rettslige grunnlaget for direktivet. I Kommisjonens direktivforslag sies imidlertid at det skilles mellom begrepet ”seksuell legning” og ”seksuelt beteende”.⁷ Hva som inngår i de to begrepene går imidlertid ikke Kommisjonen inn på.

I de forskjellige språkversjoner av direktivet er brukt følgende begreper:

- Sverige: ”*viss seksuell legning*”
- Danmark: ”*bestemt seksuell orientering*”
- Frankrike: ”*orientation sexuelle donnès*”
- England: ”*particular sexual orientation*”
- Tyskland: ”*betimmten sexuellen Ausrichtung*”

⁶ jf. Ot prp nr. 67 (1996-1997)

⁷ jf. KOM (1999) 565 s.7

- Nederland: ”*seksuele geaardheid*”

I Sverige er begrepet ”seksuell lægning” i 1999års arbeidsrettslige lov definert som homoseksuell, biseksuell og heteroseksuell legning.⁸ Med andre ord anvendes begrepet som en fellesbetegnelse for disse tre legninger. I den svenske loven avgrenses begrepet ”seksuell legning” mot ulike former for ”seksuell adferd” som finnes hos så vel heteroseksuelle som homo- og biseksuelle personer. Slik adferd anses å gi uttrykk for en seksualitet som går ut over den seksuelle legningen til personen det gjelder, og kan for eksempel omfatte pedofili. Etter denne svenske forståelsen kan altså en person være for eksempel heterofil og pedofil, men ikke bare pedofil.

Utvalget vil i innstillingen bruke begrepet seksuell orientering, jf. kapittel 11.3.4.

5.2.4 Funksjonshemming

Rammedirektivet inneholder ingen legaldefinisjon av hva som menes med funksjonshemming (”handicap”). Verken fortalen eller de enkelte bestemmelser gir nærmere veiledning for hvordan begrepet skal forstås.

Begrepet funksjonshemming er ikke entydig. WHO’s definisjon av ”handicap” fra 1980⁹ omfatter en fysisk eller psykisk svekkelse (”impairment”) som får negativ betydning for utøvelsen av en aktivitet (”disability”). ”Handicap” foreligger når den manglende evnen til å utføre aktiviteten også svekker individets mulighet til å utøve en sosial normalrolle, f.eks. deltakelse i arbeidslivet.

5.2.5 Livssyn

I følge direktivets artikkel 1 er forskjellsbehandling på grunn av ”religion eller tro” forbudt, uten at det er presisert nærmere hvordan de to begrepene forholder seg til hverandre. Det kan umiddelbart være vanskelig å fastslå rekkevidden av begrepet ”tro”. Punkt 24 i fortalen til direktivet gir imidlertid en viss pekepinn på hvordan begrepet skal fortolkes. Her er det inntatt en henvisning til Erklæring nr. 11 om kirkers og ”konfessionsløse” organisasjoners status, som er knyttet til sluttakten til Amsterdam-traktaten. I erklæringen uttaler EU sin respekt for rettsstillingen til kirker og andre religiøse sammenslutninger og for filosofiske og ”konfessionsløse” organisasjoner. I Cappelens leksikon er konfesjon definert som skriftemål, trosbekjennelse, bekjennelsesskrift, trossamfunn, og *konfesjonsløs* – som ikke bekjenner seg til noen religion; som ikke tilhører noe trossamfunn.

Dette innebærer at begrepet bør forstås slik at det også omfatter for eksempel ateistiske eller filosofiske betraktninger/overbevisninger/ideologier. Det må således kunne utledes av punkt 24 er at statene kan opprettholde eller fastsette spesielle bestemmelser om regulære, legitime og berettigede ervervsmessige krav, som kan stilles som vilkår for utøvelse av slik ervervsmessig aktivitet/arbeid (jf. unntaket i direktivets artikkel 4.2). En slik vid fortolkning synes også å finne støtte i de ulike språkversjonene av direktivet, der det er brukt følgende ord/begrep:

⁸ jf. SOU 2002:43 ”Et utvidet skydd mot diskriminering, side 156.

⁹ WHO, International Classifications of Impairments, Disabilities and Handicaps, 1980 s. 27-29

Dansk: "tro"
Svensk: "övertygelse"
Engelsk: "belief"
Fransk: "les convictions"
Tysk: "Weltanschauung"

Utvalget antar at på norsk vil begrepet "livssyn" gi god veiledning og samtidig være innholdsmessig dekkende for direktivets innhold på dette punkt, og vil anvende dette.

6. Kunnskap om diskriminering i arbeidslivet i Norge

6.1 Generelt

Utvalget har ikke hatt som målsetning å foreta noen bred kartlegging av omfanget av diskriminering i arbeidslivet. I den følgende gjennomgangen er det tatt utgangspunkt i undersøker og rapporter av ulike slag, samt annen offentlig tilgjengelig informasjon.

6.2 Funksjonshemming

Mennesker med funksjonshemninger som kan og vil jobbe, møter ofte problemer med å komme inn på arbeidsmarkedet. Yrkesaktiviteten er vesentlig lavere enn blant befolkningen generelt. Det finnes ingen løpende statistikk over yrkesdeltakelsen, men nyere tall fra SSBs levekårsundersøkelser viser at mennesker med funksjonsnedsettelse som gruppe er mer utsatt for svingninger i de økonomiske konjunktorene enn mange andre arbeidstakergrupper.¹⁰ Utviklingen på arbeidsmarkedet i Europa viser den samme tendensen som i Norge. Tall for EU viser at mennesker med funksjonsnedsettelse har to til tre ganger høyere risiko for å bli arbeidsledige og forbli arbeidsledige i lange perioder sammenlignet med resten av arbeidsstyrken.

Levekårsundersøkelsene viser at yrkesdeltakelsen blant funksjonshemmede i alderen 16-66 år var synkende fra 1987 og frem til 1991. I dette tidsrommet sank også tallet på sysselsatte i befolkningen totalt. Fra 1991 har det imidlertid vært vekst i sysselsettingen blant funksjonshemmede. En tilleggsundersøkelse om sysselsetting av mennesker med nedsatt funksjonsevne til arbeidskraftundersøkelsen (AKU) for annet kvartal 2002 viser at 47 prosent i alderen 16-66 år er sysselsatt i inntektsgivende arbeid mot nær 80 prosent i befolkningen generelt i denne aldersgruppen, mens tre prosent var arbeidsledige. Sammenlignet med en tilsvarende undersøkelse i fjerde kvartal 2000 har yrkesaktiviteten blant de funksjonshemmede holdt seg stabil. Mange er ikke i fulltidsarbeid og er i tillegg mottakere av gradert uførepensjon. AKU-undersøkelsen viser at forskjellen i yrkesdeltakelsen mellom mennesker med funksjonsnedsettelse og befolkningen totalt er klart mindre blant de yngre enn blant de eldre.

Fire av ti funksjonshemmede arbeidstakere oppgir at de har fått arbeidssituasjonen tilpasset sin funksjonshemming, flest i form av endringer i arbeidsoppgavene og i

¹⁰ Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt 8.1

arbeidstiden.¹¹ Av dem som ikke har fått arbeidssituasjonen tilpasset funksjonshemningen, sier 23 prosent at det er behov for slik tilpasning. En like stor andel av dem som allerede har fått noe tilrettelegging, oppgir at de hadde behov for enda mer.

«Statene bør, når de opptrer som arbeidsgivere i den offentlige sektor, skape gunstige vilkår for ansettelse av funksjonshemmede» (FNs standardregel 7). Arbeids- og administrasjonsdepartementet uttaler i St.prp. nr. 1 (2000-2001) at det ønsker å stimulere til økt rekruttering av kvalifiserte funksjonshemmede i staten. Andelen ansatte med funksjonsnedsettelse i staten er imidlertid meget lav, i 1999 var den på 0.7 prosent av arbeidsstokken.

Forskning viser at det er vanskelig for funksjonshemmede å få jobb, og mange opplever at de utelukkes fra en stilling uten at det er tatt konkret stilling til deres kvalifikasjoner. En funksjonsnedsettelse blir i seg selv ansett som diskvalifiserende, uansett om den vil innvirke på muligheten til å utføre det aktuelle arbeidet eller ikke.

En studie av kvinner med funksjonshemning ”Vanlige kvinner - uvanlige utfordringer” er en kvalitativ undersøkelse av 37 kvinner, som ble gjennomført fra 1995-1997. Flere av de som deltok i undersøkelsen mener at de blir møtt med skepsis på arbeidsplassen, og at de stadig må bevise at de er like dyktige som andre arbeidstakere - både på grunn av funksjonsnedsettelsen og fordi de er kvinner. Undersøkelsen viser at også kvinner med utdanning ofte har problemer med å komme i arbeid, og mange erfarer at åpenhet rundt funksjonsnedsettelsen minsker muligheten for å få jobb.¹²

I følge en kartleggingsundersøkelse blant funksjonshemmede studenter ved Universitetet i Oslo (194 respondenter), synes det som om synshemmede har større problemer knyttet til studie- og arbeidssituasjon enn andre grupper. 29 prosent av deltakerne i undersøkelsen var i arbeid etter endt utdanning, mens sysselsettingsandelen for de med synshemninger var 21 prosent.¹³

6.3 Alder

Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) til Statistisk sentralbyrå viser at deltakelsen i arbeidsmarkedet øker med stigende alder til og med aldersgruppen 30-39 år. I følge tall for 2. kvartal 2002 er i underkant av 90 pst. av befolkningen yrkesaktive i denne aldersgruppen. Yrkesaktiviteten er nesten like høy i aldersgruppen 40-54 år, men faller markant i aldersgruppen 55-66 år der yrkesaktiviteten var 65,5 pst. i 2. kvartal 2002. Imidlertid har yrkesaktiviteten for aldersgruppen 55-66 år økt fra 62,3 pst. i 1998. Dette skyldes økt yrkesaktivitet blant kvinner i aldersgruppen 55-66 år. Ser vi på yrkesaktiviteten i aldersgruppen 60-66 år de siste 20 årene har yrkesaktiviteten blant menn blitt vesentlig redusert, fra om lag 72 pst. i 1980 til om lag 53 pst. i 2001,

¹¹ AKU annet kvartal 2002

¹² T. A. Sørheim. (1998): Vanlige kvinner - uvanlige utfordringer)

¹³ Knut Fossetøl (1995): Overgangen til arbeidslivet for funksjonshemmede studenter med høyere utdanning. Notat 12/95 Arbeidsforskningsinstituttet

mens den for kvinner har økt fra om lag 38 pst. til om lag 44 pst. i det samme tidsrommet.

Undersøkelser viser at det er en vanlig oppfatning at aldersdiskriminering forekommer, se særlig Per Erik Solem, ”For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering”¹⁴. Omfanget av forskjellsbehandling i praksis er i følge disse undersøkelsene mer usikkert, men personer som oppfattes som eldre synes mindre inkludert i opplæring og i medarbeidersamtaler, og de blir sjeldnere tildelt nye arbeidsoppgaver og nye utfordringer. Det synes å være en tendens til å behandle personer som oppfattes som eldre som en ensartet aldersgruppe ut ifra negative grunnholdninger som ofte ikke kommer åpent fram.

Negative holdninger f.eks. til læreevne hos mennesker som oppfattes som eldre kan begrense deres mulighet for deltakelse i opplæring og kompetanseutvikling på jobben, enten direkte ved at de ikke får tilbud om kurs eller opplæring i ny teknologi, eller indirekte ved at holdningene er internalisert hos eldre arbeidstakere selv, slik at de ikke etterspør opplæring. Positive holdninger i form av medfølelse og respekt kan virke passiviserende ved at eldre blir latt i fred og ikke gitt utfordringer for at de skal slippe å anstrenge seg for mye og «ha det godt» de siste årene i arbeidslivet.

Definisjonen av hvem som tilhører gruppen ”eldre” arbeidstakere er uklar. Solem¹⁵ referer to norske undersøkelser blant ansatte i henholdsvis kommunesektoren og industri, bank/forsikring samt forsknings- og utviklingsvirksomhet som viser ganske sammenfallende oppfatninger om at man gjennomsnittlig regnes som eldre i jobben fra 51 års alder. Det var relativt små forskjeller etter utdanning, kjønn og alder. Det ble også spurt om når en ikke lenger kan regnes som yngre i arbeidslivet. Her lå svarene gjennomsnittlig på 39-40 år. I henhold til denne undersøkelsen det altså å være en periode i 40-års alderen og til litt over 50 der en verken regnes som yngre eller eldre. Det vises imidlertid også til undersøkelser blant arbeidsgivere som tyder på at man i noen sammenhenger blir regnet som eldre allerede ved 35-40 års alder¹⁶.

I en undersøkelse som MMI våren 2002 foretok for Senter for seniorpolitikk kom det fram at 1/3 av yrkesaktive nordmenn tror at man svært ofte eller ofte blir diskriminert på grunn av alder. Solem¹⁷ refererer en opinionsundersøkelse i EU-landene i 1992

¹⁴ Solem, Per Erik: ”For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering” (NOVA Rapport 4/01 Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring)
Se også Dahl: ”Eldre arbeidstakeres stilling på arbeidsmarkedet.” En litteraturstudie, (SNF-rapport nr. 39/00. Stiftelsen for samfunns- næringslivsforskning)

¹⁵ Solem, Per Erik: ”For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering” (NOVA Rapport 4/01 Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring) s. 15

¹⁶ Solem, Per Erik: ”For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering” (NOVA Rapport 4/01 Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring) s. 38 og 41

¹⁷ Solem, Per Erik: ”For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering” (NOVA Rapport 4/01 Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring) s. 35

(Eurobarometer) som tyder på at slike oppfatninger var like utbredt i yngre aldersgrupper som i eldre. Et klart flertall av EU-befolkningen over 15 år trodde at eldre blir diskriminert ved ansettelser (79 prosent), ved opplæring (67 prosent) og ved forfremmelser (62 prosent). Det var stor enighet om dette i alle de 12 landene, i alle aldersgrupper og både blant menn og kvinner. Det var også et klart flertall i EU-landene (bortsett fra Danmark) om at det burde innføres lover for å forsøke å stoppe aldersdiskrimineringen i arbeidslivet.

Rapporten ”Livsløp, yrkeskompetanse og arbeidsmiljøutvikling”¹⁸ oppsummerer statistikk fra nasjonale arbeidslivsundersøkelser¹⁹ samt faglitteratur på området. Rapporten viser at arbeidstakere som oppfattes som eldre penses inn på et sidespor når virksomhetene innfører ny teknologi, til tross for at forskning om Eldres evne til å lære seg informasjons- og kommunikasjonssystemer i jobbsammenheng, viser at yrkesprestasjoner og læringsevne forringes lite med alderen. Også i denne undersøkelsen kommer det fram at ”det synes (...) å være klart at diskriminering i arbeidsmarkedet forekommer, og at ansettelse, opplæring og forfremmelser som involverer eldre personer, ikke er helt nøytrale i forhold til alder, kjønn og rase”, men at omfanget er vanskelig å kartlegge.

MMIs undersøkelse for Senter for seniorpolitikk viser i følge Senter for seniorpolitikk at 13 prosent av næringslivslederne har unnlatt å ansette eller forfremme arbeidstakere på grunn av høy alder. 47 prosent av disse oppga at personen en unnløt å ansette/forfremme, var i alderen 55-59 år. Tendensen er noe sterkere i større, enn i mindre bedrifter (10-24 ansatte).

Det er først og fremst det øvre alderssjiktet i arbeidslivet som oppgir å ha opplevd aldersdiskriminering. Om lag 13 prosent av de yrkesaktive over 60 år sier de har opplevd aldersdiskriminering. Av alle som er yrkesaktive på heltid, rapporterer 4 prosent om diskriminering på grunn av alder. MMI har intervjuet 600 næringslivsledere og 1000 representanter fra befolkningen generelt.

FAFO har gjort en analyse av tidligpensjonering og bruk av avtalefestet pensjon (AFP) i privat sektor²⁰. Undersøkelsen viser at mange arbeidstakere som går av med AFP, faktisk kunne tenke seg å jobbe videre. Hver fjerde førtidspensjonist ønsker egentlig å jobbe videre, men blir presset ut av arbeidslivet på grunn av ny teknologi, nedbemanning og omstilling. Undersøkelsen konkluderer med at svært mange følte at arbeidsgiveren ikke lenger hadde behov for deres arbeidskraft eller kompetanse.

Av de 1 500 som deltok i undersøkelsen, var det mange som sa at de følte det var naturlig å gå av i en nedbemanningsprosess for å gi plass til de unge. Én av fire anslo innføring av ny teknologi som en grunn til å gå av. Mange bedrifter lokker med gavepensjoner til eldre ansatte. Slik forsterkes følelsen av at de bør gå av.

¹⁸ Lahn, Moen Johansen, Karlsen og Aas: Livsløp, yrkeskompetanse og arbeidsmiljøutvikling, AFIs rapportserie nr. 5/99, Arbeidsforskningsinstituttet

¹⁹ Arbeidslivsundersøkelsen 1993, Levekårsundersøkelsen i 1996 og Levekårsundersøkelsen i 1997

²⁰ Fafo-rapport 2000:385 Tove Midtsundstad: ”AFP-pensjonisten – sliten eller frisk og arbeidsfør”.

FAFO har videre i et forprosjekt for Samarbeidsutvalget mellom NHO og NITO²¹ gitt en beskrivelse av ingeniørens tidligpensjoneringsatferd og antydning hva som er hovedårsakene til at mange velger å gå av tidlig. Rundt en tredjedel av de AFP-pensjonerte ingeniørene følte seg presset til å gå av. Like mange ga uttrykk for at arbeidsgiver ikke hadde bruk for dem lenger. Opplevd press var langt mer utbredt blant ingeniørene enn blant ansatte ellers i NHO-området.

6.4 Etnisitet

Ikke-vestlige innvandrere deltar i mindre grad i arbeidslivet enn befolkningen ellers. Statistikk fra arbeidstakerregisteret (inkluderer ikke selvstendige næringsdrivende) viser at 51 pst. av førstegenerasjonsinnvandrere i alderen 16-74 år er registrert som arbeidstakere. For befolkningen i alt er andelen 61 pst. Deltakelse i arbeidslivet blant innvandrerkvinner er spesielt lav. Aetats ledighetsstatistikk viser at den registrerte ledigheten blant innvandrere var 7,9 pst. i 1. halvår 2002. Ledigheten blant innvandrere er dermed 2,7 ganger høyere enn for befolkningen som gjennomsnitt. I 1. halvår 2002 var det registrert om lag 11 600 arbeidsledige innvandrere, dvs. at 16,7 pst. av de registrerte helt ledige var innvandrere. Etter at forskjeller i ledighetsrater mellom innvandrere og arbeidssøkere generelt avtok noe mot slutten av 1990-tallet, har forskjellene i ledighetsratene økt de siste 2-3 årene.

Det vises for øvrig til en omfattende redegjørelse i Holgersen-utvalgets innstilling (NOU 2002:12 kapittel 4) av forskningsrapporter mv. om diskriminering på grunn av etnisitet.

6.5 Religion eller livssyn

Spørsmål om diskriminering pga religion/livssyn kan tenkes å forekomme i relasjon til alle slags religions-/ livssynsretninger. Et eksempel fra rettspraksis hvor denne problemstillingen er behandlet er Diakonhjemmet-saken (Rt. 1986 s. 1250), hvor spørsmålet var om Diakonhjemmets sosialhøgskole var berettiget etter arbeidsmiljøloven § 55 A til å spørre søkere til lærerstillingene om deres forhold til den kristne tro. Retten kom til at det i den konkrete saken måtte være anledning til å spørre om livssyn for å sikre at stillingsinnehaverne i nødvendig utstrekning hadde det livssyn som gjennomføringen av institusjonens formål var avhengig av.

Den diskriminering i arbeidslivet som registreres i Norge i forhold til religion/livssyn vil imidlertid ofte være relatert til arbeidstakerens etniske bakgrunn. Senter mot etnisk diskriminering (SMED) viser til henvendelser fra personer som er nektet arbeid pga bruk av religiøst hodeplagg. SMED har som utgangspunkt at å nekte en person ansettelse på et slikt grunnlag anses som diskriminering på religiøst grunnlag, med mindre det er anført saklige hensyn mot bruk av hodeplagget (hygiene, sikkerhet, helse). SMED gjorde i 2001 en undersøkelse blant arbeidsgivere, for å få et bilde på hvilke holdninger arbeidsgiverne har til bruk av religiøst hodeplagg på arbeidsplassen.²²

²¹ Fafo-notat 2002:13 Tove Midtsundstad: ”Vi har ikke bruk for deg lenger ----”

²² SMED-rapporten ” Når noen er likere enn andre.. (om bruk av religiøst hodeplagg)”, Oslo 7. september 2001

Svarene fra de 127 bedriftene viser blant annet at:

- 75 bedrifter oppgir at de tillater bruk av religiøst hodeplagg på arbeidsplassen mens 26 bedrifter oppgir at de ikke godtar dette.
- Kun 10 bedrifter begrunner sitt negative standpunkt med at uniformsreglementet forbyr hodeplagg.
- Kun 7 bedrifter opplyser at de per i dag har ansatte som benytter religiøst hodeplagg på arbeid. Samtlige av disse ansatte er kvinner.
- Kun 6 bedrifter oppgir at de spør på intervju om man kommer til å benytte religiøst hodeplagg på arbeidet, mens hele 116 bedrifter sier at de ikke spør om dette.
- 53 bedrifter utaler at de har ingen eller nøytrale erfaringer med ansatte som benytter religiøst hodeplagg.
- 43 bedrifter opplyste at konsernet eller kjeden har overordnede retningslinjer som forbyr diskriminering.

Det foreligger ikke statistikk over personer som bruker religiøst hodeplagg og deres deltakelse i arbeidslivet, og undersøkelsen kan derfor bare gi grunnlag for å si noe om tendensene man ser. Flere, og særlig kvinner (som i stor grad er de som bærer religiøst hodeplagg), opplever at de ikke blir ansatt, men at arbeidsgivere bruker andre begrunnelser enn akkurat religion. Samtidig er det bare 20 pst. av de spurte bedriftene som sier at de ikke godtar bruk av religiøse hodeplagg til uniform. SMED mener likevel å se en tendens til diskriminering av brukere av religiøse hodeplagg, især sammen med andre forhold, bl.a. at man er innvandrere og/eller kvinne.

6.6 Seksuell orientering

Forskerne skiller mellom diskriminering av homofile i vid og snever forstand. Diskriminering i snever forstand omfatter forhold som er av arbeidsrettslig karakter, for eksempel å bli nektet ansettelse, bli oppsagt fra jobben eller bli nektet avansement. Om lag åtte prosent av de spurte i NOVAs undersøkelse om lesbiske og homofiles levekår²³ hadde opplevd diskriminering i arbeidslivet i denne betydningen.

Diskriminering i vid forstand omfatter fenomenet som baksnakking og mobbing. I underkant av 20 prosent hadde opplevd dette i en eller annen form. Det er en tendens til at det er de yngste (under 25 år) som viser seg å være mest utsatt for denne typen diskriminering.

I en undersøkelse blant ledelsen i utvalgte større organisasjoner ble det fokusert på hva slags holdning organisasjonene hadde, og hvor bevisste de var når det gjaldt homofile medarbeidere. Det overordnede spørsmålet var hva arbeidsgiveren gjorde for at flere homofile skulle ønske å være åpne på arbeidsplassen. Svarene varierte fra en negativ holdning til å ta opp dette temaet, til i noen virksomheter hvor problematikken omkring homofili var tatt opp som en prinsipp sak.²⁴

²³ NOVA-rapport 1:1999

²⁴ :Stortingsmelding nr. 25 (2000-2001) fra BFD

7. Gjeldende rett – forbud mot diskriminering

I dette kapittelet skal det redegjøres kort for norsk lovgivning som er relevant i forbindelse med diskriminering i tilknytning til arbeidslivet.

7.1 Grunnloven

I følge Grunnloven § 110 c «paaligger (det) Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelse af Traktater herom fastsættes ved Lov».

Forbudet mot diskriminering er et av de sentrale prinsippene innen internasjonale menneskerettigheter. Noe slikt forbud er ikke kommet eksplisitt til uttrykk i Grunnloven, men det følger av Grunnloven § 110 c at statens myndigheter har plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.

Grunnloven § 110 pålegger videre «Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbejdsdygtigt Menneske kan skaffe seg Udkomme ved sit Arbeide».

Bestemmelsen er en prinsipperklæring om statens plikt til å føre en aktiv politikk med sikte på at alle skal kunne få et arbeid. Den gir imidlertid ikke den enkelte en juridisk rett til arbeid som kan gjennomføres ved saksanlegg mot staten.²⁵

7.2 Menneskerettighetene

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett fastsetter forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene slik de kommer til uttrykk gjennom de tre mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene: Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, FNs konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og FNs konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter. Konvensjonene er gjennom menneskerettsloven gitt direkte virkning som norsk lov.

7.3 Sivilrettslig vern mot diskriminering

7.3.1 Arbeidsmiljøloven

§ 55 A (ansettelse)

I norsk rett antas det å følge av prinsippet om arbeidsgivers styringsrett at man i utgangspunktet står fritt til å velge hvem man ønsker å ansette i sin virksomhet.²⁶ Fra dette prinsippet er det gjort noen unntak i lovgivningen. For eksempel inneholder arbeidsmiljøloven § 67 og tjenestemannsloven § 13 regler om fortrinnsrett til ny ansettelse for personer som tidligere er sagt opp fra sin stilling på grunn av forhold som arbeidsgiver er ansvarlig for. I arbeidsmiljøloven § 55 A finnes det regler som

²⁵ Andenæs, Statsforfatningen i Norge 7. utgave 1990 s. 516-517.

²⁶ Friberg, Fougner, Holo, Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave 7. utgave 2001 side 382

har til formål å hindre at arbeidsgivere vektlegger usaklige hensyn ved ansettelsen og derigjennom bidrar til å stenge enkeltgrupper ute fra arbeidslivet.

Arbeidsmiljølovens regler om ansettelse gjelder både for offentlig og privat sektor. Innenfor offentlig sektor gjelder det i tillegg et generelt krav om saklighet ved forvaltningsvedtak. Det vil være usaklig og derved ulovlig å legge vekt på etnisk opprinnelse, funksjonshemming m.v. både ved ansettelsesvedtak og andre enkeltvedtak som treffes i tilknytning til arbeidsforhold innen det offentlige. I offentlig sektor vil således det generelle kravet om saklighet og bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 55 A supplere hverandre og bidra til å styrke vernet mot å bli utsatt for diskriminering. Videre gjelder det en rekke lovbestemte saksbehandlingsregler innen det offentlige, som tar sikte på å gjøre saksbehandlingen betryggende og sikre at alle nødvendige hensyn blir tatt.

I arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd er det forbud mot i utlysingen eller på annen måte å kreve at arbeidssøkere skal gi opplysninger om sitt forhold til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, sin eventuelle homofile legning eller samlivsform, samt om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner. Det er også forbudt å iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Dette gjelder ikke dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet. Dersom slike opplysninger vil bli avkrevet skal dette angis i utlysningen av stillingen. Overtredelse av dette forbudet er straffbart, jf. bl.a. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1980 s. 598, hvor en tannteknikermester som averterte i avisen etter ”tanntekniker (uorganisert)” ble funnet skyldig i overtredelse av arbeidsmiljøloven § 55 A, jf. § 85 (lovens straffebestemmelse).

Arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd kom inn i loven ved lovendring som trådte i kraft 30. april 1998 og regulerer forbud mot diskriminering ved ansettelse på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning eller samlivsform og funksjonshemming. Unntatt fra forbudet mot diskriminering pga. homofil *samlivsform* er stillinger knyttet til religiøse trossamfunn der det i utlysning av stillinger er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet, jf. § 55 A tredje ledd.

Funksjonshemming ble lagt til oppstillingen ved lovendring som trådte i kraft 1. juli 2001. Det ble samtidig vedtatt noen prinsipielt viktige tilføyelser om opplysningsplikt, såkalt delt bevisbyrde og erstatning. Etter disse endringene lyder arbeidsmiljøloven § 55 A annet, samt fjerde, femte og sjette ledd slik:

«Arbeidsgiveren må ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Med forskjellsbehandling menes enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av rase, hudfarge eller etnisk eller nasjonal opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Ved vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, skal det tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.

Arbeidssøker som mener seg forskjellsbehandlet, kan kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har.

Dersom arbeidssøkeren kan påvise forhold som gir grunn til å tro at det foreligger forskjellsbehandling, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at dette ikke skyldes forhold som nevnt i annet ledd.

Dersom arbeidsgiver har handlet i strid med bestemmelsene i annet ledd, kan arbeidssøkeren kreve erstatning etter de alminnelige regler.»

§ 12 (arbeidsmiljø/trakassering)

Arbeidsmiljøloven § 12 bestemmer bl.a. at arbeidet skal legges opp slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, at arbeidstakerne ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden, og at forholdene skal legges til rette for at arbeidstakerne gis rimelig mulighet for faglig og personlig utvikling gjennom sitt arbeid. I og med at dette er et generelt utformet krav som gjelder alle arbeidstakere, legges det til grunn at reglene også innebærer et særskilt vern mot at arbeidstakere blir utsatt for trakassering og utstøting pga forhold som etnisitet, legning, tro mv, slik også NOU 2002:12 s. 72.

§ 60 (oppsigelsesvern)

Arbeidsmiljøloven § 60 inneholder krav om at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. På samme måte som § 12 er bestemmelsen generelt utformet og omfatter alle arbeidstakere. Det er imidlertid ansett å følge av saklighetsvilkåret at man ikke kan sies opp på grunn av noen av de forhold som er nevnt i § 55 A eller pga. andre lignende forhold/egenskaper ved arbeidstakeren.²⁷ Unntaket fra dette er funksjonshemming, som kan være en saklig grunn til oppsigelse dersom arbeidstakeren selv etter særskilt tilrettelegging fra arbeidsgivers side ikke er i stand til å utføre de funksjoner som tilligger stillingen på en tilfredsstillende måte.

Erfaringene med gjeldende regulering

Når det gjelder erfaringene med diskrimineringsvernet i § 55 A, tyder undersøkelser på at bestemmelsen slik den lød før den siste lovendringen var lite effektiv med hensyn til å sikre rettighetene til arbeidssøkere som følte seg diskriminert. I Senter mot etnisk diskriminering (SMED) sin rapport "Underveis mot et bedre vern 2000", uttales at i og med at lovbestemmelsen tidligere ikke inneholdt sanksjoner, verken av økonomisk eller annen art, fratok dette den som var utsatt for diskriminering et incitament til å gå til søksmål. Det uttales videre: "Vi har erfart at advokater nekter å prosedere på denne bestemmelsen, nettopp fordi dette ikke vil føre til noe for den enkelte søker (..) Et forbud mot diskriminering ved ansettelse som innebærer reelle sanksjoner for arbeidsgivere som bryter forbudet vil etter vår vurdering både ha en preventiv og en reparerende effekt."

Ettersom det nå er innført slike sanksjonsmuligheter som SMED etterlyser har arbeidssøkere som føler seg diskriminert fått en mer reell mulighet til å ivareta sine rettigheter overfor arbeidsgiver. I rapporten uttaler SMED på side 51-52 at det

²⁷ Friber. Fougner, Holo, Arbeidsmiljøloven Kommentirutgave 7. utgave 2001 s. 453.

foreløpig ikke kjenner til saker som er brakt inn for domstolene etter at § 55 A ble endret og at det derfor gjenstår å se hvordan bestemmelsen vil fungere i praksis.

Som omtalt ovenfor har arbeidsgiver i henhold til arbeidsmiljøloven § 12 plikt til å søke å avverge mobbing/trakassering på arbeidsplassen, og Arbeidstilsynet kan benytte offentligrettslige sanksjonsmidler når denne plikten ikke overholdes. Det er også antatt i rettspraksis at det innenfor reglene om skyldansvar vil kunne være grunnlag for å holde en arbeidsgiver, og også medarbeidere på en arbeidsplass, erstatningsrettslig ansvarlige for skader av fysisk og psykisk karakter som en arbeidstaker har pådratt seg som følge av slike fenomener som man betegner som mobbing. Videre ble det fastslått i den såkalte Falken-dommen (Rt. 1997.786) at arbeidsgiver kan holdes ansvarlig for mobbing som utføres av ansatte i henhold til skadeerstatningsloven § 2-1. Begrepet ”mobbing” er imidlertid uten noe fastlagt faktisk og rettslig innhold, og det synes å være lite rettspraksis omkring fenomenet. Det skal i henhold til den rettspraksis som finnes relativt mye til før retten kommer til at det er ført tilstrekkelig bevis for at saksøkeren har vært utsatt for noen behandling som med rette kan betegnes som trakassering eller mobbing, og som kan gi grunnlag for ansvar.

7.3.2 Likestillingsloven

Likestillingsloven har som formål å fremme likestilling mellom kjønnene i alle relasjoner, også i arbeidslivet. Diskrimineringsforbudet er presisert for arbeidslivet i §§ 4-6 om ansettelser, oppsigelser, lønn og utdanning mv. I likhet med arbeidsmiljøloven § 55 A inneholder likestillingsloven bestemmelser om opplysningsplikt for arbeidsgiver, delt bevisbyrde og erstatning ved usaklig forskjellsbehandling.

Videre inneholder loven en bestemmelse om aktivitetsplikt, som fastsetter at offentlige myndigheter skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder. Arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner pålegges en tilsvarende plikt til aktivitet innen henholdsvis sin virksomhet og sitt virkefelt.

7.3.3 Erstatningsrettslige regler

Skadeerstatningsloven regulerer bl.a. ansvar for enkelte særskilte grupper, deriblant arbeidsgivers ansvar for arbeidstaker i § 2-1. Denne bestemmelsen vil i følge rettspraksis, som ovenfor nevnt, være aktuell som erstatningshjemmel ved søksmål for brudd på arbeidsmiljøloven § 12 under arbeidsforholdets gang, siden arbeidsgiver her gis erstatningsansvar for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utførelse av arbeid. Erstatningsansvaret er objektivt, noe som betyr at det ikke stilles krav om skyld fra arbeidsgivers side.

Vilkår for å kreve erstatning etter erstatningsloven er som hovedregel påregnelighet, årsakssammenheng og økonomisk tap.

7.4 Strafferettslig vern mot diskriminering

Straffeloven § 135 a omhandler offentlig krenkelse på grunn av trosbekjennelse, rase, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofil legning, leveform eller orientering. Overtredelse medfører bøter eller fengsel inntil to år. Etter straffeloven § 349 a straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder den som på de samme grunnlag nekter en person varer eller tjenester.

Overtredelse av forbudet mot forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven § 55 A er straffbart, jf. arbeidsmiljøloven § 85, se kapittel 7.3.1.

8. Internasjonale forpliktelser

Reguleringer for å motvirke diskriminering har en sentral plass i internasjonal arbeidsrett. Likebehandling har vært blant ILOs formål siden grunnleggelsen. Ikke-diskriminering er et prinsipp som er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert. Flere av disse har relevans for arbeidslivet og arbeidstakeres rettigheter. Kapitlene 8.1 til 8.4 gir en kort oversikt over disse konvensjonene.

Diskrimineringsbegrepet i de internasjonale menneskerettigheter utvikles gradvis gjennom vedtakelsen av nye konvensjoner og ved en dynamisk tolkning fra de internasjonale organenes side.

Med diskriminering menes i forhold til alle konvensjoner forskjellsbehandling som *mangler saklig og objektiv grunn*. En slik begrensning i prinsippets rekkevidde må innfortolkes selv om det ikke står uttrykkelig i konvensjonsteksten. Videre må prinsippet om ikke-diskriminering ses i forhold til andre menneskerettigheter som blant annet privatlivets fred (personlig integritet) og religionsfrihet. Retten til ikke-diskriminering må avveies i forhold til andre menneskerettigheter så langt disse kommer i konflikt med hverandre. For eksempel vil hensynet til religionsfriheten bety at det kan være adgang til å gjøre unntak for trossamfunn i forhold til forskjellsbehandling på grunn av religiøs overbevisning.

Regelsettene har ellers det til felles at de på ulike måter forplikter Norge til å innføre et likebehandlingsprinsipp. Reglene innebærer en plikt for staten til å fremme eller sikre retten til å ikke bli diskriminert av visse grunner. Staten er forpliktet til å følge en politikk som fremmer likebehandling/bekjemper diskriminering. Forpliktelsen skal gjennomføres ved lovgivning eller ved andre tiltak, avhengig av den enkelte konvensjon. Staten skal i tillegg til å unngå å diskriminere selv i lovgivningen og ved utøvelse av offentlig virksomhet (blant annet når staten opptrer som arbeidsgiver), også arbeide aktivt for likebehandling/eliminering av diskriminering.

Når det gjelder diskrimineringsgrunner er det først og fremst kjønn og etnisitet, rase, minoritetsbakgrunn, språk samt politisk, religiøs og annen overbevisning som er regulert i konvensjonene. Diskriminering på grunn av eiendom, fødsel, sosial opprinnelse og status for øvrig er også regulert i flere konvensjoner. Helse er kun regulert i Sosialpakten. Homofili eller seksuell orientering og alder, er ikke særskilt nevnt i noen av konvensjonenes ikke-diskrimineringsbestemmelser, men i følge praksis omfatter flere av konvensjonene også seksuell orientering.

Det er imidlertid en tendens i rettsutviklingen til at stadig flere forhold trekkes inn under diskrimineringsvernet. Se for eksempel den reviderte sosialpakten som har med helse blant de særskilt nevnte grunner. Helse var ikke nevnt i avsnittene om ikke-diskriminering i fortalen i den opprinnelige sosialpakten. Det er også grunn til å merke seg at oppregningene av diskrimineringsgrunner ikke er uttømmende i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon eller Sosialpakten.

Lovgivning som forbyr diskriminering i arbeidsforhold er ett av flere mulige og eventuelt nødvendige tiltak for å oppfylle forpliktelsene. FNs kvinnekonvensjon og FNs konvensjon mot rasediskriminering skiller seg, på linje med de EF-rettslige direktivene, i så måte fra øvrige internasjonale regler Norge er bundet av fordi de forplikter Norge til å innføre et diskrimineringsforbud innenfor sine områder. Norges forpliktelser etter disse reglene må anses som tilstrekkelig implementert gjennom likestillingsloven, straffelovens regler om rasediskriminering og arbeidsmiljøloven § 55 A. Det vises også til Holgersen-utvalgets innstilling ”Rettslig vern mot etnisk diskriminering”.²⁸

8.1 FN-konvensjoner

8.1.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP) har flere viktige ikke-diskrimineringsbestemmelser, blant disse artikkel 2 og artikkel 26.

Konvensjonens artikkel 2 har det snevreste virkeområde av de to. Den forplikter statene til å «respektere og sikre» de rettigheter som anerkjennes i SP selv. Det vil si at artikkel 2 ikke gir en generell ikke-diskrimineringsnorm, men at statene må sørge for at de rettigheter som er gitt i konvensjonen skal respekteres og sikres uten forskjellsbehandling, for de enkeltpersoner («individuals») som konvensjonen ellers verner. Diskrimineringsvernet i artikkel 2 gjelder forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status forøvrig. FNs komité for menneskerettigheter har dessuten slått fast at konvensjonene også omfatter diskriminering på grunn av seksuell legning.²⁹

Konvensjonens artikkel 26 slår fast prinsippet om likhet for loven og fastsetter at staten har plikt til gjennom lovgivning å forby enhver form for forskjellsbehandling og å sikre alle likeverdige og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling av de nevnte grunner.

Dette er FN-konvensjonens alminnelige diskrimineringsbestemmelse. I motsetning til artikkel 2 er den ikke begrenset til diskriminering i forhold til konvensjonens øvrige rettigheter. Den får sin største selvstendige betydning nettopp der artikkel 2 kommer til kort.

²⁸ NOU 2002:12

²⁹ SOU 2002:43 side 105 (kapittel 3)

En annen - om enn mindre fremtredende - forskjell mellom de to bestemmelser, er at artikkel 2 først og fremst skal sikre de øvrige rettigheter ved å henvende seg til lovgiver, mens artikkel 26 i større grad retter seg mot de rettsanvendende myndigheter (forvaltningen og domstolene).

I Menneskerettighetskomitéens praksis og General Comments - og i den juridiske teori - er det lagt til grunn at artikkel 26 inneholder en forpliktelse til å gjennomføre positive tiltak for å avskaffe eventuell diskriminering, slik at det oppstår en reell likebehandling av personer (knyttet til ulike grupper) i staten: «the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant.»³⁰

8.1.2 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering forplikter staten mer uttrykkelig til å følge en politikk rettet mot bekjempelse av rasediskriminering (artikkel 2). Staten skal forby og avskaffe enhver form for rasediskriminering, og garantere likhet for loven uten forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse. Dette gjelder blant annet økonomiske og sosiale rettigheter som retten til arbeid, fritt valg av yrke, rettferdige og gode arbeidsforhold, beskyttelse mot arbeidsløshet, lik lønn for likt arbeid samt rettferdige og gode lønnsforhold (artikkel 5e i).

8.1.3 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner

FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner pålegger staten å gjennomføre et forbud mot diskriminering av kvinner i arbeidslivet (artikkel 2 og artikkel 11).

8.1.4 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Etter FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og politiske rettigheter artikkel 2 skal staten garantere at konvensjonens rettigheter (rett til arbeid, rettferdige og gode arbeidsvilkår m.v.) blir utøvet uten forskjellsbehandling. Artikkelen omfatter de samme diskrimineringsgrunnlag som SP artikkel 2, se kapittel 8.1.1. Også ØSK artikkel 2 begrenser virkeområdet til «de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen». I likhet med tvillingkonvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 2, er altså også denne bestemmelsen «aksessorisk», og strekker seg ikke lenger enn de rettigheter som er inntatt i konvensjonen selv.

Konvensjonen nevner ikke funksjonshemming og seksuell legning nevnes ikke uttrykkelig blant diskrimineringsgrunnene. FNs komité for utvikling har imidlertid slått fast at konvensjonen omfatter funksjonshemming. FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har videre slått fast at konvensjonen også omfatter diskriminering på grunn av seksuell legning.³¹

³⁰ NOU 2002:12 side 93 (pkt. 6.2.3.2)

³¹ SOU 2002:43 s. 105 (kapittel 3)

8.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 14 skal utøvelsen av konvensjonens rettigheter sikres uten noen som helst diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen mening, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller noe annet forhold. Konvensjonen har ingen bestemmelser som relaterer seg direkte til arbeidsforhold. Enkelte rettigheter, som for eksempel retten til privatliv i artikkel 8, vil imidlertid også ha betydning for arbeidstakere, bl.a. ved at en arbeidsgiver ikke kan iverksette kontroll-/overvåkingstiltak bare overfor enkelte grupper arbeidstakere.

Av praksis fra Europadomstolen fremgår at artikkel 14 sett i sammenheng med andre artikler i konvensjonen, anses å omfatte også seksuell legning, ettersom diskrimineringsgrunnene ikke er uttømmende.³²

8.3 Den europeiske sosialpakt

Etter Den europeiske sosialpakt skal staten ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper, som rett til arbeid, rettferdige arbeidsvilkår, trygge og sunne arbeidsforhold mv. Ved revisjonen av sosialpakten i 1996 kom det inn en bestemmelse om ikke-diskriminering. Del V artikkel E slår nå fast at rettighetene i sosialpakten skal sikres uten diskriminering på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen overbevisning, nasjonal bakgrunn eller sosial opprinnelse, helse, tilhørighet til en nasjonal minoritet, fødsel eller annen status.

8.4 ILO-konvensjoner

ILO (The International Labour Organization) er en av FNs særorganisasjoner. Organisasjonen har som en del av sitt mandat å bedre arbeids- og levekår gjennom vedtak av internasjonale konvensjoner om lønn, arbeidstid, ansettelsesvilkår og sosial sikkerhet.

8.4.1 ILO-konvensjon nr. 100 og 111

ILO-konvensjon nr. 100 forplikter staten til å fremme prinsippet om lik lønn for kvinner og menn.

Etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold er staten forpliktet til å følge en politikk som tar sikte på, ved metoder som er avpasset nasjonale forhold, å fremme like muligheter og likebehandling, med henblikk på å fjerne diskriminering i arbeidslivet (artikkel 2). Med diskriminering menes i konvensjonen enhver forskjellsbehandling, utelukkning eller særfordel som på basis av rase, farge, kjønn, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse eller sosial herkomst virker slik at det opphever, eller vanskeliggjør lik adgang til, eller behandling i sysselsetting eller yrkesutøving (artikkel 1).

³² SOU 2002: 43 side 108 (kapittel 3)

8.4.2 ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter

«Urfolkskonvensjonen» ble lagt ut for undertegning i 1989. Norge ratifiserte konvensjonen som første stat, 20. juni 1990. For Norges del har konvensjonen sentral betydning for den samiske befolkning.

Konvensjon nr. 169 inneholder viktige bestemmelser for urfolkens kultur og næringsliv. Ikke-diskriminering ligger under som viktige forutsetninger for konvensjonen, og er også nevnt eller henvist til i enkelte av konvensjonens bestemmelser.³³

I artikkel 20 nr. 2 pålegges myndighetene en plikt til å gjøre «alt som er mulig» for å hindre enhver diskriminering mellom arbeidstakere fra vedkommende folk og arbeidstakerne for øvrig, og særlig med hensyn til:

«Adgang til sysselsetting, inkludert fagarbeid, foruten tiltak for opprykk og forfremmelse;

Lik lønn for arbeid av lik verdi;

Medisinsk og sosial bistand, helse og sikkerhet i arbeidsforhold, alle trygdeytelser og enhver annen yrkesmessig betinget ytelse og til bolig;

Rett til organisering og frihet til å drive alt lovlig fagforeningsarbeid, og rett til å inngå kollektive avtaler med arbeidsgiver eller arbeidsgiverorganisasjoner.»

Artikkel 20 nr. 3 gir anvisninger på hvilke tiltak som er hensiktsmessige for å oppnå formålene. I samme artikkel nr. 1 pålegges myndighetene å treffe særlige tiltak for å sikre at arbeidstakere som er medlemmer av urfolk og stammefolk får effektivt vern med hensyn til rekruttering til arbeidslivet og sysselsettingsvilkår, med mindre dette vernet allerede er tilstrekkelig godt i den generelle arbeidsrett.

9. Vern mot diskriminering i arbeidslivet innen EU

9.1 Innledning

Det fremgår av mandatet at utvalget skal vurdere spørsmålet om hvordan de ulike prinsippene for ikke-diskriminering skal integreres i norsk lovgivning. Det vil i denne forbindelse være naturlig og hensiktsmessig å se på Norges internasjonale forpliktelser og lovgivningen i Norden. Hovedoppgaven for utvalget er likevel å redegjøre for og vurdere reglene i EUs rammedirektiv mot diskriminering i arbeidslivet.

I EU-retten er det lang tradisjon for rettslig regulering av vern mot diskriminering - helt tilbake til Traktaten om opprettelse av det europeiske økonomiske fellesskapittel (EØFT) i 1957. De første reguleringene gjaldt diskriminering på grunn av nasjonalitet og kjønn. I lys av disse første reglene har det utviklet seg et omfattende rettsområde som består av både sekundærrett (forordninger, direktiver, vedtak, anbefalinger/rekommandasjoner og uttalelser) og av EF-domstolens praksis.

³³ NOU 2002:14 side 105 (pkt 6.4.3)

9.2 EUs institusjonelle rammer

Traktatene som danner det institusjonelle rammeverket rundt EU fastlegger unionens kompetanseområder som gjerne omtales som EUs tre søyler. Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskapet (TEF) danner grunnlaget for EUs første søyle, og er i utpreget grad en rammetraktat som først og fremst inneholder regler om EUs institusjoner, deres kompetanse og formål (Kommisjonen, EF-domstolen, Rådet og Europaparlamentet) innenfor det som kalles for fellesskapsretten eller EU/EØS-retten. Norge er gjennom EØS-avtalen knyttet til mesteparten av samarbeidet under EUs første søyle.

Den europeiske enhetsakten trådte i kraft 1. juli 1987 og danner grunnlaget for samarbeidet mellom medlemslandene på utenriks- og sikkerhetsområdet, som utgjør EUs andre søyle.

Traktaten om den europeiske union (TEU eller Maastricht-traktaten) som trådte i kraft 1. november 1993 gir en felles ramme for samarbeidet mellom unionens medlemsstater. Samtidig fastsetter den bestemmelser innenfor områdene for utenriks- og sikkerhetsområdet (den såkalte andre søyle) og innenriks- og justissamarbeidet (den tredje søyle). Traktaten innebærer en sterkere institusjonell og politisk ramme for samarbeidet i unionen. Samarbeidet ble utvidet fra i hovedsak å omhandle handelspolitikk og et indre marked til også å omfatte utenriks- og sikkerhetspolitikk, justissamarbeid og konkrete bestemmelser for gjennomføringen av en økonomisk og monetær union.

EU-landene har gjennom traktatrevisjonene innlemmet stadig nye kompetanseområder i sitt samarbeid. Et eksempel på dette er Amsterdam-traktaten av 1997 som innebar vesentlige endringer i traktatene og en viss overføring av statenes suverenitet. Blant endringene var innføring av nye bestemmelser om menneskerettigheter og ikke-diskriminering.

9.3 Traktatbestemmelser om grunnleggende rettigheter og ikke-diskriminering

Grunnleggende rettigheter

TEU artikkel 6 nr. 1 og 2 fastslår at EU respekterer grunnleggende rettigheter slik det er garantert i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Her gjengis tredje avsnitt i traktatens fortale som sier at unionen bygger på prinsippene om frihet, demokrati og respekt for menneskerettighetene, de grunnleggende friheter og rettigheter, og rettsstatsprinsippet. Dette er prinsipper som alle medlemsstatene har til felles og gir uttrykk for de grunnleggende felles europeiske verdier som EU bygger på.

Betydningen av disse bestemmelsene underbygges av TEU artikkel 7 nr. 111 som ble innført ved Amsterdam-traktaten i 1997 i lys av kommende utvidelse av unionen. Etter artikkel 7 nr. 2 kan Rådet med kvalifisert flertall suspendere en medlemsstat fra enkelte av de rettigheter som følger av TEU, dersom det foreligger en grov og vedvarende overtredelse av prinsippene som er nedfelt i artikkel 6 nr. 1.

Ved vedtakelsen av Amsterdam-traktaten ble det i Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskapet (TEF) artikkel 13 inntatt en særlig hjemmelsbestemmelse hvorefter Rådet med enstemmighet kan vedta rettsakter med sikte på å bekjempe ”forskelsbehandling på grunnlag af køn, race, eller etnisk opprinnelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering.” Denne bestemmelsen er ikke direkte anvendelig, og bestemmelsen forhindrer derfor ikke at det i de enkelte medlemsstater vedtas eller opprettholdes diskriminerende bestemmelser. Artikkelen utgjør imidlertid hjemmelsgrunnlaget for de bindende rådsdirektivene 2000/43/EF (etnisk diskriminering) og 2000/78/EF (rammedirektivet for arbeidslivet).

Diskriminering på grunnlag av nasjonalitet

TEF artikkel 12, som er likelydende med bestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 4, inneholder et grunnleggende forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Begrepet nasjonalitet betyr i denne sammenhengen det samme som tilknytning til et EU/EØS-land og tar særlig sikte på å hindre at et medlemsland favoriserer egne borgere på bekostning av virksomheter eller personer fra et av de øvrige medlemslandene. Imidlertid er også borgere fra andre land beskyttet mot diskriminering i situasjoner hvor grunnlaget for forskjellsbehandlingen er deres tilknytning til et EU-land. Siktemålet er å sikre fri bevegelighet som en forutsetning for utvikling av det økonomiske markedet.

Diskriminering på grunnlag av kjønn

Det europeiske fellesskapet har lenge hatt klare forpliktelser til å sikre likestilling mellom kjønnene og like muligheter for kvinner og menn. TEF artikkel 141 gir uttrykk for et forbud mot forskjellsbehandling med hensyn til lønn og andre ytelser som arbeidstaker mottar fra arbeidsgiver. Det heter i artikkel 141 nr. 1 at ”Hver medlemsstat gjennomfører prinsippet om like løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi”.

9.4 Rådsdirektiver om ikke-diskriminering og likebehandling

9.4.1 Rådsdirektiver om diskriminering på grunnlag av kjønn

TEF artikkel 141 suppleres for det første av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av likebehandlingsprinsippet for menn og kvinner når det gjelder arbeidslivet. Vernet er dermed utvidet til også å gjelde andre arbeids- og ansettelsesvilkår enn lønn. Ved rådsdirektiv 2002/73/EF (vedtatt 23. september 2002) er det gjennomført en rekke endringer i dette direktivet. Endringene tar sikte på å implementere den foreliggende praksis fra EF-domstolen og å bringe forbudet mot kjønnsdiskriminering i bedre overensstemmelse med reguleringen i de to nye direktivene 2000/43/EF (etnisk diskriminering) og 2002/78/EF (rammedirektivet for likebehandling i arbeidslivet).

Også rådsdirektiv 75/117/EØF om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lovgivninger om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til menn og kvinner utgjør et supplement til TEF artikkel 141. Dette direktivet endrer ikke likelønnsprinsippet innhold eller rekkevidde, men inneholder regler om rettsmidler for å få et likelønnskrav gjennomført.

Rådskonivertiv 97/80/EF om bevisbyrden i saker om diskriminering på grunn av kjønn angår slike situasjoner som reguleres av de to ovenfor nevnte direktiver. Direktivets artikkel 4 pålegger medlemsstatene en plikt til å gjennomføre prinsippet om delt bevisbyrde også i slike situasjoner.

9.4.2 Rådskonivertiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om forbud mot etnisk diskriminering

Rådskonivertiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse er sammen med rammedirektivet en del av EUs såkalte "ikke-diskrimineringspakke". Hva angår arbeidslivsområdet har direktivet i hovedsak det samme innhold som rammedirektivet. For en omtale av dette direktivet vises til NOU 2002:12 kapittel 8.3.

9.4.3 Rådskonivertiv 97/81/EF om deltidsarbeid

Rådskonivertiv 97/81/EF om deltidsarbeid er en iverksettelse (allmenngjøring) av en rammeavtale som ble inngått mellom Sammenslutningen av Industri- og arbeidsgiverorganisasjoner i Europa (Unice), Det Europeiske Senter for Offentlige virksomheter (CEEP) og Den Europeiske Faglige Samarbeidsorganisasjon (EFS). I henhold til direktivets artikkel 1, jf. rammeavtalens § 4, skal deltidsansatte ikke behandles på en mindre gunstig måte enn sammenlignbare heltidsansatte, fordi de er deltidsansatt, med mindre forskjellsbehandlingen er begrunnet i objektive forhold.

9.4.4 Rådskonivertiv 99/70/EF om midlertidig tilsetting

Rådskonivertiv 99/70/EF om midlertidig tilsetting er i likhet med direktivet om deltidsarbeid en iverksettelse av en rammeavtale inngått mellom Unice, CEEP og EFS. Det følger av direktivets artikkel 1, jf. rammeavtalens § 4, at ansettelsesvilkårene for personer med tidsbegrenset ansettelse ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for sammenlignbare fast ansatte, hvis dette utelukkende er begrunnet i avtalens tidsbegrensede varighet og forskjellsbehandlingen ikke er begrunnet i objektive forhold.

9.5 Sentrale ikke-rettslige tiltak mot diskriminering

European Monitoring Centre

I det europeiske året mot rasisme vedtok EU-rådet forordning 1035/97/EF av 2. juni 1997 om opprettelse av et europeisk overvåkingssenter, European Monitoring Centre (EUMC).

EUMC ble etablert i Wien høsten 1997, og etter en interimperiode på litt over to år, ble senteret offisielt åpnet i april 2000. EUMC skal bygge opp en kunnskapsbase om rasisme, fremmedfrykt og anti-semittisme. Hensikten er å forsyne medlemsstatene med dokumentasjon om rasisme og fremmedfrykt som er sammenlignbar på europeisk nivå. Videre skal EUMC legge fram modeller for «good practices», utarbeide strategier for å bekjempe rasisme og etablere et europeisk nettverk på feltet rasisme og fremmedfrykt (European Racism and Xenophobia Information Network (RAXEN)). Målet er å koordinere eksisterende kunnskap og erfaringer på feltet.

Handlingsprogram for bekjempelse av diskriminering 2001 - 2006

EU-kommisjonens forslag om et seksårig handlingsprogram for bekjempelse av diskriminering for perioden 2001-2006 ble vedtatt på EUs ministermøte i Nice 27.-28. november 2000.

Formålet med handlingsprogrammet er å fremme tiltak for å bekjempe diskriminering på grunnlag av rase eller etnisk opprinnelse, religion eller livssynsbekjennelse, alder eller seksuell orientering. Det skal støtte og bygge opp under det arbeidet som gjøres på europeisk nivå og i medlemslandene. Tiltak for å nå disse målene er å:

- Øke forståelsen for problemstillinger knyttet til diskriminering gjennom kunnskapsutvikling og ved å måle effekten av politikken, lovgivningen og praktiseringen av denne.
- Støtte de frivillige organisasjonene på feltet gjennom å fremme samarbeid mellom medlemslandene og støtte nettverksbygging mellom de frivillige organisasjonene på europeisk nivå.
- Arbeide for økt bevissthet om temaet, og særlig synliggjøre viktigheten av EU-dimensjonen i kampen mot diskriminering gjennom å offentliggjøre resultatene fra handlingsprogrammet, kommunikasjoner, publikasjoner, kampanjer o.a..

Kommisjonen har foreslått at det åpnes for at EØS/EFTA-landene kan delta i programmet. Norge vurderer per i dag tilslutning til dette programmet.

10. Nordisk rett

10.1 Innledning

I dette kapittelet blir det redegjort for hovedtrekkene i rettstilstanden når det gjelder vern mot etnisk diskriminering i arbeidslivet i Sverige, Finland og Danmark. Det vil gå ut over rammen for denne utredningen å gi en detaljert oversikt over disse reglene. Det gis derfor kun en oversikt over de viktigste reglene som gir et vern mot diskriminering i arbeidslivet i Norden. I land der det er innført et grunnlovvern mot diskriminering, er dette omtalt.

10.2 Sverige

10.2.1 Konstitusjonelle regler

Den svenske Regeringsformen³⁴ inneholder blant annet grunnleggende regler om det svenske statsstyret samt regler om borgernes rettigheter. Loven inneholder i 15 og 16 §§ et allment forbud mot diskriminering på grunn av henholdsvis etnisk opprinnelse og kjønn. Forbudene lyder som følger:

”15 § Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet. Lag (1976:871).

³⁴ Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

16 § Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplik eller motsvarande tjänsteplikt. Lag (1976:871).”

10.2.2 Siviltrettslig vern på arbeidslivsområdet

Sverige har i dag lovgivning som regulerer diskriminering i arbeidslivet i fire ulike lover: jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbeidslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbeidslivet av personer med funksionshinder og lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbeidslivet på grund av sexuell läggning.

Lovene om diskriminering på grunn av henholdsvis etniske opprinnelse, funksjonshemming og seksuell legning har tilnærmet samme oppbygning og de samme reguleringer.

Lovene fastsetter et omtrent likelydende definert forbud mot både direkte og indirekte diskriminering uavhengig av om arbeidsgiveren har hatt som intensjon å diskriminere. Unntatt fra forbudet mot direkte diskriminering er behandling som er berettiget av hensyn til en ideell eller annen særskilt interesse som åpenbart er viktigere enn interessen for å forhindre diskriminering i arbeidslivet. Slikt unntak skal være saklig begrunnet. Arbeidsgiveren kan for eksempel påberope seg unntaksbestemmelsen dersom han gjennom forskjellsbehandlingen ivaretar viktige samfunnsmessige, sosiale eller ideelle interesser. Unntatt fra forbudet mot indirekte diskriminering er anvendelse av en bestemmelse, kriterium eller praksis som er saklig begrunnet og der tiltaket er hensiktsmessig og nødvendig for å oppnå formålet.

Lovene inneholder forbud mot trakassering og mot gjengjeldelse som retter seg mot den som melder fra om diskriminering.

De tre lovene omfatter de samme diskrimineringssituasjoner - fra ansettelse via blant annet kompetanseutvikling, forfremmelse og arbeidsvilkår til oppsigelse og avskjed.

Bevisbyrden i saker om diskriminering er delt. Når det gjelder påstand om direkte diskriminering, må den som påstår dette i utgangspunktet sannsynliggjøre at han eller hun er forskjellsbehandlet på grunn av sin tilhørighet til en beskyttet gruppe. Arbeidsgiveren får deretter bevisbyrden for at beslutningen ikke har hatt sammenheng med denne tilhørighet.

Brudd på diskrimineringsforbudene gir etter loven rett til erstatning til den som har vært utsatt for diskrimineringen. Dette er den viktigste sanksjonen. Videre er det fastsatt bestemmelser i §§ 14-15 om ugyldighet for avtaler i strid med lovens forbud.

Utgangspunktet er at den som har vært utsatt for etnisk diskriminering har rett til erstatning for ”den kränkning som diskrimineringen innebär”. Loven skiller mellom økonomisk ”skadestånd” og ”allmänn skadestånd”, jf. 16 §. Økonomisk ”skadestånd” er erstatning for det faktiske økonomiske tapet som følge av diskrimineringen. ”Allmänn skadestånd” er kompensasjon for krenkelsen diskrimineringen innebærer. Slik erstatning er å sammenligne med det som i norsk rett benevnes som oppreisning

for ikke-økonomisk skade. Retten til økonomisk og ”allmän skadestånd” varierer etter hvilke forbud som er brutt.

Det er opprettet tre uavhengige ombudsmannsordninger, en for hver beskyttet gruppe. Ombudsmennene skal gjennom råd eller på annen måte medvirke til at den som utsettes for diskriminering kan ivareta sine rettigheter. De har ingen kompetanse til å fatte bindende avgjørelser i klagesaker, men kan kreve opplysninger fra arbeidsgivere. Organene skal utrede og i første omgang søke å løse tvisten på frivillig basis. I siste omgang kan ombudsmannen bringe saker om diskriminering som er anmeldt av enkeltpersoner inn for domstolene.

Loven mot etnisk diskriminering har i motsetning til de øvrige lovene innført en plikt for arbeidsgiver til å iverksette aktive tiltak eller såkalte ”aktiva åtgärder” (4-7 §§) for å fremme etnisk mangfold innen virksomheten.

10.2.3 Pågående endringsarbeid

10.2.3 Pågående endringsarbeid

Utredningen ”*Et utvidgat skydd mot diskriminering*” (SOU 2002:43) ble framlagt 2. mai 2002. Utredningen legger frem forslag til en delvis gjennomføring av de to ikke-diskrimineringsdirektivene³⁵ i svensk rett. Det svenske Näringsdepartementet tar sikte på å fremlegge de nødvendige endringsforslagene for Riksdagen i mars 2003. Lovene foreslås å tre i kraft innen implementeringsfrist for direktivet om etnisk diskriminering, 1. juli 2003.

I et nytt mandat har en parlamentarisk kommittè fått i oppdrag å foreslå en samlet diskrimineringslovgivning og en sammenslåing av de ulike ombudsmennene med oppgaver på diskrimineringsområdet. I oppdraget inngår også å foreslå hvordan forbudet mot aldersdiskriminering i EUs rammedirektiv mot diskriminering skal gjennomføres i Sverige. I følge kommittèdirektiv 2000:11 *En samlad diskrimineringslagstiftning* skal utredning legges frem innen 1. desember 2004.

10.3 Finland

10.3.1 Konstitusjonelle regler

Finlands grunnlov inneholder i 6 § en generell regel om ikke-diskriminering. Bestemmelsen sier at alle er like for loven. Ingen kan uten saklig grunn forskjellsbehandles på grunn av kjønn, alder, opprinnelse, språk, religion, overbevisning, meninger (åsikt), helsetilstand eller handikap eller av noen annen årsak som gjelder hans eller hennes person. Regelen innebærer at det ikke i noen sammenheng er lovlig å diskriminere på grunn av forskjeller mennesker imellom. De diskrimineringsgrunnlagene som oppregnes i grunnloven, er i hovedsak de som

³⁵ EU's rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet og rådsdirektiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse

omfattes av de internasjonale avtalene Finland er bundet av. Oppregningen har ikke vært ansett som uttømmende. Den nevner for eksempel ikke rase eller hudfarge, men "årsak som gjelder hans eller hennes person" tolkes slik at det også omfatter slike forhold.

10.3.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet

I henhold til den finske arbeidsavtalslag (2001/55) 2 kapittel 2 § skal en arbeidsgiver ikke uten "godtagbart skäl särbehandla arbetstagare på grund av ålder, hälsotillstånd, nationellt eller etnisk ursprung, sexuell inriktning, språk, religion, åsikt, familjeförhållanden, fackföreningsverksamhet, politisk verksamhet eller någon annan därmed jämförbar omständighet." Det fastsettes videre at arbeidsgiveren er forpliktet til å behandle sine arbeidstakere upartisk og at diskrimineringsforbudet gjelder i alle faser av et arbeidsforhold, så som ansettelse, opprykk eller forfremmelse og oppsigelse.

I henhold til arbeidsavtalslagen 13 kapittel 11 § gjelder strafflagen (39/ 1889) 47 kapittel 3 § for brudd på diskrimineringsforbudet i 2 kapittel 2 §. Dette innebærer at brudd kan straffes med bøter eller fengsel i inntil 3 måneder.

Statstjänestemannahagen 750/94 påbyr i 11 § staten å behandle sine tjenestemenn upartisk slik at ingen uten saklig grunn kan særbehandles på grunn av byrd, nasjonalitet, kjønn, religion, alder eller politisk virksomhet eller fagforeningsvirksomhet eller lignende.

Det er videre et forbud mot diskriminering ved ansettelse av personer i kommunene og i eksisterende arbeidsforhold, jf. lag om kommunala tjänsteinnehavares anställningstrygghet (484/96), 2 §. Diskrimineringsgrunnlagene er rase, nasjonal eller etnisk opprinnelse, hudfarge, språk, kjønn, alder, familieforhold, seksuell orientering eller helsetilstand samt religion, samfunnssyn, politisk eller faglig virksomhet eller lignende.

Ifølge lag om arbetarskyddsförvaltningen (16/93) skal arbetarskyddsförvaltningen gi råd om anvendelse av reglene om ansettelse og arbeidsforhold og overvåke oppfølgingen av disse på arbeidsplassene. Også arbeidsavtalelovens bestemmelser om diskriminering i arbeidslivet omfattes av overvåkingsoppgavene.

10.4 Danmark

10.4.1 Konstitusjonelle regler

Den danske grunnloven inneholder ingen generell likhetsgrunnsetning eller spesifikk antidiskrimineringsbestemmelse. Grunnloven § 70 slår imidlertid fast at ingen på grunn av sin trosbekjennelse eller avstamning kan berøves adgang til å nyte borgerlige og politiske rettigheter. Bestemmelsen inneholder således et forbud mot diskriminering på grunn av kriteriene trosbekjennelse eller avstamning for så vidt angår adgang til å nyte slike rettigheter.

10.4.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet

Lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet³⁶ oppstiller et forbud mot diskriminering på grunn av ”race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuell orientering eller national, social eller etnisk opprindelse” ved rekruttering og i arbeidsforhold. Den omfatter det individuelle ansettelsesforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstakere eller potensielle arbeidstakere. Loven gjelder for alle arbeidsgivere, dvs. både for offentlig og privat virksomhet.

Loven kommer ikke til anvendelse i det omfang en tilsvarende beskyttelse mot diskriminering følger av kollektive avtaler. I slike tilfeller skal saken om forskjellsbehandling reises for de faglige instansene.

Ifølge loven § 2 stk. 2 anses det som forskjellsbehandling med hensyn til lønnsvilkår når det ikke ytes lik lønn for samme arbeid eller for arbeid som tillegges samme verdi. En lønsmottaker som har lønn i strid med dette har etter § 2 stk. 3 krav på å få tilkjent differensen. Dersom det skjer lønnsmessig forskjellsbehandling, påhviler det arbeidsgiveren i samsvar med § 2 stk. 4 å godtgjøre at arbeidet det er tale om, ikke er av samme verdi. Bestemmelsen er uttrykk for en delt bevisbyrde. I alle andre tilfeller enn lønnsmessig forskjellsbehandling gjelder de alminnelige regler om bevisbyrde.

I § 6 er det gjort unntak fra forbudene i lovens §§ 2-5 for arbeidsgivere som har som sitt uttrykte formål å fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt, med mindre dette er uforenlig med EU-retten.

Arbeidsgiver kan ikke lovlig registrere arbeidstakernes tilhørighet. En beskrivelse av arbeidsstokkens sammensetning kan imidlertid fremme likestilling på lengre sikt. For å beskrive denne sammensetningen er det mulig for arbeidsgivere å kjøpe opplysninger om virksomhetens profil i anonymisert form fra Danmarks Statistikk gjennom en særskilt samkjøring av statistikken.

Den som er krenket kan få erstatning etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Personer som har fått sine rettigheter krenket ved overtredelse av lovens §§ 2-4 kan i tillegg tilkjennes godtgjørelse, jf. lovens § 7. Spørsmål om erstatning og godtgjørelse avgjøres av de alminnelige domstolene. Godtgjørelsen skal dekke ikke-økonomisk skade som den krenkede har lidt. Avgjørelse om godtgjørelse skal ses i sammenheng med hvor grov overtredelsen er. Etter erstatningsansvarsloven § 26 er det adgang til å tilkjenne erstatning for tort, dvs. erstatning for uaktsom skade på selvfølelse/ æresfølelse, ved siden av godtgjørelse etter lov om forbud mot forskjellsbehandling i arbeidslivet.

Det er i Danmark ikke etablert noe særskilt klageorgan for å behandle klager og henvendelser om diskriminering.

10.4.3 Pågående endringsarbeid

Det danske Indenrigsministeriet nedsatte i juni 2001 det såkalte Ligebehandlingsutvalget som fikk i oppdrag å komme med forslag til implementering

³⁶ lov nr. 459/ 12/ 06/ 1996

av direktiv 2000/ 43/EF om etnisk diskriminering. Utvalget la frem sin innstilling i 18. september 2002.

Utvalgets forslag til endringer i lov om forskelsbehandling på arbeidsmarkedet, innebærer at også bestemmelser i rammedirektivet, herunder bl.a. om definisjon av diskriminering, instruksjon, trakassering, utvidelse av anvendelsesområdet til å gjelde medlemskap i lønnstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon, unntak for regulære yrkeskrav, erstatning for ikke-økonomisk tap og delt bevisbyrde, gjennomføres for alle de diskrimineringsgrunner loven omfatter.

Arbeidet med å implementere rammedirektivets bestemmelser vedrørende funksjonshemming og alder er i en startfase der det foretas konsultasjoner mellom arbeidslivets parter.

11. Gjennomgang av arbeidsmiljølovens vern mot forskjellsbehandling - forslag til gjennomføring av rammedirektivet

I dette kapitlet fremmer og begrunner utvalget konkrete forslag til endringer i arbeidsmiljøloven som skal gjennomføre rammedirektivet. Utvalget har i hovedsak konsentrert seg om forslag til endringer som anses nødvendig for å gjennomføre direktivets minstekrav, samtidig som vernet i arbeidsmiljøloven § 55 A ikke svekkes.

Plassering av bestemmelsene

Arbeidslivslovutvalget skal levere sin samlede innstilling innen 1. desember 2003. Her vil utvalget foreslå en helt ny lovstruktur hvor også reguleringen mht. ikke-diskriminering vil inngå. Etersom det tas sikte på å implementere rammedirektivet mot diskriminering innen EUs implementeringsfrist 1. desember 2003, vil det i en mellomfase være behov for en midlertidig plassering av de nye reglene. Utvalget antar at det, inntil en alminnelige lovrevisjon er gjennomført, vil være hensiktsmessig å plassere de nye bestemmelsene i to egne kapitler i arbeidsmiljøloven.

Utvalgets forslag tar opp i seg innholdet i gjeldende § 55 A som må oppheves. Isolert sett synes det hensiktsmessig å plassere ikke-diskrimineringsreglene på samme sted som i dag, dvs. som (ny) § 55 A flg. Dette vil i tilfelle betinge en endring av nummereringen av gjeldende §§ 55 B – 55 L (reglene om skriftlig arbeidsavtale, informasjon om ledige stillinger og innleie av arbeidstakere). Utvalget antar at omnummerering av eksisterende bestemmelser generelt bør unngås. Et alternativ kan være å plassere de nye bestemmelsene som et nytt kapittel XI C, dvs. som nye §§ 55 M – 55 Y. Ulempen med en slik plassering er at de nye bestemmelsene kommer *etter* reglene om plikt til – og innholdet i – skriftlig arbeidsavtale. En viktig side ved utvalgets forslag er diskrimineringsvernet ved ansettelse. Kronologisk synes det riktigere at de nye bestemmelsene plasseres *før* de formelle reglene om skriftlig arbeidsavtale.

I foreliggende situasjon antar utvalget at det vil være mest hensiktsmessig å plassere reglene som nytt kapittel X A, og med nummerering § 54 A - § 54 L, og nytt kapittel X B med § 54 M. Som kapitteloverskrift foreslås Kapittel X A Likebehandling i arbeidslivet og Kapittel X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v.

Overskriften til kapittel XI A, som vil inneholde §§ 55 B – G, foreslås endret til Skriftlig arbeidsavtale m.m.. § 55 A blir en tom bestemmelse hvor det kan tas inn en henvisning til § 54 A - § 54 M.

11.1 Prinsippet om likebehandling

Formålet med rammedirektivet mot diskriminering er i følge direktivets artikkel 1 å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene, gjennom å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av forskjellsbehandling i sysselsetting og yrke på grunn av religion, livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering.

Arbeidsmiljøloven har en formålsparagraf i § 1. Utvalget har ikke funnet grunn til å vurdere endringer i lovens formålsparagraf i denne sammenheng. Utvalget har imidlertid funnet det hensiktsmessig å innta en presisering i lovutkastet § 54 A om at formålet med forbudet mot forskjellsbehandling er å sikre likebehandling i arbeidslivet.

11.2 Vernet personkrets

Direktivet har et videre virkeområde med hensyn til den vernede personkretsen enn arbeidsmiljøloven. Det følger av artikkel 3 nr. 1 at direktivets vern mot forskjellsbehandling gjelder alle personer, herunder blant annet for ”selvstendig erhvervsvirksomhet” og ”erhvervsmessig beskjeftigelse”, så vel i offentlig som i privat sektor. Arbeidsmiljøloven omfatter i utgangspunktet bare forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jf. § 2, (men regulerer også ansvar for produsenter og leverandører m.v., jf. lovens kapittel IV).

For å gjennomføre rammedirektivet er det nødvendig å utvide anvendelsesområdet for reglene om forbud mot forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven. Utvalget foreslår derfor en bestemmelse (jf. utkastet til § 54 L) som gir forbudet i utkastet § 54 A nr. 1 tilsvarende anvendelse ved valg og behandling av selvstendig næringsdrivende (kontraktører/oppdragstakere) og innleide arbeidstakere.

Til tross for at selvstendig næringsdrivende i utgangspunktet ikke er omfattet av arbeidsmiljøloven, kan utvalget ikke se at det er andre lover hvor det er mer naturlig å regulere dette forholdet.

11.3 Direktivets diskrimineringsgrunner

I det følgende beskrives hvilke grupper som er vernet av forbudet mot diskriminering i rammedirektivet, dvs. direktivets diskrimineringsgrunner. Disse grunnene vil bli sammenholdt med tilsvarende diskrimineringsgrunner i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven.

11.3.1 Kjønn

Rammedirektivet forbyr ikke forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Forbud mot kjønnsdiskriminering er regulert i et eget direktiv, se nærmere om dette i kapittel 9.4.1. I Norge er forskjellsbehandling på grunn av kjønn regulert i likestillingsloven, jf. omtale i kapittel 7.3.2. Utvalget ønsker imidlertid å tydeliggjøre helheten i

reguleringen av forbud mot diskriminering i arbeidslivet, og foreslår derfor at kjønn tas med i opplistingen av diskrimineringsgrunnlag i utkastet til ny forbudsbestemmelse i § 54 A. Dette betyr at forskjellsbehandling på grunn av kjønn vil være forbudt både i henhold til arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Utvalget vil imidlertid presisere at i den grad det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, vil forholdet reguleres fullt ut av likestillingsloven.

11.3.2 Religion eller livssyn

Rammedirektivet forbyr diskriminering på grunn av ”en bestemt religion eller tro”.

Som det fremgår i kapittel 7.3.1 inneholder arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd et forbud mot at arbeidsgiver i utlysning etter nye arbeidstaker m.v. krever at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg bl.a. til religiøse spørsmål. Arbeidsgiver kan heller ikke iverksette tiltak for å innhente denne typen opplysninger på annen måte.

Bestemmelsen åpner imidlertid for unntak, dersom slike opplysninger er ”begrunnet i stillingens karakter eller dersom det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte (.), religiøse (.) syn og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet.”

Arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd oppstiller forbud mot diskriminering ”på grunn av rase (...) nasjonal eller etnisk opprinnelse (.)” ved ansettelse. Denne bestemmelsen kom inn ved lovendring av 30. april 1998. Selv om religion ikke uttrykkelig er nevnt i ordlyden, er det forutsatt i lovforarbeidene at diskriminering på grunnlag av religion vil være omfattet av forbudet i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd. Det vises til forarbeidene til bestemmelsen, Ot prp nr. 67 (1996-97) side 46, der uttales følgende:

”For at et diskrimineringsforbud skal virke etter sin hensikt er det etter departementets vurdering viktig at det omfatter all usaklig forskjellsbehandling som vanligvis blir omtalt som rasediskriminering ut fra etnisk opprinnelse, jf. FNs rasediskrimineringskonvensjon og straffelovens §§ 135 a og 349 a. Etnisk opprinnelse kan ha nær sammenheng med språk, kultur, *religion* (vår uthevelse) og kan komme til uttrykk i dagliglivet med hensyn til bekledding og andre skikker. Lovbestemmelsen må derfor tolkes fleksibelt for å sikre at den også omfatter diskriminering på grunnlag av slike forhold. (...) Etter departementets vurdering er det imidlertid mest hensiktsmessig å benytte begrepene ”rase, hudfarge, eller nasjonal eller etnisk opprinnelse”.

Utvalget anbefaler at det fremgår direkte av lovteksten at diskriminering på grunn av religion er forbudt. På denne måten kan det ikke reises tvil om direktivet er tilfredsstillende gjennomført på dette grunnlaget.

Utvalget har valgt å bruke begrepet ”livssyn” i lovutkastet. Dette er gjort for å fange opp også de sekulære livssyn, som altså ikke har sammenheng med noen religion. Bruken av begrepet ”tro” vil lett kunne lede tanken hen til en religiøs form for livssyn. Utvalget legger til grunn at direktivets formål er å favne videre enn dette, jf. kapittel 5.2.5.

11.3.3 Funksjonshemming

Ved lov av 4. mai 2001 (i kraft 1. juli 2001) ble arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd endret slik at bestemmelsen også forbyr forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming ved tilsetting. Lovendringen hadde sin bakgrunn i et privat lovforslag.³⁷

I følge arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd første punktum slik den nå lyder må ”(a)rbeidsgiveren (...) ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av funksjonshemming.” Forskjellsbehandling defineres i annet punktum som ”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av” de forhold som er nevnt i første punktum. I følge tredje punktum skal det ”(v)ed vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, (...) tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.”

Verken rammedirektivet eller den norske lovbestemmelsen definerer begrepet funksjonshemmet. Begrepet drøftes imidlertid ganske utførlig i Ot.prp. 34 (2000-2001) pkt 8.2, hvor det bl.a. heter at:

”Funksjonshemming defineres i den internasjonale klassifisering som ble foretatt av Verdens Helseorganisasjon (WHO) i 1980 som en begrensning av individets funksjonsmulighet som følge av en skade eller sykdom. Det er med andre ord snakk om begrensninger i funksjonsevnen som er av varig karakter. Tilsvarende definisjon finnes i FNs standardregler. ILO-konvensjon nr. 159 om yrkesrettet rehabilitering og arbeid (personer med handicap) definerer «funksjonshemmet» som «en person hvis utsikter til å sikre seg, holde på arbeid og å ha fremgang i arbeidslivet er vesentlig begrenset på grunn av en behørig anerkjent fysisk eller psykisk svekkelse».”

11.3.4 Seksuell orientering

Både arbeidsmiljøloven § 55 A første og annet ledd forbyr diskriminering av arbeidssøkere på grunn av ”homofil legning” og ”homofil samlivsform”. Det innebærer at det er uttrykkelig forbud både mot å kreve opplysninger av denne art og å legge vekt på dem ved ansettelse. Forbudet ble inntatt i loven ved lov 30. april 1998 på bakgrunn av forslag fra kommunalkomiteen. I Innst.O. nr. 27 (1997-98) ga flertallet av komitemedlemmene uttrykk for at unntaket skulle verne lesbiske og homofile mot diskriminering ved ansettelse.

Begrepene ”homofil legning” som brukes i arbeidsmiljøloven § 55 A må antas å ha et snevrere omfang enn begrepet ”seksuell orientering” som er brukt i rammedirektivet, i det det ikke fanger opp de heteroseksuelle og biseksuelle. Det vil derfor være behov for å endre begrepet for å gjennomføre rammedirektivet.

I likhet med det svenske forslaget til gjennomføring av direktivet i SOU 2002:43, ønsker utvalget å avgrense mot seksuell adferd. Med seksuell adferd menes handlinger som går ut over den seksuelle legningen til personen det gjelder. En av fordelene med et slik avgrensning vil således være at de former for seksuell adferd som i visse henseender kan manifestere seg i straffbare handlinger ikke vil omfattes av begrepet ”seksuell orientering”.

³⁷ Dokument 8:25 (1999-2000) og Innst O 63 (1999-2000)

Utvalget har vurdert om begrepet ”seksuell legning” eller ”seksuell orientering” bør benyttes i den norske lovteksten. Som nevnt under kapittel 5.2.3 benytter de fleste oversettelser av direktivet et begrep som tilsvarer ”seksuell orientering”. Begrepet har ikke noe presist innhold på norsk, men det kan hevdes at det rekker noe videre enn begrepet ”seksuell legning”. Å knytte diskrimineringsforbudet i lovutkastet til begrepet ”seksuell orientering” tilsvarende direktivet har gode grunner for seg, ikke minst fordi direktivet utgjør et sentralt internasjonalt regelverk mot slik diskriminering.

I norsk lovgivning har begrepet seksuell orientering foreløpig ikke vært mye brukt. Straffeloven har forbud mot krenkelser (§ 135a), og straffer nektelse av varer og tjenester (§ 349a) overfor en person på grunn av hans ”homofile legning, leveform eller orientering”. I forarbeidene til bestemmelsene³⁸ er vist til høringsuttalelsen fra *Fellestrådet for homofile organisasjoner i Norge* som sier at ”begrepet ”legning” brukes til å betegne medfødte egenskaper, og gir assosiasjoner både om årsaksforhold og verddivurdering. I denne forbindelse bemerkes at forskningen om årsakene til homofili, er omstridt og ikke gir grunnlag for å trekke bestemte konklusjoner. Begrepet ”orientering” må kunne forstås som et mer omfattende uttrykk enn ”legning”. ”Justisdepartementet fant det riktig å beholde betegnelsene ”legning” og ”leveform” i lovteksten, bl.a. fordi de var vel innarbeidet og ville bli forstått av de fleste. I samsvar med uttalelsen fra Fellestrådet valgte departementet også å ta med uttrykket ”homofil orientering”, og mente med dette tillegget å markere at bestemmelsen er mer generell enn om bare uttrykkene ”legning” og ”leveform” var med.

I utvalgets høringsmøte med interesseorganisasjonene (se kapittel 1.3) fremkom det samme syn fra de homofiles interesseorganisasjon som Fellestrådet ga uttrykk for i forbindelse med endringene i straffeloven. Utvalget har på denne bakgrunn valgt å benytte begrepet ”seksuell orientering” i lovutkastet. Utvalget legger til grunn at ”seksuell orientering” vil kunne omfatte noe mer enn ”seksuell legning”, men anser det som et overgripende begrep, slik at det ikke er behov for å bruke begge begreper i lovteksten. På samme måte anses ”homofil samlivsform” å fanges opp av begrepet ”seksuell orientering”.

11.3.5 Alder

Direktivets forbud mot aldersdiskriminering settes i fortalens punkt 8 i sammenheng med de retningslinjer for sysselsetting som ble vedtatt av Det Europeiske Råd i Helsinki den 10. og 11. desember 1999. Disse retningslinjene understreker behovet for å skape et arbeidsmarked som blant annet legger vekt på å øke eldre arbeidstakers deltakelse i arbeidslivet. Forbudet gjelder imidlertid diskriminering på grunn av en ”bestemt alder”, dette kan gjelde både unge personer og eldre personer.

Alder er ikke blant de diskrimineringsgrunner som er omfattet av arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering ved ansettelse i § 55 A. Som det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, er det tidligere vurdert, men ikke fremmet forslag om innføring av alder som diskrimineringsgrunn, jf. Ot prp nr. 67 (1996-97) side 47.

³⁸ Ot.prp.nr.29 (1980-1981) kapittel VI

Arbeidsmiljøloven § 12 forbyr trakassering og mobbing av ulik art, og dette vil også gjelde trakassering og mobbing på grunn av en persons alder. Forøvrig har arbeidsmiljøloven, i motsetning til direktivet, ikke bestemmelser som setter et generelt forbud mot forskjellsbehandling med hensyn til arbeidsvilkår i et løpende arbeidsforhold.

Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 inneholder et generelt krav om at en oppsigelse må være saklig begrunnet i arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold. Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold kan som regel bare foretas der arbeidstakers arbeidsytelse er markert under det normale eller ved klare forsømmelser eller illojale handlinger. Ved oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold må årsaken til oppsigelsen nettopp være å finne i bedriftens forhold, ikke i forhold ved arbeidstakeren. Det må imidlertid ved slike oppsigelser foretas et saklig valg med hensyn til hvilke arbeidstakere som skal sies opp og det kan i denne forbindelse være saklig å si opp eldre arbeidstakere framfor yngre.

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 60 nr 3 slår fast at oppsigelse med fratreden før arbeidstaker fyller 70 år ikke kan anses saklig begrunnet, dersom oppnådd pensjonsalder er anført, eller er en reell begrunnelse. Videre følger det forutsetningsvis av bestemmelsen at oppnådd 70 års alder i seg selv er saklig oppsigelsesgrunn, jf. NOU 1972:21 s.7 og Ot.prp. nr. 17 (1972-73) s.6. § 60 nr. 3 utelukker imidlertid ikke at en oppsigelse kan være saklig av andre grunner enn oppnådd pensjonsalder etter folketrygden. Bestemmelsen er heller ikke forstått slik at den utelukker en virksomhet fra å praktisere en generell, lavere aldersgrense slik at arbeidsforholdet bringes til opphør når den aktuelle alder er nådd, og selv om dette ikke knyttes sammen med rett til pensjon.³⁹

Det følger av punkt 14 i rammedirektivets fortale at direktivet ”berører ikke nationale bestemmelser vedrørende fastsettelse av pensionsalder” og det må derfor antas at spørsmålet om generell pensjonsalder ikke reguleres av direktivet. Det er imidlertid uklart hvilke krav direktivet stiller i forhold til bruk av aldersgrenser for øvrig. Rammedirektivet åpner for at statene kan gjøre unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering, jf. artikkel 6. Det må antas at unntaksbestemmelsen i artikkel 6 nr. 2 åpner for bruk av alder som kriterium i forhold til blant annet tjenestepensjonsordninger. Videre legger utvalget til grunn at § 60 nr 3 vil være omfattet av unntaksregelen i artikkel 6 nr. 1. Se nærmere omtale av unntaksreglene i kapittel 11.6.

For å gjennomføre direktivet foreslår utvalget at det inntas et uttrykkelig forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder i utkast til § 54 A nr. 1. Forbudet vil beskytte både yngre og eldre personer mot direkte og indirekte forskjellsbehandling som har sin årsak i deres alder.

³⁹ Friberg, Fougner, Holo; Arbeidsmiljøloven. Kommentargave. 7. utgave (2001) s. 456-457.

11.3.6 Etnisitet

Rammedirektivet regulerer ikke forskjellsbehandling på grunn av etnisitet. Dette reguleres i Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse.

Det er imidlertid ikke grunnlag for å foreslå at forbudsbestemmelsen i § 55 A mot diskriminering på grunn av rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse oppheves. Utvalget har imidlertid vurdert om noen av de opplistede diskrimineringsgrunnene i arbeidsmiljøloven § 55 A bør erstattes av begrepet "etnisitet". Dette gjelder spesielt begrepet "rase", men også "hudfarge".

Hovedsiktemålet med arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd, som ble vedtatt ved lov av 30. april 1998, var å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke. I forarbeidene er det lagt til grunn at forbudet omfatter all usaklig forskjellsbehandling som vanligvis blir omtalt som rasediskriminering eller diskriminering ut fra etnisk opprinnelse, jf. FNs rasediskrimineringskonvensjon og straffelovens §§ 135 a og 349 a, jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-97) s. 46 flg. Diskrimineringsgrunnene i rasediskrimineringskonvensjonen er "rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse".

Det kan anføres argumenter for å opprettholde et diskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven knyttet til begrepene "rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse" tilsvarende FN-konvensjonene, ikke minst fordi disse utgjør et sentralt internasjonalt regelverk mot slik diskriminering. Gjeldende bestemmelser i straffeloven §§ 135 a og 349 a benytter begrepene "rase" og "nasjonal opprinnelse".

Holgensen-utvalget (NOU 2002:12) har imidlertid i sitt forslag til ny lov mot etnisk diskriminering forslått å bruke begrepet "etnisk diskriminering" som en samlebetegnelse for diskriminering på grunn av "rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse". Det vises til innstillingens kapittel 3.4 og 13.4.2 for nærmere vurdering og begrunnelse. Foreløpig har en slikt samlebetegnelse ikke vært benyttet i norsk lovgivning. Begrepet "rase" har begrenset anvendelse, og kan oppfattes som et uheldig begrep, fordi det leder tanken hen til at det finnes ulike "raser". Det vises også til fortalen til direktivet om etnisk diskriminering (2000/43/EF) punkt 6 der EU avviser teorier om at det finnes forskjellige menneskelige raser.

Å benytte "rase" i lovteksten vil således kunne oppfattes som en form for legalisering av begrepsbruken som utvalget ikke ønsker å formidle. Utvalget har derfor i sitt lovforslag lagt seg på tilnærmet samme linje som Holgensen-utvalget, og bruker begrepet "etnisitet" som en samlebetegnelse for det som i dag er benevnt som "rase, hudfarge (...) eller etnisk opprinnelse" i arbeidsmiljøloven § 55 A.

Begrepet "nasjonal opprinnelse" er brukt i § 55 A, mens rammedirektivet avgrenser mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet, og berører ikke bestemmelser vedrørende statsborgerskap, jf. artikkel 3 nr. 2. Når det gjelder dette begrepet er utvalget av den oppfatning at det kommer i en litt annen stilling enn "rase" og "hudfarge". Det kan tenkes tilfeller der personer av forskjellig nasjonal opprinnelse har samme etniske opprinnelse, slik det for eksempel må være tilfelle for nordmenn, svensker og dansker. Samtidig kan personer med samme nasjonale opprinnelse ha

forskjellig etnisk opprinnelse. Begrepet ”nasjonal opprinnelse” antas derfor å kunne ha en selvstendig betydning ved siden av begrepet ”etnisitet”, og utvalget foreslår derfor å opprettholde begge begrepene i lovteksten.

11.4 Diskrimineringsforbudet

11.4.1 Innledning

I artikkel 2 nr.1 i rammedirektivet presiseres at prinsippet om likebehandling innebærer at det ikke skal forekomme noen form for forskjellsbehandling på grunn av noen av de diskrimineringsgrunnlag som er gjennomgått over i kapittel 11.3.

I rammedirektivets artikkel 2.2 defineres de former for diskriminering som er forbudt i følge direktivet - direkte og indirekte forskjellsbehandling, samt trakassering og instruks om forskjellsbehandling.

Skillet mellom direkte og indirekte diskriminering er vel etablert både i EU/EØS-retten og i internasjonale konvensjoner. Spesielt i forhold til lovgivning og litteratur om kjønnsdiskriminering er det vanlig å skille mellom direkte og indirekte diskriminering. I norsk lovgivning defineres forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd annet punktum som enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av rase, hudfarge, etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. I likestillingsloven § 3 sies det, etter lovendring våren 2002, uttrykkelig at direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt.

Utvalget foreslår en forbudsbestemmelse der begrepene direkte og indirekte forskjellsbehandling tas inn og defineres i lovteksten. Dette skal sikre at rammedirektivets krav til diskrimineringsbegrepets innhold er oppfylt. Forslaget vil også innebærer at det blir tydeligere for brukerne hvilke handlinger som omfattes av lovens forbud mot forskjellsbehandling.

Som det fremgår av teksten nedenfor omfatter rammedirektivets forbud mot forskjellsbehandling også trakassering og instruks om å forskjellsbehandle. Utvalget har vurdert kravene i rammedirektivet og foreslår at forbudet mot forskjellsbehandling i lovforslaget omfatter fire elementer: forbud mot direkte forskjellsbehandling, indirekte forskjellsbehandling, trakassering og instruks om å forskjellsbehandle.

11.4.2 Direkte forskjellsbehandling. Begrepsforståelsen.

I arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd defineres forskjellsbehandling som ”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av ...”. Hva som utgjør direkte eller indirekte forskjellsbehandling er ikke nærmere definert i loven i dag. Hva som menes med direkte diskriminering i § 55 A annet ledd fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-97) side 47.

I lovutkastet § 54 B nr. 1 forslår utvalget en definisjon på direkte forskjellsbehandling som tar sikte på å lovfeste gjeldende forståelse av begrepet, slik at det sikres klarhet i lovgivningen i samsvar med definisjonen i rammedirektivets artikkel 2.2 a).

I følge rammedirektivet er det å anse som direkte forskjellsbehandling når en person av noen av de opplistede diskrimineringsgrunnene behandles dårligere enn en annen behandles, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Ved tolkning av direktivet er det ikke særlig andre holdepunkter enn det som kan trekkes ut at direktivets ordlyd og direktivets fortale. I forståelsen av begrepene direkte og indirekte diskriminering i direktivet, vil det videre være grunn til i en viss grad å se hen til tolkningen av direktiver knyttet til kjønnsdiskriminering, ettersom definisjonene er relativt likelydende.

”Behandles dårligere”

I følge definisjonen i lovutkastet vil direkte forskjellsbehandling foreligge når en person ”behandles” dårligere enn andre. Begrepet må ikke tolkes snevert. Det stilles ikke krav om at arbeidssøker/arbeidstaker stilles kvalifisert dårligere enn den det sammenlignes med. Det er tilstrekkelig at vedkommendes stilles dårligere.

Både handlinger og unnlatelser faller inn under begrepet ”behandles”. Det kan tenkes at en unnlattelse vil innebære en forskjellsbehandling, for eksempel i forbindelse med ansettelsesprosess. Unnlattelse av å innkalle en kvalifisert arbeidssøker til intervju, fordi vedkommende har en bestemt funksjonshemming eller på grunn av søkerens etniske opprinnelse, vil kunne anses som en direkte diskriminering.

Årsakssammenheng m.v.

Rammedirektivet oppstiller krav om en direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnen og den dårligere behandlingen, jf. uttrykket ”på grunn av”. Kravet om årsakssammenheng følger av utkastet § 54 B nr. 1, jf. § 54 A nr. 1.

I likhet med direktivet innebærer ikke utkastet at det stilles krav om noen diskriminerende hensikt.

Verken lovutkastet eller direktivet innebærer at det stilles krav om at motivet for handlingen eller unnlattelsen har kommet klart fram. Utvalgets lovutkast bygger på at direkte forskjellsbehandling kan forekomme selv om motivet er skjult, dvs. uavhengig av om den som diskriminerer åpent innrømmer motivet eller tier om det. En arbeidsgiver vil dermed diskriminere direkte dersom han/hun ikke gir uttrykk for spesielle kriterier/krav i annonsen, men siler søkerne på grunnlag av deres alder eller etniske opprinnelse når søknadene mottas.

”Sammenligningsperson”

Lovutkastet § 54 B nr. 1 forutsetter, i likhet med rammedirektivet, at det vil foreligge direkte forskjellsbehandling både dersom vedkommende person som føler seg krenket behandles dårligere enn andre blir eller har blitt, og der det kan sannsynliggjøres at andre vil bli behandlet på en bedre måte i en tilsvarende situasjon. Dette innebærer at det er tilstrekkelig å føre bevis for at vedkommende er behandlet dårligere enn andre ville blitt. Sammenligning med en hypotetisk tredjeperson, gjør bestemmelsen mer effektiv enn om fornærmede måtte bevise handlinger som har vært foretatt eller som fortsatt foretas.

”Tilsvarende situasjon”

For at en påstand om direkte diskriminering skal kunne vurderes må sammenligningen foretas med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner, jf. uttrykket ”tilsvarende situasjon” i utkastets § 54 B nr. 1.

Når vedtak om ansettelse skal fattes, tar kravet om ”tilsvarende situasjon” i første rekke sikte på at arbeidssøkerne skal ha like eller i hovedsak like kvalifikasjoner i form av utdanning, erfaring m.v. Den av arbeidssøkerne som har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne, vil ikke befinne seg i en tilsvarende situasjon. Dersom han eller hun ikke blir tilsatt vil ikke dette kunne anses som diskriminering.

Hvorvidt det foreligger eller ville foreligget en ”tilsvarende situasjon” må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, ut fra en sammenligning av situasjonen til den som hevder seg forskjellsbehandlet med andres situasjon. Dersom det forekommer en dårligere behandling av vedkommende til tross for at det ikke foreligger noen saklig grunn til dette, må det vurderes om dette skyldes en av de i utkastet til § 54 A nr. 1 nevnte grunner. Kan dette sannsynliggjøres, vil det i utgangspunktet foreligge lovstridig forskjellsbehandling etter utkastets § 54 B nr. 1.

11.4.3 Indirekte forskjellsbehandling

Den indirekte forskjellsbehandling skiller seg fra den direkte forskjellsbehandling ved at den i en viss utstrekning forutsetter en sammenligning av grupper av personer eller flere personer innenfor en bestemt gruppe, for eksempel en bestemt aldergruppe eller etnisk gruppe.

For å gjennomføre direktivet foreslår utvalget en definisjon av indirekte forskjellsbehandling i utkastet § 54 B nr. 2, som er i overensstemmelse med definisjonen i rammedirektivets artikkel 2 nr. 2 b. Det finnes ingen tilsvarende definisjon i arbeidsmiljøloven § 55 A i dag. Den foreslått definisjon må imidlertid anses å være i samsvar med det som menes med indirekte diskriminering i § 55 A annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-97) side 47.

Utkastet retter seg mot ”en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløstelse”. Begrepene ”bestemmelse, betingelse og praksis” er identisk med ordlyden i direktivets definisjon av indirekte diskriminering. Begrepene ”handling eller unnløstelse” er inntatt for å presisere at også unnløstelser og alle typer handlinger kan utgjøre indirekte diskriminering. ”Handlinger” vil omfatte en lang rekke forhold, også fastsettelse av bestemmelser eller praksis (slik som ansettelsespraksis). Handlingsbegrepet vil dermed til en viss grad kunne sies å overlape de andre begrepene i forslaget definisjon, men er likevel tatt med av hensyn til brukervennligheten.

Den indirekte diskriminering kjennetegnes ved at det tilsynelatende ikke er noe formelt sett galt med den handling eller lignende som blir foretatt – en handling, bestemmelse, betingelse eller lignende er med andre ord formelt sett nøytral, men får i praksis en uforholdsmessig stor negativ eller uønsket virkning for visse grupper, på usaklig grunnlag.

Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling innebærer ikke et direkte forbud mot bruk av en tilsynelatende nøytral bestemmelse m.v., som stiller personer av for eksempel en bestemt etnisk opprinnelse eller alder særlig ufordelaktig.

I overensstemmelse med rammedirektivets artikkel 2 nr. 2 b) i) foreslår utvalget en presisering, jf. uttrykket ”med mindre”, av at saklig begrunnet forskjellsbehandling ikke anses som indirekte forskjellsbehandling. Det vil med andre ord ikke foreligge indirekte forskjellsbehandling, dersom den aktuelle bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrunnet i et saklig formål, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige (proporsjonalitetsprinsippet). Det vil måtte bero på en konkret vurdering, om det aktuelle formål er saklig, og om midlene er proporsjonale i forhold til målet.

11.4.4 Særlig om trakassering

Direktivets definisjon av trakassering

I følge rammedirektivet skal trakassering anses som forskjellsbehandling.

I rammedirektivets definisjon av trakassering inngår både et subjektivt og et objektivt vilkår. I henhold til definisjonen i direktivet foreligger trakassering når en uønsket adferd i tilknytning til de grunner som er omfattet av direktivet, finner sted med den hensikt eller den virkning å krenke en annens verdighet og å skape et miljø som kan beskrives som truende, fiendtlig, fornedrende, ydmykende eller krenkende.

I EU/EØS-retten finnes flere andre rettsakter vedrørende trakassering. Se omtale i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 69 og 70.

Trakassering skiller seg fra andre typer diskriminering ved at det ikke forutsettes at den som trakasserer har noen form for maktposisjon. Trakassering kan forekomme så vel mellom arbeidstakere som mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Maktforholdet kan også være det omvendte - arbeidstaker kan trakassere sin sjef eller arbeidsleder.

Det følger av rammedirektivet at medlemsstatene står fritt til å definere begrepet ”trakassering” i overensstemmelse med nasjonal lovgiving og praksis.

Gjeldende rett – arbeidsmiljøloven § 12

Det er ingen klar definisjon av begrepet trakassering i gjeldende § 12 i arbeidsmiljøloven. Det følger av bestemmelsen at arbeidstakerne ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Bestemmelsen er generelt utformet og det har vært lagt til grunn at reglen innebærer et vern mot trakassering uansett grunnlag. Ut over dette ligger det også visse føringer i forarbeidene og noe rettspraksis som utdypet hva som ligger i begrepet.

I henhold til bestemmelsens forarbeider (jf. Ot.prp. nr. 50 (1993-94)), er det arbeidsgivers ansvar og plikt å påse at bestemmelsen overholdes. Det fremgår videre at regelen retter seg mot alle former for trakassering og utilbørlig opptreden, det være seg fra andre arbeidstakere, ledelsen, arbeidsgivere eller fra andre på arbeidsplassen. Innholdet i trakasseringbegrepet vil ha varierende uttrykk i ulike miljøer og til forskjellige tider. I likhet med direktivets krav, stiller også arbeidsmiljøloven § 12

krav om at arbeidet skal tilrettelegges på en slik måte at den ansattes verdighet ikke krenkes.

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 12 er av offentligrettslig art og er således underlagt Arbeidstilsynets tilsynskompetanse. Ved brudd på denne bestemmelsen kan Arbeidstilsynet gi pålegg til arbeidsgiver, samt følge opp med tvangsmulkt og stans av virksomheten ved manglende oppfylt pålegg. Arbeidstakere som mener seg utsatt for brudd på arbeidsmiljøloven kan kontakte Arbeidstilsynet for veiledning og eventuelt oppfølging i form av tilsynsbesøk/pålegg. Arbeidstakere som henvender seg til Arbeidstilsynet har imidlertid ikke rettskrav på å få saken sin fulgt opp i form av nærmere undersøkelser, tilsynsbesøk og pålegg fra Arbeidstilsynet. Etter Arbeidstilsynets erfaring er det mange henvendelser og et stort veiledningsbehov knyttet til "trakasseringbestemmelsen" i § 12. Sakene følges av ulike grunner sjelden opp gjennom kontroller og pålegg.

Svenske og danske forslag

Svenske arbeidsrettslige regler omfatter forbud mot trakassering i arbeidslivet. Disse bestemmelsene skiller seg imidlertid fra kravene i EUs rammedirektiv på enkelte områder. Den svenske utredningen SOU 2002:43 inneholder forslag til tre nye lover med forbud mot direkte og indirekte diskriminering på bakgrunn av henholdsvis etnisk tilhørighet, religion eller overbevisning, funksjonshemming og seksuell legning. Lovene omfatter også forbud mot trakassering, herunder trakassering arbeidstakerne imellom.

Følgende likelydende bestemmelse mot trakassering er foreslått i de tre lovene:
"Trakasserier som har samband med etnisk tilhörighet, religion eller övertygelse, funktionshinder eller sexuell läggning är diskriminering och är föbjudna i fall som anges i 3. kap. Med trakasserier avses ett uppträdande som syftar eller leder till att en persons värdighet kränks."

I Danmark har Ligebehandlingsutvalget foreslått følgende bestemmelse inntatt i lov mot forskjellbehandling på arbeidsmarkedet:

"Chikane skal betragtes som forskelsbehandling når en uønsket opptreden i relation til en persons race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuelle orientering, nationale, sosiale eller etniske oprinnelse finner sted med den formål eller den virkning at krænke en persons verdighet og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, udmygende eller ubehaglig klima for den pågældende."

Utvalgets vurdering og forslag

Gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 12 omfatter et generelt forbud mot trakassering på alle grunnlag.

For å oppfylle rammedirektivet vil det likevel være nødvendig å innføre en regel om delt bevisbyrde i forhold til påstått trakassering av de grunner som direktivet dekker, på samme måte som man har i arbeidsmiljøloven § 55 A. Gjeldende § 12 følger de ordinære bevisbyrdereregler, slik at det er den som påstår seg trakassert som må sannsynliggjøre dette f.eks. i et erstatningssøksmål mot arbeidsgiver.

Utvalget mener at gjeldende bestemmelse i § 12 trolig heller ikke tilfredsstillende rammedirektivets krav til effektiv sanksjonering. (Se nærmere om hva som ligger i effektivitetsprinsippet i direktivets artikkel 17 i kapittel 11.12.) Det kan vises til noe

rettspraksis vedrørende spørsmålet, men det er ingen klar og entydig praksis. Et eksempel fra rettspraksis hvor arbeidstaker har vunnet fram med erstatnings søksmål mot arbeidsgiver etter brudd på arbeidsmiljøloven § 12, er Falkendommen (Rt. 1997 s.786). Høyesterett ila her arbeidsgiver erstatningsansvar med hjemmel i skadeerstatningsloven § 2-1 for trakassering utført av andre arbeidstakere. I Apotekdommen (Rt. 1997 s. 1506) ble arbeidsgiver idømt erstatningsansvar etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

Etter utvalgsflertallets vurdering er det nødvendig å foreta endringer i arbeidsmiljøloven for å oppfylle rammedirektivets krav til effektiv sanksjonering.

Utvalget har drøftet hva som vil være den beste modell for implementering av trakasseringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. En mulighet kunne være å knytte dem opp til dagens bestemmelse om trakassering i § 12, dvs. som et tillegg § 12 nr. 1, første ledd. Dette kan tematisk sett synes logisk, og vil innebære at reglene underlegges Arbeidstilsynets tilsynskompetanse. På den annen side vil en slik løsning innebære at §12 i enda større grad enn i dag fremstår som unødig detaljert og ”rotete”. Dagens § 12 er omfattende og inneholder allerede så mange forskjellige elementer at det kan være vanskelig å få oversikt over gjeldende rett. Det kan være komplisert for arbeidsgivere og arbeidstakere å fastslå hva de enkelte bestemmelsene egentlig innebærer. Regelverket har dessuten allerede en noe uryddig systematikk. Dersom ovennevnte bestemmelser inntas i § 12, vil dette innebære at krav om delt bevisbyrde knyttes til trakassering som er å anse som diskriminering, og ikke til de øvrige bestemmelsene. Videre vil virkeområdet for den nye bestemmelsen være bredere enn for resten av paragrafen, som entydig retter seg mot forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

For å oppfylle rammedirektivets krav om delt bevisbyrde og effektiv sanksjonering også ved brudd på trakasseringsforbudet, foreslår derfor utvalget en særskilt bestemmelse om forbud mot trakassering på grunnlag av etnisitet, religion, livssyn, alder m.v. i arbeidsmiljølovens kapittel X A, jf. utkastet § 54 B nr. 3.

Utvalget legger til grunn at Arbeidstilsynet bør ha tilsyns-/vedtakskompetanse for denne bestemmelsen, se nærmere om dette kapittel 11.13.

Utvalget foreslår i utkastet § 54 B nr. 3 en definisjon som ligger tett opp til direktivets definisjon. Utkastet definerer trakassering som uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet. I likhet med direktivet stilles det altså som vilkår at den aktuelle adferd *har til hensikt eller fører til at* en annens verdighet krenkes. Dersom verdighetene til en arbeidstaker er krenket, vil dette i praksis alltid være nedverdiggende eller ydmykende for den krenkede, jf. direktivets formulering om at det skapes et ”truende, fjendtlig, nedværdiggende, ydmykende eller ubehagelig klima”.

Utvalget viser til at trakassering kan gi seg mange ulike utslag, eksempelvis i form av fysisk vold, skadeverk, ord og ytringer m.v.

Det forsettes at handlingen eller ytringen er uønsket fra fornærmedes side. Dette vil bidra til å understreke at den utsatte arbeidstakerens subjektive opplevelse av

situasjonen skal være utslagsgivende for om atferden må kunne betegnes som trakassering, jf. tilsvarende forslaget til ny lov mot etnisk diskriminering i NOU 2002:12.

Utvalget vil påpeke at for likestillingslovens forbud mot seksuell trakassering § 8a – som også gjelder for arbeidslivet – gjelder ikke reglene om delt bevisbyrde og objektivt erstatningsansvar etter § 16 og § 17.

Vern mot forskjellsbehandling i form av seksuell trakassering er derfor svakere enn ved forskjellsbehandling i form av trakassering på grunn av religion eller livssyn, etnisitet, osv.

Utvalget anser det som uheldig å ha forskjellige erstatnings- og bevisbyrderegler i arbeidslivet avhengig av diskrimineringsgrunnen. Reglene bør derfor harmoniseres. Utvalget anser det naturlig at dette spørsmålet tas opp senest ved en utredning av et helhetlig diskrimineringsvern.

11.4.5 Særlig om instruks

Direktivets bestemmelse

Direktivet inneholder forbud mot en form for diskriminering som ikke tidligere er regulert i EU-retten, og heller ikke i norsk rett. I direktivet artikkel 2 nr. 4 bestemmes det at enhver instruks om forskjellsbehandling på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuelle orientering, er å anse som ulovlig diskriminering.

Ved at instruks om forskjellsbehandling omfattes av diskrimineringsbegrepet i direktivet, vil også direktivets øvrige bestemmelser komme til anvendelse i slike situasjoner. Dette gjelder for det første hvem som har rettigheter og plikter i henhold til direktivet. Her må det merkes at direktivet også verner selvstendig næringsdrivende, ikke bare arbeidstakere. Videre omfatter det reglene om delt bevisbyrde (artikkel 10), reglene om at det skal finnes håndhevelsesorganer som kan behandle klager og krav fra enkeltpersoner eller organisasjoner (artikkel 9) og reglene om at det skal finnes effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner (artikkel 17).

Bestemmelsen var ikke med i Kommisjonens utkast til direktiv, men ble tatt inn under behandlingen i Europaparlamentet. Tilføyelsen ble begrunnet med at det er behov for å dekke situasjoner der for eksempel en leder instruerer sine underordnede om å diskriminere ved nyansettelser. Europaparlamentets forslag til bestemmelse hadde imidlertid et videre anvendelsesområde i og med at bestemmelsen ikke bare omhandlet instruks om å forskjellsbehandle (eng. instructions), men også tilskyndelser (eng. incitements) og press (eng. pressure). Rådet godtok imidlertid ikke denne ordlyden og bare begrepet instruks, er brukt i den endelige versjonen av direktivet. I den franske oversettelsen er ordet "enjoindre" som betyr ilegge eller beordre brukt. I den danske er ordet "instruksjon" brukt. Alle disse begrepene henspeiler på at det foreligger et underordningsforhold eller avhengighetsforhold mellom den som gir instruks og den som blir instruert. Ordbruken, og det forhold at Rådet utelot mer omfattende formuleringer som ikke sier noe om forholdet mellom

den som gir og den som mottar instruks, tyder på at det nettopp bare er i de tilfeller der det foreligger et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold at bestemmelsen kommer til anvendelse. Det vises her til den svenske SOU 2002:43 s. 176 flg.

Det kreves ikke at instruks får en faktisk diskriminerende effekt for noen som tilhører de beskyttede gruppene for at det skal være tale om diskriminering. Det er ordren eller instruks i seg selv som utgjør diskriminering.

En instruks om å diskriminere kan rammes av forbudet både mot direkte og mot indirekte diskriminering. Forbudet gjelder på ethvert trinn av arbeidsforholdet, fra utlysning til opphør.

Gjeldende rett

Det finnes ikke i norsk rett bestemmelser som innebærer et uttrykkelig selvstendig forbud mot å diskriminere gjennom instruks, ordre eller lignende.

Dersom arbeidsgivers instruks faktisk fører til at noen blir diskriminert, vil dette kunne rammes av arbeidsmiljøloven § 55 A om forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelse, § 12 om trakassering og § 60 om saklig grunn ved oppsigelse.

Svenske og danske forslag

Det finnes ikke i svensk rett bestemmelser som svarer til direktivets regulering vedrørende instruks om å diskriminere. Det legges imidlertid i SOU 2002: 43 til grunn at en del situasjoner der forskjellsbehandlingen faktisk fører til krenkelse, også i dag dekkes. Bestemmelsen foreslås i SOU 2002:43 implementert gjennom innføring av uttrykkelige bestemmelser i forslagene til nye diskrimineringslover (se kapittel 10.2.3).

Danmark har heller ikke bestemmelser som svarer til direktivets regulering vedrørende instruks om å diskriminere. Implementeringsutvalget foreslår reguleringen inntatt som et nytt 5. ledd i § 1 i lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet m.v. av 12. juni 1996. Endringen omtales likevel i implementeringsforslaget som kun en presisering av gjeldende rett i de fleste situasjoner også i dag antas å være omfattet av forskjellsbehandlingslovens § 1.

Vurdering og forslag

Instruksbestemmelsens selvstendige betydning ligger i at den også forbyr instruks som ikke fører til at noen faktisk blir diskriminert. Der instruks fører til at noen blir diskriminert, vil situasjonen være regulert av de øvrige bestemmelser i direktivet.

Brudd på forbudet mot instruks om forskjellsbehandling, som faktisk fører til at noen krenkes, vil i likhet med brudd på de øvrige diskrimineringsforbud kunne håndheves ved krav om økonomisk og ikke-økonomisk erstatning i henhold til utvalgets forslag til ny § 54 J. Denne sanksjonsformen er imidlertid ikke effektiv i forhold til instruks som ikke har ført til faktisk diskriminering. Her er straffeansvar den aktuelle sanksjonsform. Arbeidsmiljøloven § 85 oppstiller straffeansvar for innehaver av virksomhet, arbeidsgiver m.v. som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelse i loven. Denne bestemmelsen vil også gjelde overtredelse av instruksforbudet.

Utvalget legger til grunn at rammedirektivet også innebærer et forbud mot å gi instruks om å trakassere. I artikkel 2 nr. 4 heter det at enhver instruks om forskjellsbehandling ”betragtes som forskelsbehandling som defineret i stk. 1” (nr. 1). Trakassering defineres som diskriminering i artikkel 2 nr. 3. Instruks om å trakassere vil sannsynligvis ikke forekomme ofte. Det kan likevel ikke ses å være noen grunn til å behandle instruks om trakassering annerledes enn instruks om diskriminering. Der det forekommer vil slike instruks være like klanderverdige som instruks om å diskriminere. Også i de svenske forslag til implementering av direktivet⁴⁰ og i Holgersen-utvalgets forslag til implementering av direktiv 43/2000/EF⁴¹ foreslås instruksforbudet å omfatte trakassering. Det forhold at det skal være tale om ”instruksjoner” om å trakassere, dvs. at det må foreligge et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold mellom den som gir instruks og den som utfører den, medfører imidlertid at forbudet mot å gi instruks om diskriminering får et snevrere anvendelsesområde enn selve trakasseringsforbudet. I motsetning til forbudet mot instruks om å trakassere, retter selve trakasseringsforbudet seg også mot tilfeller der trakassering skjer mellom personer som ikke står i et slikt underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold til hverandre. Dette medfører for eksempel at forbudet mot å gi instruks om trakassering normalt ikke gjelder tilfeller der en arbeidstaker ber en annen arbeidstaker om å trakassere en tredje arbeidstaker.

Utvalget foreslår å innarbeide instruksforbudet i utkastet § 54 B nr. 4. Med denne bestemmelsen slås fast at en instruks om å forskjellsbehandle en person på en av de i utkastet til § 54 A nr. 1 nevnte grunner, anses som forskjellsbehandling. Bestemmelsen har til formål å sikre gjennomføring av direktivets artikkel 2 nr. 2 pkt 4.

For at det skal foreligge en instruks, kreves at den personen som gir instruks, har en instruksjonsmyndighet over for den personen som mottar instruks, slik at det består et visst over- og underordningsforhold. Innenfor anvendelsesområdet til arbeidsmiljøloven vil det således være arbeidsgiveren som har instruksjonsmyndighet overfor sine ansatte. Derimot vil ikke det forhold at en arbeidstaker oppfordrer en annen arbeidstaker/kollega til å forskjellsbehandle, være omfattet av forbudsbestemmelsen i utkastet § 54 B nr. 4.

11.5 Anvendelsesområde

Formålet med rammedirektivet mot diskriminering er å bekjempe diskriminering i ”arbeidslivet”, jf. artikkel 1. Med arbeidslivet i direktivets forstand menes et vesentlig videre begrep enn anvendelsesområdet for arbeidsmiljøloven og det som tradisjonelt regnes som arbeidslivet i Norge, som i hovedsak relaterer seg til forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og partene i arbeidslivet.

I følge rammedirektivets artikkel 3 nr.1 gjelder direktivet på følgende områder:

⁴⁰ Se SOU 2002:43 side 271.

⁴¹ Se NOU 2002:12 side 245.

- ”a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse.
- b) adgang til alle typer af og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskolering, herunder praktisk arbejds erfaring.
- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn
- d) medlemskap af og deltagelse i en arbejdstaker- eller arbejdsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisasjoner giver medlemmene.

Det er i artikkel 3 nr.3 presisert at direktivet ikke kommer til anvendelse for offentlige sosiale ytelser, helsestell, velferdstiltak mv.

Det følger av artikkel 3.4 at statene kan unnta ”de væpnede styrker” fra direktivets bestemmelser vedrørende forskjellsbehandling på grunn av alder og funksjonshemming. Dette innebærer en mulighet til, og ikke en forpliktelse til å unnta militære styrker.

Vurdering og forslag

Etter utvalgets oppfatning er det behov for endringer i arbeidsmiljøloven for å gjennomføre rammedirektivets krav mht. det saklige anvendelsesområdet.

Utvalget foreslår derfor en bestemmelse i utkastet § 54 C som slår fast at forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør. Det vil ikke være mulig å liste opp alle tenkelige situasjoner i et arbeidsforhold hvor forbudet mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse. Utvalget foreslår derfor at det i utkastet tas inn en ikke uttømmende liste med eksempler på noen viktige sider ved arbeidsforholdet som er omfattet av diskrimineringsforbudet, jf. bokstavene a)-d) i utkastet.

Utvalget har ikke vurdert behovet for endringer i andre lover enn arbeidsmiljøloven eller for forhold som faller utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde. Dette betyr at utvalget ikke har vurdert direktivets bestemmelser i forhold til vilkår for oppstart og drift av selvstendig næringsvirksomhet og adgang til ulike former for yrkesutdanning.

Rammedirektivet omfatter noen områder det ikke umiddelbart er naturlig å regulere i arbeidsmiljøloven. Dette gjelder medlemskap i og deltakelse i arbejdstaker-, arbeidsgiver- og yrkesorganisasjoner, samt lønnsvilkår. Utvalget kan ikke se at det er andre lover hvor det er mer naturlig å regulere disse forholdene. Utvalget har derfor likevel valgt å foreslå dem tatt inn her.

Medlemskap i arbejdstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner

I følge rammedirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d) kommer direktivet til anvendelse for medlemskap og deltakelse i arbejdstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon. For å gjennomføre direktivet er det nødvendig å innføre en regel som gir forbudet mot forskjellsbehandling tilsvarende anvendelse for de nevnte organisasjoner.

Fordi dette er en særegen bestemmelse som ikke naturlig hører hjemme i arbeidsmiljøloven foreslår utvalget at bestemmelsen tas inn i et nytt kapittel X B i arbeidsmiljøloven, jf. utkastet til § 54 M, som presiserer at forbudet mot

forskjellsbehandling i kapittel X A kommer til anvendelse for medlemskap i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- og yrkesorganisasjon. Det følger av direktivets artikkel 3 at forbudet også skal gjelde for de fordeler som disse organisasjonene gir sine medlemmer. Den foreslåtte bestemmelsen sikrer også en oppfyllelse av rammedirektivet på dette punktet.

Bestemmelsen i utkastet til § 54 M er utarbeidet etter mønster av en tilsvarende bestemmelse i det danske utkastet til endringer i lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet m.v. § 5 a.

Lønnsvilkår

Rammedirektivet oppstiller et forbud mot diskriminering ved lønnsfastsettelse, jf. artikkel 3 nr. 1 c). Etter norsk rett har vi intet alminnelig forbud mot lønnsdiskriminering. Likestillingsloven inneholder en særskilt regel om lik lønn for kvinner og menn for arbeid av lik verdi i § 5. I arbeidsmiljøloven er reguleringer om lønn begrenset til regler om utbetaling av lønn (§ 55 mv) og om overtidspålegg (§ 49 nr. 3). Ellers er lønnsfastsettelse og regulering av lønn tradisjonelt overlatt til partene. Der det er tariffavtale, vil denne fastsette ufravikelige normer for lønnsberegningen.

Utvalget mener i utgangspunktet at det ikke er ønskelig å innføre regler om lønnsfastsettelse i arbeidsmiljøloven. For å gjennomføre rammedirektivet er det imidlertid nødvendig å innføre et forbud mot diskriminering også ved lønnsfastsettelse, og etter utvalgets oppfatning er det ingen andre lover enn arbeidsmiljøloven som passer bedre for slik regulering. Utvalget foreslår derfor at det presiseres i utkastet § 54 C bokstav c) at forbudet mot forskjellsbehandling etter kapittel X A også for lønnsvilkår.

11.6 Unntak fra diskrimineringsforbudet

11.6.1 Særlige krav til arbeidet

Rammedirektivets artikkel 4 nr.1 åpner for at medlemsstatene kan fastsette unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling ”der den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimelig forhold hertil.”

Denne unntaksadgangen er ment å fange opp de tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har en av de i artikkel 1 nevnte egenskaper for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. EF-domstolen har tolket denne unntaksadgangen svært restriktivt i forhold til tilsvarende bestemmelse i direktivet om forbud mot kjønnsdiskriminering. Domstolen har ved tolkningen lagt stor vekt på direktivets formål, dvs. å fremme likestilling mellom kjønnene. Hva angår den samme unntaksadgang ved etnisk diskriminering har Kommisjonen i sitt forslag uttalt at uttrykket bør tolkes restriktivt og bare omfatte de yrkeskvalifikasjoner som er absolutt nødvendige for å utføre ervervsvirksomheten. Som eksempel angis

teaterforestillinger der det kreves at skuespillerne har en viss etnisk tilhørighet for å kunne gjøre rollen troverdig.⁴²

Utvalget foreslår en unntaksbestemmelse i utkastet § 54 D nr. som er i overensstemmelse med rammedirektivets artikkel 4 nr. 1.

11.6.2 Særlig om unntaksbestemmelsen anvendelse ved ansettelser i kirker og andre religiøse trossamfunn

Det følger av direktivets artikkel 4 nr. 2 første ledd at det er adgang til å opprettholde nasjonale regler eller nasjonal praksis som tillater ulik behandling på grunn av en persons religion eller livssyn, for stillinger knyttet til kirker eller andre offentlige eller private organisasjoner som bygger sin etikk på religion eller livssyn. Det er et vilkår etter direktivet at kravet inngår i formålet for vedkommende organisasjon og at stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet. I følge annet ledd i samme bestemmelse, er det også adgang til å opprettholde regler eller praksis, som tillater at de samme virksomheter kan kreve at arbeidssøkere eller arbeidstakere har en redelig innstilling til og er lojale over for organisasjonens etikk. Det vises for øvrig til direktivets fortale punkt 24 som gir uttrykk for respekt for den status kirker og religiøse organisasjoner har i medlemsstatenes nasjonale lovgivningen.

Det er vanskelig å tolke rekkevidden av direktivets unntaksbestemmelse på dette siste punktet. Utvalget finner imidlertid grunn til å anta at direktivets bestemmelse ikke er til hinder for å opprettholde gjeldende unntakbestemmelser i arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd og tredje ledd som gjelder ved utlysning av stilling og ansettelser i kirker og andre religiøse trossamfunn. Utvalget har imidlertid kommet til at det er tilstrekkelig med en generell unntaksbestemmelse for de tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har/ikke har en av de i artikkel 1 nevnte egenskaper for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. I dette legger utvalget til grunn at utkastet § 54 D nr. 1 også kan hjemle en videreføring av gjeldende unntaksbestemmelse vedrørende religiøse trossamfunn.

11.6.3 Alder

Direktivets bestemmelser

Direktivets artikkel 2 jf. artikkel 1 oppstiller et forbud mot diskriminering på grunn av en persons alder. Forbudet omfatter alle aldersgrupper, både unge og eldre.

Behovet for en særskilt unntaksadgang fremheves allerede i fortalens punkt 25 der det heter at forbudet mot forskjellsbehandling pga. alder er en avgjørende forutsetning for at de mål som er fastsatt i retningslinjene for sysselsetting kan nås, men at ulik behandling på grunn av alder kan være berettiget under visse omstendigheter og derfor krever særlige bestemmelser.

Unntaksadgangen reguleres for det første i artikkel 6 nr. 1 og 2. Medlemsstatene kan i henhold til bestemmelsen fastsette at forskjellsbehandling ikke rammes dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av den nasjonale

⁴² SOU 2002:43 pkt. 7.12.1

rett, bl.a. legitime sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesopplæringspolitiske mål, og hvis midlene til å oppfylle det aktuelle formål er hensiktsmessige og nødvendige. Unntaket gjelder, til forskjell fra direktivets generelle unntaksadgang i artikkel 2 nr. 2, både direkte og indirekte diskriminering.

Disse unntakskriteriene er de samme som EF-domstolen har anvendt i spørsmål som angår direktivene 76/207/EØF og 75/117/EØF om likebehandling av menn og kvinner (heretter likebehandlingsdirektivene). EF-domstolens tolkning av disse direktivene, må derfor også ha betydning som rettskilde ved anvendelsen av artikkel 6 i rammedirektivet.

Vilkåret om at forskjellsbehandling på grunn av alder skal være objektivt begrunnet innebærer naturlig nok at begrunnelsen må være uten enhver sammenheng med diskriminering, og at arbeidsgivers subjektive oppfatning ikke er avgjørende. Domstolens praksis kan tyde på at begrunnelser som tillegger en person eller en gruppe personer visse negative egenskaper/ kjennetegn fordi vedkommende tilhører en beskyttet gruppe, lett vil anses som ikke objektivt begrunnet. Domstolen har i den såkalte Danfoss-saken (C-109/88 nr. 20) avvist en begrunnelse som bygget på at kvinners arbeidsytelse er dårlig fordi de er kvinner. Det må også i forhold til alder som årsak til forskjellsbehandling utvises svært stor forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet eller arbeidsprestasjonen dårligere som følge av vedkommendes alder. Her vil imidlertid kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig også begrense arbeidsgivers adgang til å vektlegge en persons alder.

Det er videre et vilkår at det mål som forsøkes oppnådd med forskjellsbehandlingen er legitimt innenfor den nasjonale rett, dvs. i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler. Formålet med dette kriteriet er å rette søkelyset på arbeidsgiverens virkelige motiver. Svært ofte, og særlig hvis de har å gjøre med en persons kjønn, religion, alder eller seksuelle orientering, vil disse være skjult. Vilkåret eksemplifiseres i direktivteksten med sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesopplæringspolitiske mål. Det legges til grunn at dette først og fremst henspeiler på at medlemsstatene kan bestemme at denne typen nasjonale målsettinger kan gjøre forskjellsbehandling lovlig. Imidlertid kan også arbeidsgivers/ virksomhetens egne mål være legitime. Økonomisk vinning er generelt akseptert som et legitimt formål i EF-domstolens praksis vedrørende kjønnsdiskriminering.

Kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig innebærer for det første et krav om at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom den anførte begrunnelse og målet som skal oppnås og at arbeidsgiver må vise at en slik årsakssammenheng faktisk foreligger. For det annet oppstilles et krav om proporsjonalitet, dvs. om at de midler som tas i bruk må stå i forhold til det resultat som oppnås. Det må i denne forbindelse undersøkes om målet kan nås på en måte som ikke bryter med ikke-diskrimineringsinteresser.

Direktivet omtaler eksempelvis i artikkel 6 følgende former for ulik behandling som kan tillates:

- fastsettelse av minimumskrav til alder, arbeidserfaring eller ansiennitet for ansettelse eller for å oppnå visse fordeler i forbindelse med ansettelse,

- fastsettelse av maksimal aldersgrense for ansettelse, som er basert på krav til utdanning for den konkrete stillingen eller krav om å ha tilbakelagt en rimelig lang periode i arbeidslivet forut for pensjonering.

Andre lands rett

Sverige har ikke lovgivning som oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. Den svenske regjeringen har i komitédirektiv 2002:11 "En sammanhållen diskrimineringslagstiftning" gitt en såkalt parlamentarisk komité i oppgave å foreslå en gjennomføring av aldersdiskrimineringsforbudet i svensk rett. Utvalget skal levere sin innstilling i desember 2004.

Det finnes heller ikke i dansk rett et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder. Det gjennomføres for tiden konsultasjoner mellom partene i dansk arbeidsliv vedrørende implementeringen av forbudet mot aldersdiskriminering. Lovgivningsarbeidet igangsettes når disse partenes uttalelse foreligger.

Den finske arbeidsavtalslagen (2002/ 55) har i 2. kapittel 2 paragraf et forbud mot forskjellsbehandling uten "godtagbart skäl" som også omfatter diskriminering pga alder. Forbudet gjelder i alle faser av et arbeidsforhold, så som ansettelse, opprykk eller forfremmelse og oppsigelse.

USA fikk allerede i 1967 en egen lov mot aldersdiskriminering i arbeidslivet – "Age Discrimination in Employment Act" (ADEA). Formålet med loven er i følge section 2 som følger: å fremme sysselsetting av eldre arbeidstakere på grunnlag av deres kompetanse og ikke deres alder, å forby vilkårlig aldersdiskriminering og å hjelpe arbeidsgivere og arbeidstakere å løse problemer som oppstår i arbeidslivet som følge av aldring.

ADEA section 4 a til c forbyr diskriminering av arbeidstakere mellom 40 og 70 år. For føderalt ansatte gjelder ingen øvre aldersgrense.

Det er forbud for arbeidsgivere å diskriminere på grunn av alder ved ansettelse, oppsigelse eller fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår. I henhold til section 4 d er det ulovlig å diskriminere en arbeidstaker fordi vedkommende har protestert mot brudd på loven eller deltatt i en rettsforfølging som følge av brudd på loven. Det er videre i henhold til section 4 d forbudt å tilkjenne noen preferanse, begrensning, spesifisering eller diskriminering ved utlysning av en stilling.

Også arbeidsformidlingsbyråer og arbeidstakerorganisasjoner er i mange situasjoner omfattet av lovens diskrimineringsforbud.

Det oppstilles i section 4 en unntaksadgang for tilfeller der alder utgjør en yrkeskvalifikasjon som rimeligvis er nødvendig for normal fungering i vedkommende foretak eller der differensieringen bygger på andre rimelige forhold enn alder ("a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business or where the differentiation is based on reasonable factors other than age") Det er videre adgang til å si opp en arbeidstaker der det foreligger saklig grunn ("good cause").

Vurdering og forslag

Som nevnt i kapittel 11.3.4 er det nødvendig, for at rammedirektivet skal gjennomføres i norsk rett, å innføre alder blant de diskrimineringsgrunner loven forbyr, slik at rettsstillingen blir utvetydig og klar.

Det er likevel utvalgets vurdering at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder i utkastet § A nr. 1, ikke kan gjelde absolutt og i alle situasjoner – det ville i en del tilfeller føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser. Utvalget har derfor valgt å benytte direktivets adgang til å oppstille en særskilt, generell og skjønnsmessig unntaksadgang i forhold til denne diskrimineringsgrunnen.

Unntaksadgangen er ment avgrenset i tråd med direktivets artikkel 6. Det er imidlertid i direktivet inntatt eksempler på forhold som under visse forutsetninger *kan* rettferdiggjøre forskjellsbehandling på grunn av alder. Dette gjelder blant annet fastsettelse av særlige vilkår for adgang til arbeid og utdanning for unge, eldre og personer med forsørgerplikt med henblikk på å integrering eller beskyttelse, fastsettelse av minimumsbetingelser vedrørende alder, arbeidserfaring eller ansiennitet for adgang til ansettelse eller til visse fordeler i forbindelse med ansettelse og fastsettelse av maksimal aldersgrense for ansettelse, som er basert på utdanningsmessige krav. Utvalget har valgt å ikke innta eksempler, kriterier eller lignende. Dette fordi spørsmålet om det foreligger aldersdiskriminering nødvendigvis må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering og fordi eksemplifisering i en lovt tekst uansett må gjøres på en relativt åpen og ubestemt måte. Dermed kan en slik eksemplifisering snarere være egnet til å forvirre enn til å veilede. Til dette kommer også at forbudet mot aldersdiskriminering er nytt i europeisk sammenheng, og det finnes svært lite praksis som gir grunnlag for å utarbeide nærmere kriterier. Per i dag synes det derfor hensiktsmessig og nødvendig at den nærmere avgrensning av vernet mot aldersdiskriminering skjer ved fremtidig domstolspraksis.

11.7 Tilrettelegging av arbeid for funksjonshemmede

For å sikre at prinsippet om likebehandling av funksjonshemmede overholdes, sier direktivets artikkel 5 at det skal foretas tilrettelegging av arbeidet i rimelig omfang. Dette innebærer at arbeidsgiver, sett hen til de konkrete behovene, skal foreta tilpasninger slik at den funksjonshemmede gis adgang til arbeid, anledning til å utøve arbeidet, gis mulighet for fremgang i arbeidet og adgang til utdanning. Plikten begrenses til det som ikke vil innebære en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver.

For det nærmere innholdet i begrepet funksjonshemmet vises til kapittel 11.3.3.

I følge arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd første punktum slik den nå lyder må *”(a)arbeidsgiveren (...) ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av funksjonshemming”*. Forskjellsbehandling defineres i annet punktum som *”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av ”de forhold som er nevnt i første punktum. I følge tredje punktum skal det ”(v)ed vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, (...) tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.”*

For å sikre en gjennomføring av direktivet på dette punkt foreslår utvalget en bestemmelse som innebærer en videreføring og en viss utvidelse av rekkevidden for gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd .

Forslaget innebærer at arbeidsgiver også plikter å iverksette tiltak slik at den funksjonshemmede ikke bare kan få og beholde et høvelig arbeid, men også utføre og ha framgang i arbeidet eller ha adgang til opplæring og annen kompetanseutvikling,

Plikten gjelder hensiktsmessige tiltak knyttet til de konkrete behov. I samsvar med direktivet og gjeldende § 55 A videreføres formuleringen ”så langt det er mulig og rimelig” i tilknytning til beskrivelsen av arbeidsgivers plikt.

Ved vurderingen av hva som er å anse som en uforholdsmessig stor byrde for arbeidsgiver skal det, i henhold til direktivet, tas hensyn til medlemsstatenes ”handicappolitikk”. Der det finnes aktuelle støtteordninger for tilrettelegging for funksjonshemmede vil dette således bli et viktig moment i vurderingen av byrden for arbeidsgiver.

Arbeidsmiljøloven § 13 om plikt for arbeidsgiver til å iverksette tiltak for å tilrettelegge for arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne vil bestå ved siden av denne nye bestemmelsen.

11.8 Positiv særbehandling – som fremmer formålet om likebehandling

11.8.1 Direktivets bestemmelse

Rammedirektivet åpner i artikkel 7 for at statene kan tillate positiv særbehandling, ved at det fremgår at den enkelte medlemsstat kan opprette eller opprettholde spesifikke foranstaltninger som har til formål å forebygge eller oppveie ulemper knyttet til en eller flere av grunnene nevnt i artikkel 1.

Når det gjelder funksjonshemmede kan medlemsstatene opprette eller opprettholde bestemmelser eller ordninger vedrørende helse og sikkerhet på arbeidsplassen, som har til hensikt å beskytte eller fremme deres integrasjon i arbeidslivet. Dersom likebehandling ikke fører til reell likhet kan man altså opprette eller opprettholde særordninger for disse gruppene.

11.8.2 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser som åpner for positiv særbehandling av arbeidstakere, verken ved ansettelse, under arbeidsforholdets gang eller ved opphør av arbeidsforholdet.

I forbindelse med endringer i likestillingsloven i 2002 ble det inntatt en ny bestemmelse om positiv særbehandling av det ene kjønn i likestillingsloven § 3 a første ledd, med følgende ordlyd:

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

Forskrift om statens tjenestemenn (av 11.11.1983 nr. 1608) § 9 inneholder en bestemmelse om positiv særbehandling av funksjonshemmede arbeidssøkere. Denne bestemmelsen sier følgende:

”Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen.”

Holgersen-utvalget konkluderer i NOU 2002:12 med at det saklig sett ikke er et påtrengende behov for å lovfeste en generell adgang til positiv særbehandling med sikte på å sikre etnisk mangfold, men utvalget velger likevel å foreslå en bestemmelse om det for å klargjøre og understreke prinsippet i lovteksten. Utvalget foreslår følgende bestemmelse i lovutkastet § 4:

”Særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål skal ikke anses som diskriminering etter denne lov. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd”.

11.8.3 Svensk og dansk rett

I Danmark har ”Diskriminasjonsloven” § 9, stk. 2 en hjemmel til å fastsette bestemmelser i lov og forskrift eller øvrige foranstaltninger som har til formål å ”forbedre beskjeftigelsesmulighetene for personer av en bestemt rase, hudfarge, religion, politisk tilhørighet, seksuell legning eller nasjonal, sosial, eller etnisk opprinnelse”.

Den svenske regjering besluttet ved vedtak av 31. januar 2002 å nedsette en parlamentarisk komité, som innen 1. desember 2004 skal utrede flere spørsmål i tilknytning til diskrimineringslovgivningen i Sverige. Det viktigste oppdraget for komiteen er, i følge mandatet⁴³, å vurdere en felles lovgivning mot diskriminering i Sverige som skal omfatte alle eller flertallet av diskrimineringsgrunner og samfunnsområder. I komiteens mandat inngår også å vurdere om det bør innføres bestemmelser om positiv særbehandling, særlig med sikte på å sikre etnisk mangfold.

11.8.4 Vurdering og forslag

Det kan oppstå situasjoner hvor det vil være ønskelig å behandle personer eller grupper som stiller svakere enn andre formelt bedre enn flertallet, for å styrke posisjonen til disse gruppene eller personene.

Ved implementeringen av direktiv 2000/78/EF i arbeidsmiljøloven er siktemålet å bidra til like rettigheter og like muligheter for alle arbeidssøkere og arbeidstakere, uavhengig av de forhold som er nevnt i direktivets artikkel 1. Spørsmålet er om dette ivaretas av bestemmelsene om ikke-diskriminering, eller om det er behov for en egen bestemmelse om positiv særbehandling av disse gruppene.

⁴³ Komiteedirektiv Dir 2002:11 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

I internasjonal rett foreligger det hjemmel for å positivt særbehandle etniske grupper i Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 1 nr. 4. Denne bestemmelsen tillater positiv særbehandling, men påbyr samtidig at særbehandlingen skal opphøre når målet med særbehandlingen er oppnådd.

Utvalget ser for seg at man også i arbeidsmiljøloven innfører en presisering av at myndighetene har adgang til å iverksette spesielle tiltak eller gi særlige bestemmelser om positiv diskriminering i arbeidslivet uten at dette skal anses som diskriminering etter loven. Det kan være aktuelt for myndighetene å innføre bestemmelser eller gjennomføre konkrete tiltak som har til hensikt å stille enkelte av gruppene nevnt i artikkel 1 bedre enn de øvrige gruppene. Det er vanskelig å oppstille konkrete eksempler på dette, men man kan ikke se bort fra muligheten for at dette kan være relevant.

Tiltak og lovgivning for å fremme enkeltgrupper bør bare forekomme der fordelene ved dette er større enn fordelene ved at alle skal behandles likt.

Utvalget foreslår en bestemmelse om positiv særbehandling etter mønster fra Likestillingsloven og forslag i Holgersen-utvalget. Fordi bestemmelsen er en unntaksregel skal den fortolkes snevert.

11.9 Forbud mot gjengjeldelser

11.9.1 Innledning

Utvalget har drøftet om vernet mot diskriminering også bør omfatte et vern som beskytter mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Et slikt vern vil kunne sikre at den som hevder å være utsatt for diskriminering ikke i tillegg blir utsatt for gjengjeldelse fra den som utøver diskrimineringen, fordi vedkommende vil klage eller har klaget på diskrimineringen.

11.9.2 Direktivets bestemmelse

Direktivets artikkel 11 pålegger medlemsstatene å innføre nødvendige bestemmelser som beskyttelser mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver fordi arbeidstaker har tatt opp, påklaget eller forfulgt en sak om forskjellsbehandling. Direktivet slår dermed fast at en effektiv rettslig beskyttelse mot diskriminering må innebære en beskyttelse mot gjengjeldelse. I henhold til direktivet skal arbeidstakere beskyttes "... mod afskedigelse eller anden ufordelagtig behandling fra arbejdsgiverens side som reaktion på en klage inden for virksomheden eller enhver form for retsforfølgning med det formål at sikre, at princippet om ligebehandling iagttages".

11.9.3 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven har ingen generell beskyttelse mot gjengjeldelse. Noen bestemmelser beskytter imidlertid arbeidstaker mot visse typer gjengjeldelse. En arbeidstaker er beskyttet mot usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 og mot avskjed etter § 66. Videre beskytter § 12 nr. 1 siste punkt arbeidstakeren mot trakassering eller annen utilbørlig opptreden.

NOU 2002:12 om rettslig vern mot etnisk diskriminering bruker begrepet ”negativ gjengjeldelse” om ugunstig behandling fornærmede blir utsatt for fra den som utøver diskrimineringen.

Hva som legges i ”gjengjeldelse” vil variere avhengig av hvilken sammenheng det anvendes i. I folkeretten forstås begrepet som en motreaksjon mot et rettsstridig forhold.

11.9.4 Svensk og dansk rett

I Sverige er det tre lover fra 1999 som forbyr diskriminering i arbeidslivet på grunn av etnisk tilhørighet samt diskriminering av personer med funksjonshemming og diskriminering på grunn av seksuell legning.

Lovforslagene i SOU 2002:43 inneholder forslag til forbud mot ”repressalier”, som innebærer et vern for den som anmelder eller klager på diskrimineringen og den som medvirker til at saken blir utredet⁴⁴. Lovforslagene har også regler om erstatningsansvar i kapittel 6 ”Ogiltighet och skadestånd”. I § 5 heter det at ”Den som bryter mot förbudet mot repressalier i denna lag skall betala skadestånd till den som utsatts för repressalierne för den kränkning som repressalierne innebär och för den ekonomiska skada som uppkommer för den som repressalierne riktas mot.”⁴⁵

I Danmark er det i Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. foreslått inntatt en bestemmelse om forbud mot gjengjeldelse i med følgende ordlyd: ”Udsættes en lønmodtager for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, herunder afskedigelse, fordi denne har fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse.

Stk. 3. Godtgørelsen efter stk. 2, fastsættes under hensyntagen til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt.”

11.9.5 Vurdering

For å gjennomføre rammedirektivet er det nødvendig å innføre et forbud mot gjengjeldelse – og reaksjoner ved brudd på forbudet – i norsk rett.

De som utsettes for forskjellsbehandling vil kanskje avstå fra å ivareta sine rettigheter på grunn av frykt for gjengjeldelser. Denne gruppen har derfor et beskyttelsesbehov. Tilsvarende gjelder andre arbeidstakere og tillitsvalgte som tar opp forskjellsbehandlingen uten selv å være rammet. (Se også SOU 2002:43 side 370.)

⁴⁴ Alle lovforslagene har i kapittel 4 forslag til regler om ”Förbud mot repressalier m.m.” I § 1 heter det at ”Den som omfattas av diskrimineringsförbuden i denna lag får inte utsätta någon för repressalier på grund av att han eller hon har anmält eller påtalat diskriminering eller medverkat i en utredning om diskriminering.” Ordlyden er identisk i alle forslagene.

⁴⁵ Jf. forslagene til lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisk tilhørighet og forslag til lov om forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming. I forslag til lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell legning er dette regulert i kapittel 5 § 5. Ordlyden er identisk i alle tre forslagene.

Utvalget har vurdert ulike begrep for å treffe disse situasjonene. Utvalget har blitt stående ved at gjengjeldelse er det mest dekkende begrepet på norsk.

Hva som skal regnes som gjengjeldelse vil bero på en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak, herunder eventuelt hva slags forhold det er mellom partene. Det avgjørende vil imidlertid være om handlingen kan ses som en følge av og motreaksjon på at den som opplever å ha blitt utsatt for diskriminering tar skritt for å forfølge saken.

Friheten til å forfølge en sak om diskriminering omfatter et hvert skritt i retning av å få en avklaring i diskrimineringsaken. Det kan for eksempel være å fremsette klage, enten internt eller til et tilsynsorgan, gå inn i forhandlinger, kontakte advokat eller tillitsvalgt eller gå til sak for domstolene.

Direktivet beskytter mot oppsigelse / opphør av arbeidsforholdet eller annen ugunstig behandling. Det handler således om handlinger og uttalelser som medfører skade eller ubehag for den enkelte. Dette kan være oppsigelse, degradering, mindre spennende arbeidsoppgaver, omplassering, økt arbeidsbelastning, urimelige krav på overtid med mer. Gjengjeldelsene må videre utgjøre en reaksjon fra arbeidsgivers side på en klage innenfor virksomheten eller annen form for rettsforfølging.

Det er videre et krav om at det for å være gjengjeldelser foreligger en årsakssammenheng mellom den ugunstige behandlingen og det forhold at det er fremmet klage el.l. om diskriminering. Dersom det ikke foreligger årsakssammenheng, er det ikke tale om gjengjeldelser i direktivets forstand. Reaksjoner på en klage over diskriminering som innebærer en ugunstig behandling eller ugunstige konsekvenser for klageren, vil som utgangspunkt være å anse som en gjengjeldelse. Tilfeller hvor klageren har opptrådt grovt uaktsomt ved å fremsette en falsk eller useriøs klage eller anklage, faller utenfor vernet, selv om klageren faktisk er blitt utsatt for en form for gjengjeldelse.

Sanksjoner

Etter direktivets ordlyd skal medlemstatene innføre ”nødvendige foranstaltninger” for å beskytte arbeidstakere mot gjengjeldelse. Det er opp til statene selv å avgjøre hva slags vern og hvilke sanksjoner som anses nødvendige for å sikre en effektiv overholdelse av direktivet. Sanksjonene må videre stå i et rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende effekt, jf. direktivet (2000/78/EF) artikkel 17. Etter utvalgets forslag vil arbeidstaker som er utsatt for gjengjeldelser ha krav på erstatning, jf. utkastet § 54 J.

11.10 Bevisbyrde og opplysningsplikt

11.10.1 Delt bevisbyrde

Direktivets bestemmelser

Dersom arbeidstakeren kan fremføre faktiske omstendigheter som gir grunn til å anta at det er utøvd direkte eller indirekte forskjellsbehandling, må arbeidsgiver

sannsynliggjøre at dette ikke er tilfelle. Direktivet oppstiller altså i artikkel 10 et prinsipp om delt bevisbyrde. Artikkel 10 sier videre at dette ikke er til hinder for at medlemsstatene innfører bevisbyrdebestemmelser som er gunstigere for saksøker. Bevisbyrderegelen skal dessuten ikke anvendes i straffesaker.

Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A, 5. ledd sier at dersom arbeidssøkeren kan påvise forhold som gir grunn til å tro at det foreligger forskjellsbehandling, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at dette ikke skyldes forhold som nevnt i annet ledd. Denne bestemmelsen om delt bevisbyrde ble endelig tatt inn i loven i forbindelse med at diskriminering pga. funksjonshemming ble inkludert i § 55 A.

Bestemmelsen må på bakgrunn av forarbeidene (Ot.prp. nr. 34 2000-2001) sannsynligvis forstås slik at dersom en arbeidssøker uten noen av kjennetegnene i artikkel 1 blir ansatt foran en som har samme eller tilsvarende kvalifikasjoner, men er funksjonshemmet eller har en annen hudfarge, går en ut fra at funksjonshemmingen osv. har vært utslagsgivende med mindre arbeidsgiveren kan vise til andre saklige grunner for utvelgelsen.

Arbeidsmiljøloven § 55 A har i 4. ledd en bestemmelse som er nært tilknyttet bevisbyrdebestemmelsen i 5. ledd. Arbeidsmiljøloven § 55 A, 4. ledd gir arbeidstaker som mener seg forskjellsbehandlet mulighet til å kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har.

I forhold til sivile saker vedrørende brudd på arbeidsmiljøloven § 12, samt oppsigelsessaker iht. arbeidsmiljøloven § 61 og avskjedssaker iht. arbeidsmiljøloven § 66, gjelder ingen særskilte lovregler om bevisbyrde. Utgangspunktet er imidlertid at arbeidsgiver har bevisbyrden for at en oppsigelse er saklig eller en avskjed rettmessig.

Likestillingsloven har en bestemmelse om delt bevisbyrde i § 16, som sier at dersom det ”foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling ved ansettelser eller i arbeidsforhold, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov”.

Svensk og dansk rett

I det danske forslag til endring av lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet foreslås en ny § 7a, med regulering av bevisbyrde. Denne bestemmelsen tilsvare teksten i direktiv 2000/78/EF artikkel 10.

I det svenske forslaget i SOU 2002:43 foreslås at de nye lovene skal inneholde separate bevisbyrdebestemmelser i forhold til direkte diskriminering, indirekte diskriminering og trakassering. Bestemmelsene om bevisbyrde i forhold til direkte diskriminering og trakassering er så godt som like, og knesetter et prinsipp om delt bevisbyrde. Bestemmelsen om bevisbyrde i forhold til indirekte diskriminering er noe annerledes formulert, og mer tilpasset indirekte diskriminering, men fastslår også delt bevisbyrde.

Vurdering og forslag

Arbeidsmiljøloven § 55 A har allerede en bestemmelse om delt bevisbyrde. Dette er hensiktsmessig fordi det i saker om diskriminering ofte vil kunne fremtre som uklart

hva som har vært avgjørende for den handlingen som er foretatt, og det vil således være vanskelig for saksøker (arbeidssøker/arbeidstaker) å oppfylle sin bevisbyrde, ettersom det er den andre parten, saksøkte (arbeidsgiver), som sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og hva som har vært avgjørende.

Denne tankegangen ligger også bak likestillingsloven § 16. Forarbeidene (Ot.prp. nr. 77 2000-2001), sier følgende om denne bestemmelsen:

”Før bevisbyrden går over på arbeidsgiver må klager legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Dette innebærer at bevisbyrden går over på arbeidsgiver noe tidligere enn det som har vært tilfelle før. Det vil være tilstrekkelig at det er framlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven.(...) Når det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling ved ansettelser eller i arbeidsforhold, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov. Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt eller mer enn 50 % sannsynlighet.(...) Dersom arbeidsgiveren ikke klarer å gi en tilfredsstillende forklaring på hvorfor man har valgt å ansette en person med dårligere formelle kvalifikasjoner enn kvinnen, er det arbeidsgiveren som får avgjørelsen mot seg.”

Utvalget har merket seg at lovteksten i likestillingsloven § 16 og arbeidsmiljøloven § 55 A er ulikt formulert. Likestillingsloven § 16 har formuleringen ”Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro...”, mens arbeidsmiljøloven § 55 A, 5. ledd har formuleringen ”Dersom arbeidssøkeren kan påvise forhold som gir grunn til å tro”. Direktivets formulering er: ”(...) når en person (...) fremfører faktiske omstendigheter, som giver anledning til å formode at der er utøvet...”.

Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål om formuleringen i nåværende arbeidsmiljølov § 55 A, 5. ledd stiller for strenge krav til saksøkers del av bevisbyrden, i og med at formulering er satt til *påvise*, som i normal språkbruk vil kunne anses å inneholde et strengere beviskrav enn formuleringene i likestillingsloven § 16 og direktivets artikkel 10. Forarbeidene til § 55 A, 5. ledd i Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) tyder imidlertid på at en slik tolkning *ikke* er tilsiktet. Lovteksten sier dessuten ikke at arbeidstaker skal påvise *at* det har funnet sted forskjellsbehandling, men bare påvise forhold *som gir grunn til å tro* at det foreligger forskjellsbehandling. Teksten i § 55 A, 5. ledd vil således etter formodningen være i tråd med direktivets artikkel 10.

Arbeidsmiljøloven § 55 A, 4. ledd gir arbeidstakeren rett til å kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner den som ble ansatt har. Denne informasjonen vil i de fleste tilfeller inneholde en tilstrekkelig indikasjon for arbeidstakeren til å etablere en ”presumsjon for diskriminering” i strid med § 55 A.

Holgensen-utvalget er av den oppfatning at bevisbyrdebestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 55 A er egnet til å misforstå på to punkter. For det første ved ordet ”påvise”, som kan indikere at beviskravet for arbeidstaker er strengere enn det egentlig er ment å være, og for det andre fordi man i § 55 A bruker formuleringen ”...må arbeidsgiver sannsynliggjøre at dette ikke *skyldes* forhold som nevnt i andre ledd” (vår uth.) under beskrivelsen av arbeidsgivers bevisbyrde. Når arbeidsgiver må

sannsynliggjøre at den ulike behandlingen ikke skyldes ett eller flere av forholdene nevnt i annet ledd, vil dette etter Holgersen-utvalgets mening lede tanken hen på direkte diskriminering, mens bestemmelsen som sådan også rammer indirekte diskriminering. Holgersen-utvalget foreslår derfor følgende bestemmelse i utkast til lov mot etnisk diskriminering § 6:

”Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med § 3, skal slik diskriminering anses som bevist, med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med denne lov. Første ledd gjelder tilsvarende når noen mener seg utsatt for negativ gjengjeldelse etter § 5”.

Når det gjelder domstolsbehandling av saker om forskjellsbehandling som i dag ikke går inn under arbeidsmiljøloven § 55 A, men som er en del av direktivet, har loven ingen spesifikke bestemmelser om bevisbyrde, verken i forhold til søksmål i forbindelse med brudd på § 12 (for diskriminering ved trakassering), ved øvrig diskriminering under arbeidsforholdet, eller ved domstolsbehandling av oppsigelses- og avskjedssaker. Det vil i praksis si at saksøkeren har bevisbyrden for at det er en sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og ett eller flere av de forhold som er nevnt i direktivet artikkel 1, ved forskjellsbehandling som ikke omfattes av § 55 A.

For å gjennomføre direktivet må man etter utvalgets oppfatning ta inn bestemmelser om delt bevisbyrde for alle typer diskriminering, ikke bare diskriminering ved ansettelse, som er regulert i § 55 A.

Uvalget har i sitt utkast til § 54 I basert seg på arbeidsmiljøloven § 55 A, 5. ledd, og vil pga. den lovtekniske oppbyggingen av bestemmelsene om ikke-diskriminering som et eget kapittel, gjøre bestemmelsen om delt bevisbyrde gjeldende ved saker om diskriminering i alle faser i arbeidsforholdet. For å forhindre eventuelle misforståelser i forhold til beviskravet har ordet ”påvise” blitt erstattet med ordet ”fremlegge”.

11.10.2 Opplysningsplikt

Regelen om opplysningsplikt for arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven § 55 A fjerde ledd ble tatt inn ved lovendring 30. april 1998.⁴⁶ Bakgrunnen er at det ved ansettelse i det private ikke gjelder noen generell plikt for arbeidsgiver til å legge frem opplysninger om på hvilket grunnlag den som velges til stillingen ble foretrukket fremfor de andre søkerne. Arbeidssøkende som føler seg diskriminert i forbindelse med en ansettelse har derfor uten en slik rett til opplysninger liten mulighet til å foreta en vurdering av om det foreligger en usaklig forskjellsbehandling, eller om vurderingen ligger innenfor det loven tillater. Departementet innførte på denne bakgrunn en regel om opplysningsplikt for arbeidsgiver, etter mønster fra likestillingsloven og ansettelser i det offentlige. Opplysningsplikten omfatter kun de klart konstaterbare kvalifikasjoner den ansatte har, som f.eks. utdanning og praksis.

Arbeidsmiljøloven § 55, fjerde ledd tilsvarer likestillingsloven § 4, tredje ledd. Holgersen-utvalget foreslår også en likelydende bestemmelse i forslag til lov mot etnisk diskriminering § 7.

⁴⁶ Jf. Ot prp nr. 67 (1996-97)

Bestemmelsen har ingen parallell i rammedirektivet. Utvalget ser imidlertid ingen grunn til å oppheve bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 55 A fjerde ledd, da den anses som en viktig bestemmelse for ivaretagelse av rettssikkerheten til personer som mener seg diskriminert i strid med ikke-diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Utvalget foreslår derfor at regelen opprettholdes.

11.11 Dialog mellom partene i arbeidslivet

I følge rammedirektivets artikkel 13 plikter statene i overensstemmelse med nasjonale tradisjoner og nasjonal praksis, å sørge for passende tiltak for å tilskynde til dialog mellom partene i arbeidslivet med henblikk på å *”fremme likebehandling, herunder gjennom tilsyn med praksis på arbeidspladserne, kollektive overenskomster, regler for god opførsel, forskning eller udveksling af erfaringer og god praksis”*. Bestemmelsen oppstiller ikke konkrete krav til tiltak i denne sammenheng.

Utvalget viser til at arbeidstaker- og arbeidsgiversiden i norsk arbeidsliv har felles interesse i å fremme prinsippet om likebehandling og å forhindre diskriminering. Utvalget legger til grunn at direktivets krav er tilfredsstillende oppfylt gjennom de etablerte kanaler for dialog og samarbeid mellom partene i arbeidslivet.

11.12 Sanksjoner

11.12.1 Sanksjonsforpliktelsene i direktivet

Etter rammedirektivets artikkel 17 er medlemsstatene forpliktet til å fastsette sanksjoner og sikre iverksettelse av disse. Sanksjonene, som kan innebære erstatning, skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning, jf. EU/EØS-rettens effektivitetsprinsipp (jf. EF-traktaten artikkel 10⁴⁷). Bestemmelsen forplikter ikke medlemsstatene til å innføre strafferettslige sanksjoner.

For å fastlegge det nærmere innholdet i disse kravene, er det av interesse å se på kravet til sanksjoner etter direktivene om likebehandling av kvinner og menn. Når det gjelder sanksjoner i form av erstatning har EF-domstolen generelt lagt til grunn at erstatningen skal sikre en reell og effektiv rettsbeskyttelse, at den har en avskrekkende virkning på arbeidsgiver og at den under alle omstendigheter er tilstrekkelig stor i forhold til det tap arbeidstakeren eller arbeidssøkeren har lidt.

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et objektivt ansvar, dvs et ansvar uten krav til skyld, jf. Christel Kirkøen; Kravet om effektiv sanksjonering ved brudd på prinsippet om likebehandling av kjønn (Avhandling, 2002)⁴⁸ En sak som illustrerer dette er Dekker-saken (C-177/88). Enhver tilsidesettelse av diskrimineringsforbudet skal i følge domstolen være fullt ansvarspådragende. I norsk rett er dette med virkning fra 1. juli 2002 fulgt opp ved innføring av et objektivt erstatningsansvar i likestillingsloven. Det fremgår av forarbeidene til lovendringen⁴⁹ at innføringen av et objektivt ansvar for

⁴⁷ Jf. SOU 2002:43 s. 379 flg.

⁴⁸ Se Arbeidslivslovutvalgets hjemmeside: www.arbeidslivslovutvalget.no

⁴⁹ Ot. Prp. nr. 77 (2000-2001)

arbeidsgiver etter departementets syn var nødvendig for å oppfylle norske forpliktelser etter EØS-avtalen. Tilsvarende er fulgt opp i både dansk, finsk og svensk regelverk vedrørende erstatning for brudd på forbudet mot kjønnsdiskriminering i arbeidsforhold. I dansk og svensk lovgivning om forbud mot diskriminering på andre grunnlag er det heller ikke krav til skyld.

11.12.2 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A har i 6. ledd en bestemmelse som gir rett til å kreve erstatning etter de alminnelige regler ved overtredelse av § 55 A, 2. ledd om diskriminering ved ansettelse. Videre følger det av rettspraksis at en arbeidstaker som har vært utsatt for trakassering kan ha krav på erstatning fra arbeidsgiver på visse vilkår.

Det vises til ”Falkendommen” Rt.1997 s. 786, ”Moelven Mjøsbruk-dommen” Rt.1993 s. 616, og ”Apotekerdommen” Rt.1997 s. 1506. Uttalelser i disse dommene tyder imidlertid på at man i dagens rettsstilstand ikke har hjemmel til å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap ved brudd på arbeidsmiljøloven § 12, med mindre slikt krav reises i forbindelse med en oppsigelsessak. Hjemmel for erstatning for ikke-økonomiske forhold vil enten være arbeidsmiljøloven § 62, som forutsetter at det foreligger en usaklig oppsigelse, eller skadeserstatningsloven §§ 3-5 eller 3-6.

Ved diskriminering i tilknytning til oppsigelse/avskjed kan en arbeidstaker gå til sivil sak med krav om at oppsigelsen eller avskjeden skal kjennes ugyldig. Arbeidstakeren kan dessuten kreve erstatning for økonomisk tap, og erstatning for ikke-økonomiske forhold. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 62 og § 66. Likestillingsloven § 17 har en tilsvarende bestemmelse ved forskjellsbehandling pga. kjønn.

Likestillingsloven § 17 har nå følgende ordlyd:

”§17 (Erstatningsansvar)

Arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt forskjellsbehandlet i strid med §§3-6 har krav på erstatning uten hensyn til arbeidsgiverens skyld. Erstatningen fastsettes til det beløp som under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens eller arbeidssøkerens forhold og omstendighetene for øvrig er rimelig.

Før øvrig gjelder de alminnelige regler om skadeerstatning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av denne lovs bestemmelser.”

Bestemmelsen gjelder ikke ved brudd på forbudet mot seksuell trakassering. I følge Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) taler rettsikkerhetsmessige hensyn mot et ansvar uavhengig av skyld i denne typen saker som har en annen karakter enn andre tilfeller av kjønnsdiskriminering, blant annet fordi det oppleves som særlig belastende å få en påstand om seksuell trakassering mot seg.

I forslaget til ny lov mot etnisk diskriminering foreslår Holgersen-utvalget innført både objektivt oppreisningsansvar og erstatning etter de vanlige regler:

”§16 Oppreisning og erstatning

Den som handler i strid med §§ 3 eller 5 kan pålegges å betale oppreisning til fornærmede. Oppreisningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

Erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på denne lov kan kreves etter de alminnelige erstatningsregler.”

11.12.3 Utvalgets vurdering og forslag

Etter utvalgets vurdering vil effektive og virkningsfulle reaksjoner mot diskriminering i arbeidslivet først og fremst være sivilrettslig basert. I mange tilfeller vil en sivilrettslig reaksjon være mer effektiv enn straff, blant annet fordi kravene til bevis kan settes slik at vernet mot diskriminering blir reelt. Med de strenge beviskrav som stilles i strafferetten vil det ikke være tilstrekkelig å bygge et effektivt vern mot diskriminering bare på slike reaksjoner. I tillegg kommer at straff ikke bør anvendes mer enn høyst nødvendig. Det foreligger etter utvalgets syn ikke noe spesielt behov for å kriminalisere diskriminering i arbeidslivet, ut over det som i dag følger av arbeidsmiljøloven § 85 og straffeloven. I likhet med Holgersen-utvalget har utvalget derfor særlig vurdert å basere reaksjonssystemet på erstatningsregler og regler om oppreisning for ikke-økonomisk skade.

Erstatning for økonomisk tap

Et samlet utvalg er enige om at i de tilfeller hvor den krenkede faktisk lider et økonomisk tap ved diskrimineringen, vil de alminnelige erstatningsregler i norsk rett komme til anvendelse på vanlig måte. Det innebærer at arbeidsgiver kan bli erstatningsrettslig ansvarlig etter reglene i skadeerstatningsloven av 13. juni 1969, nr. 26, og etter alminnelige ulovfestede erstatningsregler.

Arbeidsmiljøloven § 55 A fastsetter at en arbeidssøker kan kreve erstatning etter de alminnelige regler dersom arbeidsgiver ved ansettelse har forskjellsbehandlet søkere på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse m.v. Prinsippet om at arbeidsgiver vil være erstatningsansvarlig for forskjellsbehandling ved ansettelse som skyldes nærmere angitte diskrimineringsgrunner, er således en videreføring av prinsippet i § 55 A. Dersom det finner sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn, vil den diskriminerte ha krav på erstatning i medhold av likestillingsloven § 17.

Ved usakelige oppsigelser, kan arbeidstaker kreve erstatning for økonomisk tap med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 62. Tilsvarende gjelder ved urettmessig avskjed, jf. arbeidsmiljøloven § 66 nr. 5.

I den alminnelige erstatningsretten stilles det krav om skyld som betingelse for erstatning, med mindre loven særskilt åpner for objektive erstatningsansvar. Et slikt unntak fra skyldkravet finner vi i arbeidsmiljøloven § 62, 2. ledd, som sier følgende: ”Er oppsigelsen usaklig, kan arbeidstaker kreve erstatning”. Dette betyr at usaklighet er både et nødvendig og et tilstrekkelig vilkår for erstatning. Tilsvarende bestemmelse finner vi ikke i arbeidsmiljøloven § 55 A. Her henvises arbeidssøkeren til å kreve erstatning etter de alminnelige regler. En person som mener seg forbigått ved ansettelse på grunn av hudfarge eller funksjonshemming kan i prinsippet således ikke tilkjennes erstatning med mindre forbigåelsen er uaktsom fra arbeidsgivers side, da

man etter alminnelig erstatningsrettslige regler oppstiller er krav om uaktsomhet. Arbeidsgiver kan etter de alminnelige reglene også være ansvarlig på objektivt grunnlag, jf. blant annet skadeserstatningsloven § 2-1.

Erstatning for ikke-økonomisk skade

Utvalget har delt seg i spørsmålet om det er grunnlag for en særregel som innebærer at den diskriminerte kan kreve oppreisning for ikke-økonomisk skade uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Utvalgets flertall, medlemmene Andreassen, Bakke, Bjergene, Borgerud, Bøhagen, Haaland, Kvam, Leveraas, Nygård, Nymo, Sundnes og Svendsen viser til at oppreisning for ikke-økonomisk skade fremstår som en hensiktsmessig reaksjon ved brudd på diskrimineringsforbudet. Utvalgets flertall viser til den begrunnelse som er gitt av Holgersen-utvalget i NOU 2002:12. Med ”oppreisning” menes et vederlag fastsatt av domstolene, som kompensasjon for den krenkelse som er påført den diskriminerte. Oppreisningen kan sees som en form for gjenoppsettelse for den diskriminering vedkommende ha vært utsatt for. Videre utgjør den en reaksjon overfor arbeidsgiver, som vil kunne virke preventivt og som en rimelig oppgjørsform for den krenkende. Hvor sterk sanksjonen skal være vil variere i forhold til diskriminerings grovhet. Det vises i denne sammenheng til de elementer som skal tas i betraktning ved utmålingen.

Hovedregelen i utkastet innebærer at enhver overtredelse av diskrimineringsforbudet i utgangspunktet kan medføre oppreisning. Ordningen vil gjelde både tilfeller av direkte og indirekte diskriminering, samt ved brudd på forbudet mot gjengjeldelse.

Forslaget er ikke begrenset til de særlig grove tilfellene eller til gjentatte tilfeller. Foreligger det et brudd mot diskrimineringsforbudet eller forbudet mot gjengjeldelse, er i utgangspunktet også grunnlaget for oppreisning klart. Det er flertallets forutsetning at brudd på disse diskrimineringsbestemmelsene som den store hovedregel skal medføre oppreisning. Utmålingen vil likevel kunne variere sterkt, og i enkelte tilfeller vil domstolene kunne komme til at det ikke skal gis oppreisning til tross for at det foreligger brudd på loven. Det vises til tilsvarende vurderinger i Holgersen-utvalgets innstilling i NOU 2002:12, pkt. 14.2.

Utmåling av oppreisningsbeløpet

Etter utkastet fastsettes oppreisningen til det beløp retten finner rimelig. Dette vil i høy grad være skjønnsmessig og domstolene vil kunne ta hensyn til en rekke forhold i helhetsvurderingen ved fastsettingen av oppreisningens størrelse.

Arten og alvorlighetsgraden av de diskriminerende handlinger må stå sentralt i vurderingen. Hvorvidt arbeidsgiver har hatt til hensikt å diskriminere eller ikke bør også tillegges vekt. Når noen med vitende og vilje foretar en diskriminerende handling, er det viktig at dette markeres ved en streng reaksjon. Arbeidsgivers forhold bør således ha en vesentlig betydning for utmålingen av oppreisningsbeløpet. Dette gjelder ikke bare i skjerpene retning. Det må også tas hensyn til særskilt formildende forhold ved arbeidsgivers situasjon.

Også forhold på arbeidstakerens eller den fornærmedes side vil kunne trekkes inn. I NOU 2002:12 uttales om dette:

”Forhold på fornærmedes side vil også kunne trekkes inn. Det er blant annet klart at den som blir diskriminert etter å ha provosert gjerningspersonen, kanskje sterkt, må tåle å få en mindre oppreisning enn den som uprovosert blir diskriminert på samme måte. I provokasjonstilfeller der begge har vært ”like gode” vil tilsynsmyndighetene/domstolene ha anledning til ikke å pålegge gjerningspersonen å betale oppreisning i det hele tatt.”

Utvalget er enig i denne vurderingen.

Bestemmelsen om utmåling av erstatningsbeløpet tilsvarer i store trekk arbeidsmiljøloven § 62, 2. ledd, men slik at det ikke skal tas hensyn til eventuelt økonomisk tap. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det markert at kompensasjonen skal være en *”billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold skal tas i betraktning”*, i Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75.

Den praksis som har utviklet seg i domstolene når det gjelder erstatning for ikke-økonomiske forhold i medhold av arbeidsmiljøloven § 62, 2. ledd og § 66. nr. 5 vil kunne gi en viss veiledning ved utmåling av erstatning etter utkastets bestemmelse.

Utvalgets mindretall, medlemmene Meyer, Røine og Strøm slutter seg ikke til forslaget om et objektivt erstatningsansvar for brudd på bestemmelsene i dette kapittelet, og er av den oppfatning at en slik bestemmelse ikke er nødvendig for å oppfylle en minimumsimplenering av direktivet.

Disse medlemmene vil særlig peke på at kombinasjonen av ”delt” bevisbyrde og objektivt erstatningsansvar bryter radikalt med hovedregelen i norsk erstatningsrett og derfor må anses som svært betenkelig ut fra hensynet til rettssikkerheten. Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det kreves skyld (uaktsomhet) hos skadevolder for å kunne kreve erstatning, og for å kreve erstatning for ikke økonomisk tap er kravet normalt forsett eller grov uaktsomhet. Det bør derfor kreves en grundig analyse og vurdering av konsekvensene for virksomhetene, arbeidstakerne/søkerne og rettsapparatet før en innfører en så ”radikal” endring i rettstilstanden. Utvalget har heller ikke hatt tilstrekkelig tid til å vurdere konsekvensene av et lovforslag om objektivt erstatningsansvar, og ovennevnte medlemmer kan derfor ikke slutte seg til det. Disse medlemmene er således av den oppfatning at man bør begrense virkningen av forskjellsbehandlingen til at det kan kreves erstatning etter gjeldene erstatningsrettslige regler.

Det er særlig i to hovedtyper av saker ovennevnte medlemmer finner det svært betenkelig at det innføres et objektivt ansvar. Det ene er i de såkalte trakasseringssaker, det andre er i ansettelses/ og forfremmelsessakene.

Trakasseringssaker er erfaringsmessig svært kompliserte bevismessig, og det vil ofte være slik at det står ord mot ord. I tillegg vil sakene normalt inneholde alvorlige beskyldninger mot arbeidsgiver eller andre arbeidskollegaer. Det er svært betenkelig, særlig fra et rettssikkerhetssynspunkt at en her skal kunne bli dømt på objektivt grunnlag. For den som eventuelt blir dømt for trakassering/diskriminering uten at det nødvendigvis er noe å bebreide vedkommende, vil dette oppleves svært belastende. Spesielt ille blir det når bevisbyrden også foreslås ”delt” i disse sakene. Det vil ofte være vanskelig å ”bevise” sin uskyld.

I denne sammenheng vises det til bestemmelsen om seksuell trakassering i likestillingslovens § 8a siste ledd, som uttrykkelig sier: ” Reglene om bevisbyrde i § 16 og objektivt ansvar i § 17 første ledd kommer ikke til anvendelse ved håndheving av denne bestemmelsen.” Denne bestemmelsen ble endret så sent som i juni 2002, blant annet for å tilpasse seg EU-retten.

En bestemmelse om objektivt ansvar kombinert med ”delt” bevisbyrde i disse saker, vil etter ovennevnte medlemmers oppfatning sannsynligvis føre til en betydelig øking av rettssaker på dette området. Fordi disse sakene også ofte er en stor belastning for arbeidsmiljøet i virksomhetene, er det viktig at en ikke får en rekke mer eller mindre ubegrunnede søksmål. Dette kan igjen føre til at noen arbeidsgivere kvier seg for å ansette personer som etter direktivets målsetting trenger et økt vern.

I ansettelsessaker er det ofte svært mange søkere til en og samme jobb. Det medfører at det ikke alltid er mulig eller økonomisk forsvarlig å foreta en grundig vurdering av alle søkerne. Det vil således lett kunne forekomme at arbeidsgiver kommer i skade for å forbigå en med svært gode kvalifikasjoner. Svært ofte vil det ikke bare være objektive kriterier som ligger til grunn for den vurdering som gjøres i en ansettelsessituasjon.

Objektive kriterier, som eksamensvitnesbyrd, utdanning, dokumentert erfaring mv. er bare en del av beslutningsgrunlaget for en ansettelse. Like viktig, noen ganger viktigere, er subjektive forhold som samarbeidsevner, motivasjon, referanser og personlig kjemi. Det er egenskaper som kommer frem på intervju, men som det ofte er vanskelig å føre bevis for. Arbeidsgiver må derfor gis et vidt rom for skjønn ved ansettelser/forfremmelser. Frykten for at en domstol skal kunne overprøve disse vurderingene, og at dette kan få som konsekvens at en blir idømt erstatning uten at en har hatt til hensikt å diskriminere/forskjellsbehandle, vil kunne medføre at en rekke virksomheter vil ty til andre måter enn åpne utlysninger når de har behov for arbeidskraft. Dette vil særlig ramme de grupper som har størst problemer med å komme inn på arbeidsmarkedet.

Søksmålsfrister

I den grad det hevdes å foreligge en diskriminering i strid med forbudet i utkastets § 54 A nr. 1 i forbindelse ved oppsigelse, kommer de særskilte søksmålsfrister i arbeidsmiljøloven § 61 til anvendelse. Tilsvarende gjelder for de øvrige særlige søksmålsfrister i arbeidsmiljøloven, jf. f.eks. arbeidsmiljøloven § 55 K nr. 3, § 58 A nr. 4 og § 67 nr. 6.

På grunn av den knappe tidsfristen har utvalget ikke hatt anledning til å diskutere søksmålsfrister i forbindelse med erstatningskrav i sin fulle bredde. Utvalget vil i forbindelse med den endelige innstillingen vurdere spørsmålet om det er behov for særskilte søksmålsfrister.

Ugyldighet

Etter rammedirektivet artikkel 16 b) skal medlemsstatene sørge for at alle bestemmelser som strider mot prinsippet om likebehandling, og som inngår i kontrakter, kollektive avtaler, virksomheters interne reglementer eller vedtekter for

selvstendige næringsdrivende og for arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, medfører ugyldighet eller må endres.

Det fremgår at bestemmelsen gjelder innholdet i alle typer avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som for eksempel individuelle arbeidsavtaler og tariffavtaler. Den gjelder også for reglementer og vedtekter, både slike som arbeidsgiver ensidig har bestemt og slike som har fremkommet ved drøftinger mellom partene. Bestemmelsen gjelder også utenfor relasjonen arbeidsgiver og arbeidstaker. Utgangspunktet er at alle typer avtaler som ligger innenfor direktivets virkeområde kan føre til ugyldighet eller må endres dersom de inneholder diskriminerende bestemmelser.

Ugyldighet vil innebære at en diskriminerende regel ikke kan påberopes med rettslig virkning av eller mot noen. Diskriminerende bestemmelser i en avtale medfører ugyldighet for den bestemmelsen, men ikke for avtalen som sådan.

Ugyldighetsvirkningen inntreffer ikke automatisk i form av noen nullitetsvirkning. Utgangspunktet er at den som hevder at en bestemmelse i avtale m.m. er diskriminerende, må ta opp saken på vanlig måte. I forhold til individuelle avtaler, må således den som mener at avtalen har diskriminerende bestemmelser for han eller henne, eventuelt reise sak for domstolene med påstand om ugyldighet.

Når det gjelder tvister om innholdet i tariffavtaler er utgangspunktet at søksmålskompetansen ligger hos partene i tariffavtalen, dvs en arbeidsgiver/arbeidsgiverorganisasjon og arbeidstakerorganisasjon. Etter de alminnelige regler vil den forståelse av en tariffavtale som er fastslått i Arbeidsrettens domsslutning være bindende for partene i enhver individuell arbeidsavtale som bygger på tariffavtalen. Det gjelder også ved etterfølgende behandling av individrettslige tvister for de alminnelige domstoler, jf. arbeidstvistloven § 9 annet ledd. Etter utvalgets syn må en arbeidstaker kunne reise søksmål ved de alminnelige domstolene når det gjelder en bestemmelse i tariffavtalen med påstand om ugyldighet dersom han mener bestemmelsen er diskriminerende for ham.

Det følger av artikkel 16 a) i rammedirektiv mot diskriminering at medlemsstatene skal vedta *nødvendige tiltak* for å sikre at "alle love og administrative bestemmelser" som er i strid med prinsippet om likebehandling "erklæres eller kan erklæres ugyldige eller endres". Dette betyr at lover, forskrifter m.v. ikke kan være direkte eller indirekte diskriminerende på grunn av religion, livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering. I den uttrekning slike regler finnes er de ugyldige og skal oppheves.

Utvalget ønsker ikke å foreslå en bestemmelse i arbeidsmiljøloven tilsvarende direktivets artikkel 16 a). Utvalget vil imidlertid anbefale at departementet sender en anmodning til samtlige departementer om å gjennomgå lovgivningen på hvert sitt ansvarsområde, med sikte på å identifisere og oppheve eventuelle lovbestemmelser som er i strid med prinsippet om likebehandling.

11.13 Håndheving

11.13.1 Klageadgang ihht. direktivet

Rammedirektivet stiller kun krav om at personer som mener seg krenket skal kunne bringe saken inn for rettslige og/eller administrative instanser, eller der det er hensiktsmessig, til forliksinstanser som har til formål å håndheve forpliktelsene som direktivet oppstiller, jf. artikkel 9. Klage kan fremmes også etter at den angivelige diskriminering har opphørt.

11.13.2 Gjeldende rett

Gjeldende forbud mot diskriminering i arbeidsmiljøloven § 55 A anses å være privatrettslig, og personer som mener seg krenket i forhold til denne bestemmelsen er i hovedsak henvist til å reise sivilt søksmål mot arbeidsgiver (§ 55 A nr. 6). Det er imidlertid lagt til grunn at Arbeidstilsynet kan gi visse pålegg med hjemmel i § 55 A, for eksempel pålegg om at en stilling som er utlyst på ulovlig måte, skal utlyses på nytt i samsvar med § 55 A. Arbeidstilsynet anses imidlertid ikke å ha tilsynskompetanse i forhold til arbeidsmiljøloven § 55 A, 2.-6. ledd.

Trakasseringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 12 er imidlertid en offentligrettslig bestemmelse, som i utgangspunktet er underlagt Arbeidstilsynets tilsynskompetanse.

Oppsigelse som alene har sin bakgrunn i at en person for eksempel er homofil eller av en annen etnisk bakgrunn vil normalt ikke være saklig etter norsk rett (arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1), og diskriminering ved oppsigelse vil således håndheves ved at arbeidstakeren fremmer søksmål iht. arbeidsmiljøloven § 61.

I slike saker kan man også henvende seg til Senter mot etnisk diskriminering (SMED) dersom man mener seg diskriminert pga. ”trobekjennelse, rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse”, men SMED har ikke vedtaksmyndighet i konkrete saker.

Dersom en person mener seg forskjellsbehandlet i forbindelse med tilsetning i offentlig virksomhet, vil han/hun kunne klage saken inn for Sivilombudsmannen. Sivilombudsmannen har ikke avgjørelsesmyndighet men kan komme med anbefalinger om oppfølging.

Brudd på likestillingslovens forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling.

11.13.3 Utvalgets vurdering og forslag

Generelt

Rammedirektivet oppstiller ikke krav om at det skal utpekes uavhengige tilsynsorganer for behandling av saker om diskriminering, slik direktivet mot etnisk diskriminering artikkel 13 gjør.

Etter rammedirektivet er det tilstrekkelig med en adgang for personer som mener seg krenket til å ta saken til domstolene gjennom sivil søksmål. For å gjennomføre rammedirektivet vil det være det tilstrekkelig å videreføre dagens rettstilstand jf. arbeidsmiljøloven § 55 A, 6. ledd. Håndheving gjennom adgang til å fremme sivil sak vil bli knesatt gjennom lovutkastets bestemmelse om erstatning, jf. kapittel 11.12 (utkastets § 54 J).

Holgensen-utvalget foreslår i NOU 2002:12 at det opprettes to nye organer for behandling av saker om etnisk diskriminering; Diskrimineringstilsynet og Klagenemnd for etnisk diskriminering. Forslaget gjennomfører rådsdirektiv 2000/43/EF som i følge artikkel 13 krever at statene utpeker ett eller flere organer for fremme av likebehandling av alle – ingen skal forskjellsbehandles pga. rase eller etnisk opprinnelse.

Parallelt med høringen av Holgensen-utvalgets innstilling er det nedsatt en interdepartemental arbeidsgruppe som skal utrede et felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet.

Arbeidslivslovutvalget vil imidlertid anbefale at de aktuelle utvalgsarbeider og lovforslag på diskrimineringsområdet sees i en bredere sammenheng, og at det vurderes en helhetlig lovregulering og håndheving av diskrimineringsvernet i Norge, se nærmere omtale av problemstillingen i kapittel 4.3.

Utvalget viser til det i Sverige p.t. pågår et større utredningsarbeid mht. helhetlig lovgivning og tilsyn/håndheving på diskrimineringsområdet, se nærmere omtale i kapittel 10.2.3.

Spørsmålet om opprettelse av et felles eller samordnet organ for håndhevelse av diskrimineringsbestemmelsene drøftes også på EU-nivå. EU-kommisjonen har initiert utarbeidelsen av en rapport som kom i mai 2002 ”*Specialised bodies to promote equality and/or combat discrimination*”. Rapporten anbefaler at felles organer for håndheving av diskrimineringsbestemmelsene og fremme av ikke-diskriminering opprettes for samlet å arbeide mot alle typer diskriminering, og at man ikke deler opp håndhevingsorganene etter type diskrimineringsgrunn. Rapporten omhandler også forholdet til brukerne, og konkluderer med at organene i tillegg til å bistå ved enkeltsaker, også bør jobbe langsiktig med diskrimineringsspørsmål i samfunnet, de bør ha mulighet til å drive en viss grad av forskning, og dessuten til å ta opp generelle diskrimineringsspørsmål for å sette fokus på diskriminering og reise debatt.

Arbeidstilsynets tilsynskompetanse

Arbeidstilsynet har i dag tilsyns/vedtakskompetanse i saker om trakassering etter arbeidsmiljøloven § 12. Av hensyn til sammenhengen i regelverket foreslår utvalget at Arbeidstilsynet har en tilsvarende kompetanse etter det nye kapittel X A, jf. kapittel 11.4.4. Dette innebærer at Arbeidstilsynet får tilsyns/vedtakskompetanse for den del av diskrimineringsforbudet som er definert som trakassering i utkastet § 54 B nr. 3.

Det er imidlertid ikke noen automatikk i at Arbeidstilsynet skal før tilsyn etter de øvrige bestemmelsene i det nye kapittel X A.

Når det gjelder brudd på § 12 vil Arbeidstilsynet ikke ha kapasitet til å følge opp alle henvendelse de mottar på dette området, da disse sakene ofte er svært ressurskrevende. Brudd på § 12 er straffbart (jf. arbeidsmiljøloven kapittel XIV og straffeloven § 48 a), og både arbeidstaker og Arbeidstilsynet kan anmelde en virksomhet på grunn av overtredelse av arbeidsmiljøloven § 12.

I forhold til diskriminering ved ansettelse og oppsigelse/avskjed må kravene i artikkel 9 trolig anses oppfylt i dagens rettstilstand. Man kan fremme sak overfor domstolene dersom man mener seg diskriminert pga. de i artikkel 1 nevnte forhold, ved ansettelse (§ 55 A, 6. ledd) og ved oppsigelse (§ 61) og avskjed (§ 66).

Utvalget mener det kan reises spørsmål om tvister vedrørende ikke-diskrimineringsreglene bør være underlagt systemet i arbeidsmiljøloven § 61 B om særskilt arbeidslivskyndig meddommerutvalg. Dette spørsmålet bør imidlertid vurderes i sammenheng med utvalgets øvrige behandling av § 61 B om ordningen med særskilte tingretter og meddommerutvalg.

11.14 Organisasjoners representasjon/søksmålskompetanse

11.14.1 Direktivets bestemmelser

Rammedirektivets artikkel 9 nr. 2 sier at foreninger, organisasjoner eller andre juridiske personer, som etter nasjonale regler har en legitim interesse i å sikre at direktivets bestemmelser overholdes – enten på vegne av eller til støtte for klagere med dennes godkjennelse – har rett til å tre inn som part i klagen til rettslige eller administrative instanser med sikte på håndhevelsen av forpliktelsene i henhold til direktivet. Bestemmelsen er satt for å sikre personers rettsbeskyttelse (jf. fortalen pkt. 29), og er likelydende i direktiv 2000/43 artikkel 7 nr. 2. Holgersen-utvalget⁵⁰ har tolket denne bestemmelsen dit hen at norske regler som følge av direktivteksten må ta hensyn til følgende hovedpunkter:

- Organisasjoner skal gis adgang til å delta både i forvaltningssaker og i rettssaker for domstolene.
- Organisasjoner skal kunne delta både på vegne av og til støtte for en part, etter organisasjonens valg, men det er adgang til å begrense adgangen til de tilfeller der parten samtykker.
- Direktivet krever trolig ikke at organisasjonen selv er part i saken (til tross for ordlyden i den danske oversettelsen, som bruker uttrykket ”inntræde som part i klagen”). Men organisasjonen må gis meget sterke partsrettigheter tilsvarende de rettigheter den diskriminerende part selv ville hatt om han eller hun hadde reist sak på egen hånd (sterk hjelpeintervensjon). Det gjøres oppmerksom på at Tvistemålsutvalget har foreslått en klargjørende bestemmelse for organisasjonenes søksmålsrett.

11.14.2 Gjeldende rett

Når det gjelder opptreden til støtte for parten, har gjeldende rett bestemmelser som tilfredsstillende dette kravet i tvistemålsloven § 75-§ 79 om hjelpeintervensjon, og i

⁵⁰ jf. NOU 2002:12 pkt

forvaltningsloven § 12 og § 28. Forvaltningsloven § 12 har imidlertid et krav om medlemskap i organisasjonen, noe som neppe samsvarer med direktivet.

Når det gjelder opptreden på vegne av en annen har man i forvaltningsloven § 28 en bestemmelse som gir enhver med rettslig klageinteresse mulighet til å klage på en forvaltningsavgjørelse. Vurderingen av om en organisasjon har rettslig klageinteresse sammenfaller for en stor del med vurderingen av rettslig interesse i tvistemålsloven § 54. Det kreves at en organisasjon – som alle andre saksøkere – må ha tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet. For organisasjonenes vedkommende er rettsutviklingen oppsummert slik av Høyesteretts kjæremålsutvalg:

«Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at den interesse hjelpeintervenienten har i saken, må være knyttet til utfallet av saken, og at en ren prejudikatinteresse ikke er tilstrekkelig. I forhold til interesseorganisasjoner og foreninger er imidlertid dette synspunktet blitt adskillig modifisert gjennom de senere års praksis, se senest avgjørelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2000 s. 322, Rt. 2000 s. 1809 og av 6. desember 2000 (sak 2000/1402). Etter disse avgjørelsene må en interesseorganisasjon kunne erklære hjelpeintervensjon såfremt utfallet av saken berører organisasjonen eller medlemmer av denne, og den interesse som skal ivaretas, naturlig faller innenfor organisasjonens formål og virkefelt».

11.14.3 Svensk og dansk rett

Etter de svenske 1999-lovene har både ombudsmannen mot etnisk diskriminering, ombudsmannen mot diskriminering på grunn av seksuell legning og handikapombudsmannen rett til å fremme sak for "Arbetsdomstolen". Den samme retten tilligger fagorganisasjonene. Denne ordningen ønskes videreført i de nye lovene. Både fagorganisasjonene og ombudsmennene skal ha rett til som part og for egen regning å fremme sak om diskriminering etter de nye lovene. Når en organisasjon eller ombudsmann står bak søksmålet opptrer disse som part og blir også pålagt å betale eventuelle saksomkostninger.

Når det gjelder rettsstillingen for øvrige foreninger og organisasjoner i forhold til dette spørsmålet gis disse ikke tilsvarende muligheter som fagorganisasjoner og ombudsmennene. Man tolker imidlertid ikke direktivet slik at det krever at andre organisasjoner skal ha de samme mulighetene som fagorganisasjoner og ombudsmennene har i dagens rettstilstand, og konkluderer med at nåværende ordninger med organisasjoners og foreningers mulighet for å opptre *til støtte for* en part er tilstrekkelige i forhold til direktivet.

Den danske Lov om forbud mot forskelsbehandling på arbeidsmarkedet har ingen bestemmelser som omhandler organisasjoners og andre juridiske personers rett til å opptre på vegne av eller til støtte for arbeidstakere som mener seg krenket.

11.14.4 Vurdering

Utvalget anser at norsk rett oppfyller kravet om organisasjoners rett til å opptre "til støtte for", gjennom forvaltningsloven § 28 og § 12 og tvistemålslovens bestemmelser om hjelpeintervensjon. Tilsvarende spørsmål er behandlet utførlig i NOU 2002:12. Holgersen-utvalget foreslår der følgende i utkastet § 12:

"Som fullmektig i saker etter denne lov kan brukes en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot etnisk diskriminering".

Bestemmelsen er ikke ment å regulere organisasjoners adgang til å fremme sak på selvstendig grunnlag. Her gjelder de generelle bestemmelsene om rettslig interesse.

Arbeidstakere som mener seg diskriminert vil som oftest kontakte egen fagforening og representeres av denne, men det kan også tenkes at det vil være relevant for en arbeidstaker å kontakte øvrige foreninger og organisasjoner som på ideelt grunnlag arbeider mot diskriminering. Det er dessuten ikke alle arbeidstakere som er fagorganisert.

Holgersen-utvalget tolker som ovenfor nevnt direktivet slik at uttrykket ”på vegne av” krever at organisasjoner skal ha en posisjon som tilsvarer sterk hjelpeintervensjon i gjeldende sivilprosessrett. Sterk hjelpeintervensjon er i gjeldende rett kun aktuelt der dommen er bindende for tredjemann (hjelpeintervenienten) eller dersom fullbyrdelse av dommen vil innebære et ”umiddelbart rettsinngrep” overfor tredjemann, og denne dessuten vedtar å være bundet av dommen. Dette vil normalt ikke være tilfelle for organisasjoner som trer inn til støtte for arbeidstakere i saker om ulovlig forskjellsbehandling. Det vil dermed sannsynligvis være nødvendig med en egen regulering av organisasjoners og andre juridiske personers mulighet til å opptre på vegne av parten, både i forhold til behandling i forvaltningen, og i sivile saker.

Utvalget foreslår å ta inn en bestemmelse i lovutkastet som fastslår at en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot forskjellsbehandling kan brukes som fullmektig i saker etter dette kapittel.

12. Merknader til lovforslagets enkelte bestemmelser

Utkast til nytt kapittel X A Likebehandling i arbeidslivet

Til § 54 A Forbud mot forskjellsbehandling

Til nr. 1

Lovutkastets § 54 A er den sentrale materielle bestemmelsen i kapittel X A. Bestemmelsen inneholder et generelt forbud mot forskjellsbehandling og klargjør at formålet med forbudet er å sikre likebehandling.

Bestemmelsen forbyr direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder.

Grunnlagene for forskjellsbehandling

Bestemmelsen dekker de grunnlag for forskjellsbehandling som følger av rammedirektivet (artikkel 1, jf. artikkel 2 nr. 1), samtidig som gjeldende grunnlag i arbeidsmiljøloven § 55 A videreføres. Det innebærer at alder og livssyn legges til gjeldende diskrimineringsgrunner. Utvidelsen er nødvendig for å gjennomføre rammedirektivet i norsk rett.

Kjønn

Forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn reguleres av likestillingsloven, jf. lov 9. juni 1978 nr. 45. Det er tatt med i forslaget til § 54 A for å tydeliggjøre helheten i

reguleringen av forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Se nærmere nedenfor under merknaden til nr. 2.

Alder

Verken rammedirektivet eller lovforslaget inneholder noen nærmere definisjon av begrepet alder. Utgangspunktet er at en persons alder som sådan ikke gir grunn til usaklig forskjellsbehandling. Dette gjelder uansett om en forskjellsbehandling begrunnes i høy eller lav alder. Forskjellsbehandling som etter lovforslaget § 54 D nr.2 vil kunne være saklig er unntatt fra forbudet, se nærmere kapittel 11.6.3 og merknadene til § 54 D.

Religion og livssyn

Bestemmelsen oppstiller et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av *religion og livssyn*. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av "religion" innebærer som nevnt under kapittel 11.3.2 en videreføring av gjeldende norsk rett, jf. arbeidsmiljøloven § 55 A første og annet ledd.

Punkt 24 i fortalen til rammedirektivet gir en viss veiledning om hvordan begrepene skal tolkes. Fortalen viser til Erklæring nr. 11 om "kirkers og andre konfesjonsløse" organisasjoners status. Dette indikerer at også en ikke-religiøs overbevisning omfattes av direktivet. Denne tolkningen bekreftes av de øvrige språkversjoner av rammedirektivet, se omtale under kapittel 5.2.5.

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av "livssyn" vil omfatte både religiøse og ikke-religiøse livssyn.

Etnisitet og nasjonal opprinnelse

Bestemmelsen oppstiller et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av etnisitet. Begrepet "etnisitet" er et samlebegrep. Forslaget innebærer en videreføring av gjeldende forbud i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd mot forskjellsbehandling på grunn av "rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse" og § 55 A første ledd om forskjellsbehandling på grunn av kultur. Innholdet i etnisitetsbegrepet er nærmere omtalt i punkt 5.4.1.

Hovedsiktemålet med arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd var å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke. Bestemmelsen ble vedtatt 30. april 1998. I forarbeidene er det lagt til grunn at forbudet omfatter all usaklig forskjellsbehandling som vanligvis blir omtalt som rasediskriminering eller diskriminering ut fra etnisk opprinnelse, jf. FNs rasediskrimineringskonvensjon og straffeloven §§ 135 a og 349 a, jf. Ot.prp. nr. 67 (1996-97) s. 46 flg. Diskrimineringsgrunnene i rasediskrimineringskonvensjonen er "rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse".

Rammedirektivet regulerer ikke forskjellsbehandling på grunn av etnisitet. Forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse er inntatt i Rådsdirektiv 2000/43/EF. Dette direktivet er i NOU 2002:12 (Holgensen-utvalget) forslått gjennomført ved en ny lov mot etnisk diskriminering. I denne utredningen brukes "etnisitet" som en samlebetegnelse.

Begrepet ”nasjonal opprinnelse” er brukt i § 55 A, og foreslås opprettholdt. Dette begrepet kommer i en litt annen stilling enn ”rase” og ”hudfarge” fordi det kan ha en selvstendig betydning ved siden av begrepet ”etnisitet”.

Seksuell orientering

I utkastet til § 54 A nr. 1 benyttes begrepet ”*seksuell orientering*”. Begrepet må lovteknisk anses som en overgripende og hensiktsmessig terminologi for heterofile, homofile og bifile, og dekker alle sider ved forbudet i gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A, herunder homofile samlivsformer. Det må imidlertid trekkes en grense mot straffbare seksuelle handlinger, som ikke omfattes av begrepet seksuell orientering. Se nærmere omtale i kapittel 11.3.4.

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering er i samsvar med rammedirektivet.

Funksjonshemming

Både gjeldende rett og rammedirektivet forbyr usaklig forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming. Arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd ble endret ved lov av 4. mai 2001 slik at bestemmelsen også forbyr forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming ved ansettelser. Lovutkastet innebærer en videreføring av gjeldende forbudsbestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd og er i samsvar med rammedirektivet.

Rammedirektivet inneholder ingen presisering av hva som menes med funksjonshemming, og det foreslås heller ikke tatt inn noen definisjon i lovutkastet. Begrepet drøftes imidlertid ganske utførlig i forarbeidene til gjeldende bestemmelse i § 55 A, jf. Ot.prp. 34 (2000-2001) pkt 8.2. Se nærmere omtale i kapittel 11.3.3.

Politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Utkastet til § 54 A nr. 1 oppstiller også et forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Dette er en videreføring av gjeldende forbudsbestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Forholdet er ikke regulert i rammedirektivet, men følger av internasjonale konvensjoner, jf. bl.a. ILO-konvensjon nr. 111.

Til nr. 2

Forskjellsbehandling på grunn av kjønn vil rammes både av utkastet § 54 A nr. 1 og likestillingsloven. I den grad det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, reguleres forholdet fullt ut av likestillingsloven. Bestemmelsene i utkastet § 54 B flg kommer således ikke til anvendelse.

Til § 54 B Definisjoner

Rammedirektivet definerer i artikkel 2 nr. 2 hva som menes med forskjellsbehandling. For å oppfylle direktivets krav er det inntatt definisjoner av begrepene direkte og indirekte forskjellsbehandling i lovutkastet § 54 B nr. 1 og 2.

Til nr. 1

I utkast til § 54 B nr. 1 er det inntatt en definisjon av *direkte* forskjellsbehandling. Forslaget tar sikte på å lovfeste den gjeldende forståelse av begrepet, og er i samsvar med rammedirektivets definisjon i artikkel 2 nr. 2 bokstav a).

Den nærmere tolkning av direktivet må ta utgangspunkt i direktivets formål, ordlyd og fortale. I tillegg vil det for forståelsen av begrepene direkte og indirekte diskriminering i direktivet, være grunn til å se hen til tolkningen av direktiver knyttet til kjønnsdiskriminering.

Direkte forskjellsbehandling foreligger dersom arbeidsgiver unnlater å ansette en arbeidssøker eller sier opp en arbeidstaker *på grunn av* vedkommendes etniske opprinnelse, religion, alder m.v.

Lovutkastet benytter ordet ”behandles”. Dette omfatter både positive handlinger og unnlatelser.

Den nærmere vurdering av om behandlingen er lovstridig må bero på en sammenligning av den behandling den krenkende er blitt utsatt for, og hvordan ”*en annen person blir, er blitt eller ville blitt*” behandlet i en tilsvarende situasjon. Det betyr at vurderingen kan skje ved å sammenligne behandlingen av en annen person og med en hypotetisk tilsvarende tredjemann. Sammenligningen med en annen person kan også omfatte situasjoner som ligger forut i tid.

Hvorvidt det foreligger eller ville foreligget en ”*tilsvarende situasjon*” må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

Ved vurderingen av om det foreligger direkte forskjellsbehandling, er det uten betydning om den som utfører handlingen eller unnlater å handle, har hatt til hensikt å forskjellsbehandle arbeidssøkeren eller arbeidstakeren. Det er tilstrekkelig at det skjer en forskjellsbehandling, og at denne skyldes arbeidssøkers eller arbeidstakers etniske eller religiøse bakgrunn, eller andre forhold listet opp i § 54 A nr. 1. Dette er i samsvar med rammedirektivet, som heller ikke oppstiller noe krav om at den som forskjellsbehandler trenger å ha hatt noe bevisst ønske om å forskjellsbehandle.

Til nr. 2

I utkastet til § 54 B nr. 2 er inntatt en definisjon av *indirekte* diskriminering. Definisjonen svarer innholdsmessig til definisjonen i rammedirektivets artikkel 2 nr. 2 b.

Det finnes ingen tilsvarende definisjon i arbeidsmiljøloven § 55 A i dag. Siktemålet med bestemmelsen er imidlertid å lovfeste den gjeldende forståelsen av begrepet, for å sikre den klarhet i lovgivningen som rammedirektivet krever.

Lovutkastet definerer begrepet indirekte diskriminering som ”*enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse*”, som ”*faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre*” av grunner som nevnt i utkastet § 54 A nr. 1.

Begrepene ”bestemmelse, betingelse og praksis” er identisk med ordlyden i direktivets definisjon av indirekte diskriminering. Begrepene ”handling eller unnlattelse” er inntatt for å presisere at også unnlattelser og alle typer handlinger kan utgjøre indirekte diskriminering. ”Handlinger” vil omfatte en lang rekke forhold, også fastsettelse av bestemmelser eller praksis (slik som ansettelsespraksis). Handlingsbegrepet vil dermed i en viss grad kunne sies å overlappe de andre begrepene i forslaget definisjon, men er likevel tatt med av hensyn til brukervennligheten.

Kjennetegnet ved indirekte diskriminering er at handlingen, praksisen, bestemmelsen osv. fremstår som nøytral, men i praksis får en diskriminerende virkning for de vernede gruppene.

Indirekte diskriminering forutsetter at det foreligger en årsakssammenheng, ved at en tilsynelatende nøytral handling m.v., ”faktisk virker slik” at en person stilles dårligere enn andre og at dette skyldes forhold som nevnt i utkastet § 54 A nr. 1.

Et tilsynelatende nøytralt krav, slik som krav til gode norskkunnskaper, kan innebære at arbeidstakere som ikke har norsk som morsmål blir forskjellsbehandlet i forhold til norsktalende arbeidstakere. Det *kan* innebære indirekte diskriminering dersom en arbeidsgiver stiller unødvendig eller uforholdsmessig høye krav til arbeidssøkeres språklige kvalifikasjoner. Det beror på en konkret vurdering når og i hvilke situasjoner det er saklig å stille krav om at den aktuelle arbeidssøker skal snakke flytende eller godt norsk.

I lovutkastet presiseres i hvilke situasjoner indirekte forskjellsbehandling likevel er tillatt. Forskjellsbehandling er tillatt dersom den er saklig begrunnet, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige. Det vil bero på en konkret vurdering om det aktuelle formål er saklig, og om midlene er proporsjonale i forhold til målet.

Tilsvarende presisering er inntatt i rammedirektivet artikkel 2 nr. 2 i).

I kapittel 11.4.3 gir utvalget en nærmere redegjørelse for utkast til § 54 B nr. 2.

Til nr. 3

Bestemmelsen slår fast at *trakassering* som skyldes en av de i § 54 A nr. 1 nevnte grunner, anses som forskjellsbehandling. Definisjonen er inntatt med sikte på å sikre en korrekt gjennomføring av direktivets artikkel 2 nr. 3.

I henhold til rammedirektivet foreligger det trakassering når en uønsket adferd i tilknytning til de grunner som er omfattet av direktivet finner sted med den hensikt eller den virkning å krenke en annens verdighet og å skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø.

Gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 12 om at arbeidstakerne ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden er generelt utformet, og vil i utgangspunktet beskytte mot trakassering uansett grunnlag. For å oppfylle direktivets krav til effektiv sanksjonering er det imidlertid nødvendig å innføre en særskilt

bestemmelse om forbud mot trakassering i kapittel X A. Se nærmere begrunnelse i kapittel 11.4.4. Bestemmelsen er også nødvendig for å sikre at arbeidssøkere er vernet mot trakassering i samsvar med direktivet.

Det er et vilkår at den aktuelle adferd *har til hensikt eller fører til at* en annens verdighet krenkes. Dersom verdighetene til en arbeidstaker er krenket, vil dette i praksis alltid være nedverdiggende eller ydmykende for den krenkede, jf. direktivets formulering om at det skapes et ”truende, fjendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig klima”.

Trakassering anses å foreligge når den personen som er krenket ikke ville vært utsatt for trakasseringen, såfremt vedkommende hadde hatt en annen etnisk opprinnelse, religion, alder, osv.

Det er et vilkår at adferden skal være *uønsket*. Hvorvidt en adferd er uønsket, vil dels bero på en subjektiv vurdering av hvorvidt den konkrete adferden har vært uønsket av den personen som utsettes for trakasseringen, dels på en objektiv vurdering av den aktuelle adferd.

Det inngår i den objektive vurderingen hvorvidt den personen som utøver trakasseringen, innså eller burde ha innsett, at adferden var uønsket. Som eksempel på forhold som kan inngå i denne vurderingen, kan – foruten den krenkedes egne utsagn – være krenkelsens grad av grovhet, den krenkede persons reaksjon og om det er snakk om en gjentakende adferd. Det vil først og fremst være krenkende handlinger som gjentas og vedvarer over et lengre tidsrom som rammes. En enkeltstående handling kan likevel være tilstrekkelig. Dette vil avhenge av handlingens grovhet.

Trakassering kan arte seg på mange forskjellige måter. Den kan være av fysisk eller psykisk, skriftlig eller muntlig karakter. Den trakasserende adferden må være rettet mot en eller flere konkrete enkeltpersoner. Forbudet retter seg både mot trakassering mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, samt der en arbeidstaker trakasserer en kollega.

Til nr. 4

Bestemmelsen slår fast at en instruks om å forskjellsbehandle en person av en av de i utkastet til § 54 A nr. 1 nevnte grunner, anses som forskjellsbehandling.

Bestemmelsen har til formål å sikre gjennomføring av direktivets artikkel 2 nr. 2 pkt 4.

I EU-kommisjonens opprinnelige forslag til direktiv var det ikke inntatt et forbud mot å gi instruks om å forskjellsbehandle. Det er derfor ikke gitt noen nærmere forklaring til denne formen for forskjellsbehandling fra Kommisjonens side. Bestemmelsen ble tatt inn etter forslag fra Europaparlamentet. Europaparlamentet begrunnet sitt forslag med at det eksempelvis er behov for å regulere situasjoner som når en leder oppmuntrer sine underordnede til ikke å rekruttere mørkhudede ved ansettelser.⁵¹

Det må foreligge en form for over- og underordningsforhold mellom den som gir instruks og den som instruks retter seg mot.

⁵¹ SOU 2002:43 s.177

Til § 54 C Anvendelsesområde

Forslaget tar sikte på å oppfylle rammedirektivets krav mht. det saklige anvendelsesområde, jf. artikkel 3 nr. 1. Det avgrenses imidlertid mot områder som ikke omfattes av arbeidsmiljølovens virkeområde. I utkastet til § 54 C slås fast at forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør. Forslaget innebærer en utvidelse i forhold til virkeområdet for gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A, som ikke gjelder beslutninger arbeidsgiver treffer underveis i et arbeidsforhold.

Det er ikke ment å gi en uttømmende opplisting av hvilke situasjoner i et arbeidsforhold hvor forbudet mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse. Bokstavene a)–d) er kun ment som en opplisting av noen viktige sider ved arbeidsforholdet som er omfattet av diskrimineringsforbudet. Eksempelvis vil også beslutninger om permisjon, permittering, fordeling av arbeid, kontrolltiltak m.v., omfattes

Til § 54 D Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

Til nr. 1

Utkastet til § 54 D nr. 1 fastsetter unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling. Bestemmelsen innebærer at forskjellsbehandling som har forbindelse med en av de grunner som er nevnt i § 54 A nr. 1, tillates dersom dette er nødvendig for utføringen av arbeidet. Formålet må være saklig og forskjellsbehandlingen må ikke være uforholdsmessig inngripende.

Unntaksbestemmelsen fanger opp enkelte tilfeller av saklig begrunnet forskjellsbehandling. Unntaket har først og fremst betydning i forhold til direkte forskjellsbehandling. Når det gjelder indirekte forskjellsbehandling følger det av utkastet § 54 B nr. 2 at forholdet ikke rammes dersom ”formålet er saklig, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige”.

Unntaket i utkastet § 54 D nr.1 kan eksempelvis anvendes dersom særskilte yrker eller arbeidsoppdrag krever spesielle kvalifikasjoner eller forutsetninger som rent faktisk utelukker enkelte personer eller persongrupper. Ett eksempel er kravet om at flygere skal ha normal fargesyn. Dette er et krav som utelukker fargeblinde. Det er imidlertid nødvendig for å utføre arbeidet som flyger at en kan se fargene på lamper som lyser på instrumentpanelet. Formålet med kravet om normalt fargesyn er således legitimt og saklig, og kravet er ikke uforholdsmessig inngripende. Et annet eksempel er at det for oppsettelse av en teaterforestilling kan være saklig og nødvendig å stille krav til skuespillernes etniske opprinnelse for å gi rollen troverdighet.

Unntaksbestemmelsens anvendelse ved ansettelse i kirker og andre religiøse trossamfunn er nærmere behandlet i kapittel 11.6.2.

Bestemmelsen er i overensstemmelse med rammedirektivets artikkel 4.

Unntaksbestemmelsen må tolkes restriktivt, slik at formålet med direktivet ikke undergraves. Det vises i denne sammenheng til EF-domstolens tolkning av tilsvarende bestemmelse i direktivet om forbud mot kjønnsdiskriminering.⁵²

Til nr. 2

Utkastet til § 54 D nr. 2 oppstiller et generelt unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering. Bestemmelsen inneholder flere kriterier som alle må være oppfylt for at forskjellsbehandling på grunn av alder skal være tillatt.

Handlingen eller unntakelsen må være saklig begrunnet. Det vil si at den bygger på et objektivt kriterium og har et fornuftig eller saklig formål. Videre må det foreligge proporsjonalitet mellom midlene og formålet.

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder i utkastet § 54 A nr. 1, kan ikke gjelde absolutt og i alle situasjoner. Det ville i en del tilfeller føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser.

Rammedirektivet åpner for at statene kan gjøre unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering, jf. artikkel 6. Behovet for en særskilt unntaksadgang fremheves allerede i fortalens punkt 25, der det heter at forbudet mot forskjellsbehandling pga. alder er en avgjørende forutsetning for at de mål som er fastsatt i retningslinjene for sysselsetting kan nås, men at ulik behandling på grunn av alder kan være berettiget under visse omstendigheter og derfor krever særlige bestemmelser.

Utvalget antar at det eksempelvis i følgende situasjoner vil være adgang til unntak:

- Lønssystemer der avlønning varierer i takt med arbeidstakers tjenestetid
- Utvelgelseskriterier for hvem som skal sies opp ved nedleggelse, hvor det legges vekt på arbeidstakers tjenestetid,
- Å legge vekt på fornuftig alderspredning ved ansettelse og ved oppsigelser som følge av en nedbemanningssituasjon.

Slike forhold kan også omfattes av unntaksregelen i utkastet § 54 D nr. 2. Den generelle unntaksbestemmelsen i utkastet til § 54 D nr. 2 svarer til den unntaksadgangen som følger av direktivets artikkel 6 nr. 1 og 2.

I henhold til direktivets artikkel 6 nr. 2 kan medlemsstatene fastsette aldersgrenser for adgang til "erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger"⁵³, herunder kan det åpnes for å fastsette forskjellige aldersgrenser for ansatte eller grupper eller kategorier av ansatte og bruk av alderskriteriet til aktuarberegninger (forsikringsberegninger) for så vidt dette ikke fører til forskjellsbehandling pga. kjønn. Den engelske språkversjon av direktivbestemmelsen omtaler unntaket som "the fixing for occupational social security schemes of different ages for admission or entitlement to retirement or invalidity benefits". Det antas at det med dette tas sikte på å regulere adgangen til å bruke alder som et kriterium i forhold til tjenestepensjons- og uførepensjonsordninger.

⁵² Rådsdirektiv 2002/73/EF

⁵³ Dansk originalversjon

Denne adgangen er ikke presisert i lovteksten, da den antas å falle inn under den generelle unntaksadgangen i utkastet til § 54 D nr. 2.

Kravet om at de valgte midler må være hensiktsmessige og nødvendige utgjør en viktig begrensning i unntaksadgangen. Dette innebærer for det første at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom den begrunnelse for forskjellsbehandlingen arbeidsgiver anfører og målet som skal oppnås. Arbeidsgiver må med andre ord vise at forskjellsbehandlingen vil ha de ønskede virkninger. Videre innebærer dette et krav om proporsjonalitet. De midler som tas i bruk må stå i forhold til det resultat som søkes oppnådd. Det må i denne forbindelse vurderes om målet kan nås på en måte som ikke bryter med prinsippet om ikke-diskriminering.

Se nærmere omtale av unntaket under kapittel 11.6.3.

Til nr.3

Bestemmelsen fastsetter en forskriftshjemmel for Kongen til å gi nærmere regler om rekkevidden av unntaket i nr. 2.

Forskriftshjemmelen vil også kunne benyttes dersom det er behov for å fastsette unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder i tilknytning til militære stillinger m.v. , jf. direktivets artikkel 3 nr. 4 og artikkel 6.

Til § 54 E Tilrettelegging av arbeidsplassen for funksjonshemmede

Bestemmelsen innebærer en videreføring og en viss utvidelse av rekkevidden for gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd . Forslaget gjennomfører direktivets artikkel 5.

I følge arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd første punktum slik den nå lyder må *”(a)arbeidsgiveren (...) ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av funksjonshemming”*. Forskjellsbehandling defineres i annet punktum som *”enhver handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av ”de forhold som er nevnt i første punktum. I følge tredje punktum skal det ”(v)ed vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av funksjonshemming, (...) tas hensyn til om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt arbeidsplassen for den funksjonshemmede.”*

Forslaget innebærer at arbeidsgiver også plikter å iverksette tiltak slik at den funksjonshemmede ikke bare kan få og beholde et høvelig arbeid, men også utføre og ha framgang i arbeidet eller ha adgang til opplæring og annen kompetanseutvikling, med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde.

Til § 54 F Positiv særbehandling

Bestemmelsen åpner for positiv særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling. Det vises til utkastet § 54 A nr. 1, hvor det fremgår at formålet med bestemmelsene i dette kapittel er å sikre likebehandling.

Bestemmelsen ligger innfor rammedirektivets artikkel 7, som gir hjemmel for særskilte ordninger som gir enkelte grupper eller personer fordeler i enkelte

situasjoner. Dette er aktuelt for grupper som ville ha hatt svakere reelle muligheter i arbeidslivet dersom særordningene ikke fantes.

Et eksempel kan være kvotering av personer med minoritetsbakgrunn til visse stillinger i arbeidslivet. Positiv særbehandling kan i slike tilfeller iverksettes for å unngå reell ulikhet mellom personer eller for å utjevne bestående forskjeller mellom gruppene, ikke for å gi den særbehandlede gruppen reelt sett bedre muligheter enn andre grupper.

Utkastet innebærer at slik særbehandling som nevnt i eksemplet foran ikke skal anses som forskjellsbehandling etter kapittel X A.

Annet punktum bestemmer at den positive særbehandlingen skal opphøre når formålet med særbehandlingen er oppnådd. Dersom særbehandlingen opprettholdes i slike tilfeller, vil det kunne føre til at gruppen som blir særbehandlet får en særskilt gunstig stilling i forhold til andre grupper. Da vil det lett kunne oppstå forskjellsbehandling med motsatt fortegn enn det som opprinnelig var tenkt.

Positiv særbehandling er behandlet nærmere i kapittel 11.8.

Tilsvarende bestemmelser er inntatt i likestillingsloven § 3a om særbehandling av det ene kjønn⁵⁴ og i utkast til lov mot etnisk diskriminering § 4⁵⁵.

Til § 54 G Forbud mot gjengjeldelse

Utkastet inneholder et forbud mot gjengjeldelse i forbindelse med klage over brudd på forbudet mot forskjellsbehandling etter dette kapittel.

Bestemmelsen oppfyller rammedirektivets artikkel 11.

Bestemmelsen svarer i store trekk til forslaget til § 5 første ledd i utkast til lov mot etnisk diskriminering⁵⁶

Bestemmelsen innebærer at det vil være forbud mot gjengjeldelser både overfor den som har klaget over, anmeldt eller på annen måte påtalt diskrimineringen og den som har bistått eller på annen måte medvirket til at klagen fremmes. Beskyttelsen gjelder ikke bare et vern mot å bli oppsagt som følge av en klage, men også mot enhver annen form for ufordelaktig eller negativ behandling. Forbudet gjelder også for gjengjeldelser hvor det er varslet om at klage vil bli fremmet.

Den vernede interessen er frihet til å forfølge en diskrimineringssak. Denne friheten bør ikke være ubegrenset. Den som får en diskrimineringssak mot seg har krav på å bli beskyttet mot falske anklager og useriøse søksmål. Det kan ikke utelukkes at den som tar opp saken har et bevisst ønske om å skade arbeidsgiver nettopp gjennom å reise en diskrimineringssak.

⁵⁴ Jf. Ot prp nr. 77 (2000-2001)

⁵⁵ jf. NOU 2002:12

⁵⁶ jf. NOU 2002:12 (s 353)

Forbudet bør derfor ikke gjelde dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Dette er i samsvar med forslag til § 5 om forbud mot negativ gjengjeldelse i NOU 2002:12.

Til § 54 H Opplysningsplikt

Forslaget innebærer en videreføring av gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A fjerde ledd.

Bestemmelsen er utformet etter mønster fra likestillingsloven § 4 tredje ledd. Bestemmelsen har ingen parallell i rammedirektivet. Se nærmere omtale i kapittel 11.10.2.

Til § 54 I Delt bevisbyrde

Forslaget fastslår i likhet med direktivets artikkel 10 og gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 55 A femte ledd at prinsippet om delt bevisbyrde skal gjelde i saker som gjelder brudd på reglene om forskjellsbehandling. Forslaget innebærer en presisering i forhold til gjeldende ordlyd i § 55 A femte ledd uten at dette vil ha noen materiell betydning. Se nærmere omtale i kapittel 11.10.1.

Til § 54 J Virkninger av forskjellsbehandling

Til nr. 1

I utkastet til § 54 J nr. 1 foreslås at den diskriminerte kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Bestemmelsen skal sikre en effektiv gjennomføring av rammedirektivet. Det følger av EU/EØS-rettens effektivitetsprinsipp og artikkel 17 i rammedirektivet, at sanksjoner som skal sikre overholdelse av bestemmelser vedtatt i henhold til direktivet skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende effekt.

Erstatningen skal utmåles etter en skjønnsmessig rimelighetsvurdering under hensyn til partenes forhold, og omstendighetene for øvrig.

Bestemmelsen om utmålingen av oppreisningsbeløpet er utformet etter mønster av arbeidsmiljøloven §§ 62 og 66 nr. 5 om erstatning for ikke-økonomisk skade. Praksis etter § § 62 og 66 bør således tillegges en viss vekt i forhold til utmålingskriterier og erstatningsnivå. Krenkelsens grovhet og partenes opptreden vil være av betydning ved utmåling av oppreisningsbeløpets størrelse.

Det vises til nærmere behandling i kapittel 11.12.

Til nr. 2

Utkastet § 54 J nr. 2 viderefører gjeldende regel i § 55 A om at den som er diskriminert kan kreve dekket erstatning for eventuelt økonomisk tap etter de alminnelige regler. Det gjelder både lidt og framtidig tap. De alminnelige vilkår for erstatning må foreligge, herunder må det for at økonomisk tap skal dekkes, påvises årsakssammenheng mellom tapet og forskjellsbehandlingen

Til nr. 3

For å gjennomføre rammedirektivets artikkel 16 b) fastslår bestemmelsen at alle bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter m.v. som er i strid med forbudet mot likebehandling i utkastet til § 54 A nr. 1 er ugyldige.

Til § 54 K Bruk av organisasjoner som fullmektig

I følge de alminnelige regler i forvaltningsloven og tvistemålsloven, har organisasjoner som omfattes av direktivets artikkel 9 nr. 2, selvstendig klage- og søksmålsadgang. I utkast til § 54 K er det likevel, ut fra hensynet til brukervennlighet, inntatt en særlig bestemmelse som presiserer at den som mener seg diskriminert kan bruke en organisasjon som fullmektig, dersom organisasjonen helt eller delvis har til formål å arbeide mot forskjellsbehandling .

Bestemmelsen er utformet etter mønster fra Holgersen-utvalgets utkast til lov mot etnisk diskriminering (§12). Se nærmere omtale av bestemmelsen i kapittel 11.14.

Til § 54 L Valg og behandling av selvstendig næringsdrivende m.v

Bestemmelsen slår fast at forbudsbestemmelsen i utkastet § 54 A nr. 1 også gjelder for virksomheters valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og ved behandlingen av innleide arbeidstakere. Bestemmelsen kommer således bl.a. til anvendelse på oppdragstakere og enmannsforetak som utfører arbeid i virksomheten.

Bestemmelsen gjennomfører rammedirektivets artikkel 3 nr. 1.

Utkast til nytt kapittel X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v.

Til § 54 M Forbud mot forskjellsbehandling

For å gjennomføre rammedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav d) foreslås en utvidelse av det saklige virkeområdet for saker vedrørende forskjellsbehandling etter kapittel X A.

Bestemmelsen slår fast at forbudet mot forskjellsbehandling i kapittel X A også gjelder for medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner eller organisasjoner der medlemmene har et bestemt yrke. Dette gjelder også for de fordeler som disse organisasjonene gir sine medlemmer, for eksempel rabattordninger og tilbud om juridiske tjenester.

13. Administrative og økonomiske konsekvenser

13.1 Samfunnsøkonomisk nytte

Nytten av et skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet vil bero på om reglene blir mer effektive for de som utsettes for forskjellsbehandling. Det vil imidlertid være vanskelig å måle den samfunnsøkonomiske nytten av et slikt tiltak ved bruk av tradisjonelle kostnytteanalyser.

Den økonomiske nytteeffekten av å redusere eller fjerne diskriminering i arbeidslivet er vanskelig å måle ut fra vanlige lønnsomhetskriterier, blant annet fordi kunnskapen om sammenhengen mellom diskriminering og økonomiske levekår er for dårlig, og ikke gir et godt grunnlag for å beregne nytten. Nyten av å unngå diskriminering vil dermed være vanskelig å måle økonomisk. Dessuten vil de etiske aspektene knyttet til likebehandling stå sentralt.

Selv om bare en mindre del av ledigheten på arbeidsmarkedet blant personer som tilhører beskyttede grupper kan tilbakeføres til diskriminering, vil forebygging av diskriminering ha stor økonomisk nytteeffekt for den enkelte og dermed også være samfunnsøkonomisk lønnsomt.

13.2 Administrative og økonomiske konsekvenser for det offentlige

Det foreslås ikke oppretting av nye håndhevingsorganer eller lignende. Det antas derfor at det offentlige i liten grad vil påføres ekstra kostnader ut over et mulig økt press på domstolsapparatet. Utvalgets forslag om at Arbeidstilsynet skal ha tilsyns-/vedtakskompetanse i saker om trakassering etter det nye kapittel X A i utkastet, i likhet med etter arbeidsmiljøloven § 12, vil imidlertid kunne medføre noe merarbeid.

13.3 Konsekvensene for virksomhetene

For næringslivet vil hovedtyngden av forslaget bare klargjøre og utdype plikten til å likebehandle.

Arbeidslivets organisasjoner foreslås underlagt direktivets diskrimineringsforbud. Utvalget mener at de samme momenter og konklusjon som er trukket fram når det gjelder arbeidsgivere vil gjelde organisasjonene.

Utvidelse av den beskyttede personkrets

Innføring av et forbud mot diskriminering på grunn av alder innebærer bl.a. en viss innskrenkning av styringsretten ved ansettelser for private arbeidsgivere.

Implementeringen innebærer en ytterligere utvidelse av den beskyttede personkrets ettersom også selvstendig næringsdrivende gis beskyttelse. Det vises imidlertid til at det allerede gjelder et forbud mot diskriminering av andre grupper i samfunnet.

Utvalget antar dessuten at de fleste arbeidsgivere også i dag legger vekt på faglige og personlige kvalifikasjoner ved ansettelser, og ikke alder. I offentlig sektor gjelder det i dag et generelt krav om saklighet ved ansettelser, og forslaget innebærer ingen endring i dette.

Forslaget vil i noen grad kunne medføre økte kostnader for arbeidsgivere som har en ansettelsespolitikk hvor det uten saklig grunn tas hensyn til søkeres alder.

Alt i alt kan konsekvensene for arbeidsgiver etter utvalgets oppfatning ikke ventes å bli mer inngripende enn at de bør tåles, sett i forhold til viktigheten av at det etableres et effektivt vern mot aldersdiskriminering i arbeidslivet. Det vises i denne forbindelse til at det foreligger en adgang til å gjøre unntak fra forbudet ut fra en vurdering av om unntaket er objektivt og saklig begrunnet og en vurdering av om det foreligger proporsjonalitet mellom mål og middel.

Erstatning

En innføring av et prinsipp om erstatning for ikke-økonomiske forhold (oppreisning) uten hensyn til arbeidsgivers skyld, vil påføre bedrifter som bryter diskrimineringsforbudet utgifter. En slik innføring vil trolig også øke tallet på saker som blir brakt inn for retten i og med at flere vil ha interesse i å forfølge sin sak.

14. Forslag til lovtekst

Nytt kapittel X A Likebehandling i arbeidslivet

§ 54 A Forbud mot forskjellsbehandling

1. Formålet med dette kapittel er å sikre likebehandling i arbeidslivet. Direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt.
2. Ved forskjellsbehandling på grunn av kjønn gjelder lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

§ 54 B Definisjoner

1. Med direkte forskjellsbehandling menes at en person av grunner nevnt i § 54 A nr. 1 behandles dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.
2. Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner nevnt i § 54 A nr. 1, med mindre formålet er saklig, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.
3. Trakassering av grunner nevnt i § 54 A nr. 1 anses som forskjellsbehandling. Det er trakassering når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.
4. Enhver instruks om å forskjellsbehandle personer av grunner nevnt i § 54 A nr. 1 anses som forskjellsbehandling.

§ 54 C Anvendelsesområde

Forbudet mot forskjellsbehandling i dette kapittel gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder:

- a) utlysning av stilling, ansettelse, omplassering, forfremmelse,
- b) opplæring og annen kompetanseutvikling,
- c) lønns- og arbeidsvilkår ,
- d) opphør av arbeidsforholdet.

§ 54 D Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

1. Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, rammes ikke av forbudet i § 54 A nr 1.
2. Forskjellsbehandling på grunn av alder er tillatt dersom den har et saklig formål, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.
3. Kongen kan gi nærmere regler om rekkevidden av unntaket i nr. 2.

§ 54 E Tilrettelegging av arbeid for funksjonshemmede For å sikre likebehandling

skal arbeidsgiver så langt det er mulig og rimelig tilrettelegge arbeidet for funksjonshemmede. Arbeidsgiver plikter å iverksette tiltak slik at den funksjonshemmede kan få og beholde arbeid, utføre og ha framgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling, med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde.

§ 54 F Positiv særbehandling

Særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med bestemmelsene i dette kapittel. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.

§ 54 G Forbud mot gjengjeldelser

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage for brudd på bestemmelsene i dette kapittel, eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom klageren opptrer grovt uaktsomt.

§ 54 H Opplysningsplikt

Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med bestemmelsene i dette kapittel, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har.

§ 54 I Bevisbyrde

Dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted forskjellsbehandling i strid med dette kapittel.

§ 54 J Virkninger av forskjellsbehandling

1. Den som er blitt forskjellsbehandlet eller utsatt for gjengjeldelse i strid med bestemmelsene i dette kapittel kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.
2. Erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på bestemmelsene i dette kapittel kan kreves etter de alminnelige regler.
3. Bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter m.v., som er i strid med bestemmelsene i dette kapittel, er ugyldige.

§ 54 K Bruk av organisasjoner som fullmektig

Som fullmektig i saker etter dette kapittel kan brukes en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot forskjellsbehandling.

§ 54 L Valg og behandling av selvstendig næringsdrivende m.v.

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for virksomhetens valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

Nytt kapittel X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v.

§ 54 M Forbud mot forskjellsbehandling

Forbudet mot forskjellsbehandling i kapittel X A gjelder også for medlemskap i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon. Dette gjelder også

for fordeler som slike organisasjoner gir sine medlemmer. Bestemmelsene i §§ 54 F, 54 I og 54 J gis tilsvarende anvendelse.

Andre lovendringer

Arbeidsmiljøloven § 55 A oppheves.

Litteraturliste

- Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 7. utgave, 1990
- Arbeidskraftundersøkelsen for 2000 og 2001*, Statistisk Sentralbyrå
- Dahl: *Eldre arbeidstakeres stilling på arbeidsmarkedet*, En litteraturstudie SNF-rapport nr. 39/00. (Stiftelsen for samfunnsnæringslivsforskning)
- Dokument nr. 8:25 (1999-2000)
- Fossestøl, Knut: *Overgangen til arbeidslivet for funksjonshemmede studenter med høyere utdanning*, Notat 12/95 Arbeidsforskningsinstituttet
- Friber, Fougner, Holo: *Arbeidsmiljøloven. Kommentaarutgave*. 7. utgave
- Hegna, Kristiansen, Moseng: *Levekår og livskvalitet blant lesbiske kvinner og homofile menn*, NOVA-rapport 1:1999
- Innst. O nr. 63 (1999-2000)
- Jaabek, Bjørnar E : *Homofile som stigmatiserte arbeidstakere – ønsker personalledere homofile velkommen i sin organisasjon?* 1993 Sandvika Diplomoppgåve Handelshøyskolen BI
- Kartlegging av aldersdiskriminering blant næringslivsledere og i den norske befolkning generelt*, Senter for seniorpolitikk – MMI april/mai 2002
- Kommitédirektiv 2002:11 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*
- Lahn, Moen Johansen, Karlsen og Aas: *Livsløp, yrkeskompetanse og arbeidsmiljøutvikling, AFIs rapportserie nr 5/99*, Arbeidsforskningsinstituttet
- Levekårsundersøkelser*, Statistisk

- Sentralbyrå
Midsundstad, Tove: *Vi har ikke bruk for deg lenger...*, Fafo-rapport 2002:13
- Midsundstad, Tove : *AFP-pensjonisten – sliten eller frisk og arbeidsfør*, Fafo-rapport 2002: 385
- NOU 2001: 22 *Fra bruker til borger – En strategi for nedbygging av funksjonshemmedes barrierer*
- NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*
- Når noen er likere enn andre (om bruk av religiøst hodeplagg)*, SMED Oslo 2001
- Ot.prp. nr. 34 (2000-2001) pkt. 8.1 *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*
- Ot.prp. nr. 4 (2000-2001) *Om lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m*
- Ot.prp. nr. 40 (1999-2000) *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv*
- Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) *Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v*
- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv.*
- Rehof, Lars Adam og Trier, Tyge: *Menneskeret*, København, Oslo 1990 Jurist-og økonomforbundets Forlag og Universitetsforlaget
- Solem, Per Erik: *For gammel? Kunnskapsstatus om aldring, arbeid og pensjonering*, NOVA Rapport 4/01 Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring
- SOU 2002:43 *Et utvidet skydd mot diskriminering (Sverige)*
- Sørheim, T.A: *Vanlige kvinner – uvanlige utfordringer*, 1998
- Underveis mot et bedre vern 2000*, SMED 2000
- Underveis mot et bedre vern 2001*,

Vedlegg

Vedlegg 1 – Rådskonklusjon 2000/78/EF – dansk språkversjon

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR -
under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 13,

under henvisning til forslag fra Kommissionen(1),
under henvisning til udtalelse fra Europa-Parlamentet(2),
under henvisning til udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg(3),
under henvisning til udtalelse fra Regionsudvalget(4), og
ud fra følgende betragtninger:

(1) I henhold til artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union bygger Unionen på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles, og den respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

(2) Princippet om ligebehandling af mænd og kvinder er fastslået i flere EF-retsakter, særlig i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår(5).

(3) Når Fællesskabet gennemfører princippet om ligebehandling, bør det i henhold til EF-traktatens artikel 3, stk. 2, tilstræbe at fjerne uligheder og at fremme ligestilling mellem mænd og kvinder, da kvinder ofte er ofre for dobbelt diskrimination.

(4) Alle menneskers ret til lighed for loven og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universel rettighed, der anerkendes i verdenserklæringen om menneskerettigheder og FN's konventioner om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder, om borgerlige og politiske rettigheder og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som alle medlemsstaterne har undertegnet. ILO-konvention nr. 111 forbyder forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

- (5) Det er vigtigt at respektere sådanne grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Dette direktiv anfægter ikke foreningsfriheden, herunder retten til sammen med andre at oprette og slutte sig til fagforeninger for at forsvare egne interesser.
- (6) Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder anerkender betydningen af at bekæmpe alle former for forskelsbehandling, herunder nødvendigheden af at træffe passende foranstaltninger til at sikre social og økonomisk integrering af ældre og personer med handicap.
- (7) EF-traktaten omhandler også bestræbelser på at fremme en samordning af medlemsstaternes beskæftigelsespolitikker. Med henblik herpå blev der i EF-traktaten indføjet et nyt kapitel om beskæftigelse som et middel til at udvikle en samordnet europæisk strategi for beskæftigelsen med det formål at fremme en veluddannet, velkvalificeret og smidig arbejdsstyrke.
- (8) I retningslinjerne for beskæftigelsen 2000, som blev godkendt af Det Europæiske Råd i Helsingfors den 10. og 11. december 1999, understreges behovet for at skabe forudsætninger for et arbejdsmarked, der fremmer den sociale integrering gennem formulering af et sammenhængende sæt foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling af grupper som f.eks. handicappede. Det fremhæves desuden, at der bør lægges særlig vægt på støtte til ældre arbejdstagere for at øge deres deltagelse i arbejdsstyrken.
- (9) Beskæftigelse og erhverv er afgørende områder, når det gælder om at sikre lige muligheder for alle og bidrage effektivt til, at alle borgere kan deltage i fuldt omfang i det økonomiske, kulturelle og sociale liv, og til den personlige udvikling.
- (10) Rådet vedtog den 29. juni 2000 direktiv 2000/43/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse(6), som i sig selv yder beskyttelse mod sådanne former for forskelsbehandling på beskæftigelses- og arbejdsmarkedsområdet.
- (11) Forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering kan hindre opfyldelsen af målene i EF-traktaten, særlig opnåelsen af et højt beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer.
- (12) Med henblik herpå bør enhver form for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering inden for de områder, der er dækket af dette direktiv, forbydes overalt i Fællesskabet. Dette forbud mod forskelsbehandling bør også gælde for tredjelandstatsborgere, men det omfatter ikke ulige behandling på grund af nationalitet, og det berører ikke bestemmelserne om tredjelandstatsborgeres indrejse og ophold og deres adgang til beskæftigelse og erhverv.
- (13) Dette direktiv finder ikke anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141, eller på udbetalinger af enhver art fra staten, hvor formålet er adgang til eller bibeholdelse af beskæftigelsen.
- (14) Dette direktiv berører ikke nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder.
- (15) Det er de nationale retslige myndigheder eller andre kompetente organer, der i overensstemmelse med bestemmelserne i national ret eller praksis skal vurdere de faktiske forhold, som giver anledning til at formode, at der forekommer direkte eller indirekte forskelsbehandling. Disse bestemmelser kan bl.a. give mulighed for på

grundlag af statistisk materiale eller på enhver anden måde at konstatere, om der foreligger indirekte forskelsbehandling.

(16) Iværksættelse af foranstaltninger, der tager hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen, spiller en vigtig rolle i bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap.

(17) Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.

(18) Navnlig må dette direktiv ikke medføre, at de væbnede styrker og politiet, fængselsvæsnet og redningstjenesterne skal være forpligtet til ansættelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke opfylder de nødvendige krav for at kunne udføre samtlige opgaver, der kan blive pålagt vedkommende under hensyn til det legitime mål at sikre disse tjenesters operationelle karakter.

(19) For at medlemsstaterne fortsat kan opretholde deres væbnede styrkers kapacitet, kan de desuden vælge, at de væbnede styrker eller dele heraf skal være undtaget fra dette direktivs bestemmelser om handicap og alder. De medlemsstater, der benytter sig heraf, skal definere undtagelsens anvendelsesområde.

(20) Der bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmonstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion.

(21) Når det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte.

(22) Dette direktiv berører ikke national ret vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf.

(23) Under meget begrænsede omstændigheder kan ulige behandling retfærdiggøres, når en relevant egenskab, der vedrører religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, når målet er legitimt, og kravet står i et rimeligt forhold hertil. Sådanne omstændigheder bør medtages i de oplysninger, som medlemsstaterne skal meddele Kommissionen.

(24) Unionen har i sin erklæring nr. 11 om kirkers og konfessionsløse organisationers status, der er knyttet som bilag til slutakten til Amsterdam-traktaten, udtrykkeligt anført, at den respekterer og ikke anfægter den status i henhold til national lovgivning, som kirker og religiøse sammenslutninger eller samfund har i medlemsstaterne, samt at den ligeledes respekterer filosofiske og konfessionsløse organisationers status, og at medlemsstaterne på baggrund heraf kan opretholde eller fastsætte specifikke bestemmelser om regulære, legitime og berettigede erhvervsmæssige krav, der kan stilles til at udøve en erhvervsmæssig aktivitet.

(25) Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er en afgørende forudsætning for, at de mål, der er fastsat i retningslinjerne for beskæftigelse, kan nås, og der kan tilskyndes til diversitet i beskæftigelsen. Ulige behandling på grund af alder kan dog være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser, der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne. Det er afgørende at skelne mellem ulige behandling, der er berettiget, især under hensyn til legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og

forskelsbehandling, der skal forbydes.

(26) Forbud mod forskelsbehandling bør ikke være til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper for en gruppe af personer af en bestemt religion eller tro, med et bestemt handicap, eller af en bestemt alder eller seksuel orientering, og sådanne foranstaltninger kan gøre det muligt at oprette organisationer af personer af en bestemt religion eller tro, med et bestemt handicap, eller af en bestemt alder eller seksuel orientering, når deres hovedmål er at fremme disse personers særlige behov.

(27) Rådet har i sin henstilling 86/379/EØF af 24. juli 1986 om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet(7) fastlagt en referenceramme, hvori er opregnet eksempler på positive særforanstaltninger til fremme af handicappedes beskæftigelse og uddannelse, og har i sin resolution af 17. juni 1999 om lige beskæftigelsesmuligheder for mennesker med handicap(8) påpeget betydningen af at tage særligt hensyn navnlig ved ansættelse, fortsat beskæftigelse og uddannelse og livslang uddannelse for handicappede.

(28) Dette direktiv fastsætter mindstekrav og giver således medlemsstaterne mulighed for at indføre eller opretholde gunstigere bestemmelser. Gennemførelsen af dette direktiv kan ikke anvendes som begrundelse for en forringelse af eksisterende vilkår på dette felt i de enkelte medlemsstater.

(29) Personer, som udsættes for forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering, bør sikres den fornødne retsbeskyttelse. For at sikre en mere effektiv retsbeskyttelse, bør også foreninger eller juridiske personer have beføjelse til efter nærmere bestemmelser fastlagt af medlemsstaterne, enten på vegne af eller til støtte for ethvert offer for forskelsbehandling at indtræde som part i en sag uden at tilsidesætte nationale procesregler vedrørende repræsentation og forsvar i retten.

(30) Effektiv gennemførelse af princippet om ligebehandling forudsætter passende retsbeskyttelse mod repressalier.

(31) Reglerne om bevisbyrde bør tilpasses, når der umiddelbart synes at foreligge en sag om forskelsbehandling, og bevisbyrden bør, for at princippet om ligebehandling kan anvendes effektivt, gå over til sagsøgte, når der fremlægges beviser for en sådan forskelsbehandling. Sagsøgte skal imidlertid ikke fremlægge bevis for, at sagsøgeren tilhører en bestemt religion, har en bestemt tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

(32) Medlemsstaterne behøver ikke at anvende reglerne om bevisbyrde i sager, hvor domstolen eller en anden kompetent instans skal undersøge de faktiske omstændigheder. Der skal anvendes procedurer, hvorefter det er domstolen eller den kompetente instans, der skal undersøge omstændighederne, og ikke sagsøgeren, der skal fremlægge beviser herfor.

(33) Medlemsstaterne bør fremme dialogen mellem arbejdsmarkedets parter og i overensstemmelse med national praksis med de ikke-statslige organisationer om de forskellige former for forskelsbehandling på arbejdspladsen, og om hvordan de bekæmpes.

(34) Behovet for at fremme freden og forsoningen mellem de vigtigste samfund i Nordirland nødvendiggør særlige bestemmelser i dette direktiv.

(35) Medlemsstaterne bør fastsætte effektive sanktioner, der står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, og som iværksættes i tilfælde af handlinger, der strider mod forpligtelserne i dette direktiv.

(36) Medlemsstaterne kan overlade det til arbejdsmarkedets parter, efter en fælles

anmodning fra disse, at gennemføre dette direktiv for så vidt angår bestemmelser, som henhører under kollektive overenskomster, forudsat at medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for på et hvilket som helst tidspunkt at være i stand til at sikre de resultater, der er foreskrevet i dette direktiv.

(37) I overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. artikel 5 i EF-traktaten, kan målet for den påtænkte handling, nemlig at sikre ensartede vilkår i Fællesskabet med hensyn til beskyttelse af retten til ligestilling i relation til beskæftigelse og erhverv, ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne, og kan derfor på grund af den påtænkte handlingens omfang og virkninger bedre gennemføres på fællesskabsplan. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål -

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

KAPITEL I

GENERELLE BESTEMMELSER

Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

ii) medmindre arbejdsgiveren eller enhver anden person eller organisation omfattet af dette direktiv, i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikel 5 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger af denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis.

3. Chikane betragtes som forskelsbehandling som defineret i stk. 1, hvis en uønsket optræden i relation til en af de i artikel 1 anførte grunde finder sted med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima. I den forbindelse kan begrebet chikane defineres i overensstemmelse med medlemsstaternes nationale lovgivning og praksis.

4. Enhver instruktion om at forskelsbehandle en person af en af de i artikel 1 anførte grunde, betragtes som forskelsbehandling som defineret i stk. 1.

5. Dette direktiv berører ikke foranstaltninger fastsat ved national lovgivning, som i et demokratisk samfund er nødvendige af hensyn til den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

Artikel 3

Anvendelsesområde

1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse

b) adgang til alle typer af og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, herunder praktisk arbejds erfaring

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

d) medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne.

2. Dette direktiv omfatter ikke forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og berører ikke bestemmelser og betingelser vedrørende tredjelandstatsborgeres og statsløse personers indrejse og ophold i medlemsstaterne og heller ikke nogen form for behandling, der skyldes de pågældende tredjelandstatsborgeres eller statsløse personers retsstilling.

3. Dette direktiv omfatter ikke udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger.

4. Medlemsstaterne kan fastsætte, at i det omfang dette direktiv vedrører forskelsbehandling på grund af handicap eller alder, finder det ikke anvendelse på tjeneste i de væbnede styrker.

Artikel 4

Erhvervsmæssige krav

1. Uanset artikel 2, stk. 1 og 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling, som er baseret på en egenskab, der har forbindelse med en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde, ikke udgør forskelsbehandling, hvis den pågældende egenskab på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.

2. I forbindelse med kirker og andre offentlige eller private organisationer, hvis etik er baseret på religion eller tro, kan medlemsstaterne, for så vidt angår disse organisationers erhvervsmæssige aktiviteter, i deres nationale lovgivning, som gælder på datoen for vedtagelsen af dette direktiv, opretholde eller i en kommende lovgivning, som er baseret på national praksis, som gælder på datoen for vedtagelsen af dette direktiv, fastsætte bestemmelser om, at ulige behandling på grund af en persons religion eller tro ikke udgør forskelsbehandling, når denne religion eller tro,

under hensyn til disse aktiviteters karakter eller den sammenhæng de indgår i, udgør et regulært, legitimt og berettiget erhvervmæssigt krav på baggrund af organisationens etik. Denne ulige behandling udøves under overholdelse af medlemsstaternes forfatningsmæssige bestemmelser og principper samt de generelle principper i fællesskabsretten og kan ikke berettige til forskelsbehandling med anden begrundelse.

Under forudsætning af at dette direktiv i øvrigt overholdes, er det således ikke til hinder for, at kirker og andre offentlige eller private organisationer, hvis etik er baseret på religion eller tro, og som handler i overensstemmelse med den nationale forfatning og lovgivning, kan kræve af personer, der arbejder for dem, at de har en redelig indstilling til og er loyale over for organisationens etik.

Artikel 5

Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang

Med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, foretages der tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Hvis denne byrde i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den pågældende medlemsstats handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.

Artikel 6

Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

- a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervmæssige integration eller at beskytte dem
- b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse
- c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte, og anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke udgør forskelsbehandling på grund af alder, for så vidt dette ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.

Artikel 7

Positiv særbehandling og særforanstaltninger

1. For at sikre fuld ligestilling i arbejdslivet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde.
2. For så vidt angår handicappede er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhed på arbejdspladsen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller faciliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige integration.

Artikel 8

Mindstekrav

1. Medlemsstaterne kan vedtage eller opretholde bestemmelser, som er gunstigere for beskyttelsen af princippet om ligebehandling end bestemmelserne i dette direktiv.
2. Gennemførelsen af dette direktiv berettiger under ingen omstændigheder til at forringe det eksisterende beskyttelsesniveau i medlemsstaterne over for forskelsbehandling på de områder, der er omfattet af direktivet.

KAPITEL II

RETSMIDLER OG HÅNDHÆVELSE

Artikel 9

Klageadgang

1. Medlemsstaterne sikrer, at enhver, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan indgive klage til retslige og/eller administrative instanser, herunder, hvor de finder det hensigtsmæssigt, til forligsinstanser, med henblik på håndhævelse af forpligtelserne i henhold til dette direktiv, selv efter at det forhold, hvori forskelsbehandlingen angiveligt har fundet sted, er ophørt.
2. Medlemsstaterne sikrer, at foreninger, organisationer og andre juridiske personer, der efter kriterierne i deres nationale ret har en legitim interesse i at sikre, at dette direktivs bestemmelser overholdes, er berettigede til - enten på vegne af eller til støtte for klageren med dennes godkendelse - at indtræde som part i klagen til retslige og/eller administrative instanser med henblik på håndhævelsen af forpligtelserne i henhold til dette direktiv.
3. Stk. 1 og 2 berører ikke nationale regler om tidsfrister for anlæggelse af sager vedrørende princippet om ligebehandling.

Artikel 10

Bevisbyrde

1. Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat.
2. Stk. 1 er ikke til hinder for, at medlemsstaterne indfører regler for bevisførelse, der

er gunstigere for klageren.

3. Stk. 1 finder ikke anvendelse i straffesager.

4. Stk. 1, 2 og 3 finder ligeledes anvendelse på sager som nævnt i artikel 9, stk. 2.

5. Medlemsstaterne behøver ikke at anvende stk. 1 på sager, hvor det er en domstol eller en anden kompetent instans, der skal undersøge sagens faktiske omstændigheder.

Artikel 11

Beskyttelse mod repressalier

Medlemsstaterne indfører i deres retsorden de nødvendige foranstaltninger til at beskytte arbejdstagere mod afskedigelse eller anden ufordelagtig behandling fra arbejdsgiverens side som reaktion på en klage inden for virksomheden eller enhver form for retsforfølgning med det formål at sikre, at princippet om ligebehandling iagttages.

Artikel 12

Formidling af information

Medlemsstaterne påser, at de bestemmelser, der vedtages i medfør af dette direktiv, og de relevante bestemmelser, der allerede finder anvendelse, på hele deres område bringes til de berørte personers kendskab ved hjælp af alle egnede midler, f.eks. på arbejdspladserne.

Artikel 13

Dialog mellem arbejdsmarkedets parter

1. Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med nationale traditioner og national praksis passende foranstaltninger til at tilskynde til dialog mellem arbejdsmarkedets parter med henblik på at fremme ligebehandling, herunder gennem tilsyn med praksis på arbejdspladserne, kollektive overenskomster, regler for god opførsel, forskning eller udveksling af erfaringer og god praksis.

2. Når det er i overensstemmelse med nationale traditioner og national praksis, tilskynder medlemsstaterne arbejdsmarkedets parter til på passende niveau og under hensyntagen til deres autonomi, at indgå aftaler indeholdende regler om forbud mod forskelsbehandling på de i artikel 3 anførte områder, som falder ind under kollektive overenskomstforhandlinger. Sådanne aftaler skal overholde mindstekravene i dette direktiv og de relevante nationale gennemførelsesforanstaltninger.

Artikel 14

Dialog med ikke-statslige organisationer

Medlemsstaterne skal tilskynde til en dialog med relevante ikke-statslige organisationer, som i overensstemmelse med nationale traditioner og national praksis har en legitim interesse i at bidrage til bekæmpelse af forskelsbehandling af en af de i artikel 1 anførte grunde med henblik på at fremme princippet om ligebehandling.

KAPITEL III

SÆRLIGE BESTEMMELSER

Artikel 15

Nordirland

1. For at imødegå et af de vigtigste religiøse samfunds underrepræsentation i Nordirlands politistyrke, foreligger der ved ulige behandling i forbindelse med ansættelser i denne styrke, herunder dens støttepersonale, ikke forskelsbehandling, for

så vidt den nationale lovgivning udtrykkeligt tillader denne forskelsbehandling.
2. Med henblik på opretholde lige beskæftigelsesmuligheder for lærere i Nordirland og samtidig bidrage til at overvinde den historiske splittelse mellem de vigtigste religiøse samfund, der er repræsenteret i Nordirland, finder dette direktivs bestemmelser om religion og tro ikke anvendelse på skolerne i Nordirland, for så vidt den nationale lovgivning udtrykkeligt tillader dette.

KAPITEL IV

AFSLUTTENDE BESTEMMELSER

Artikel 16

Overholdelse

Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at

- a) alle love og administrative bestemmelser, der strider imod princippet om ligebehandling, ophæves
- b) alle bestemmelser, der strider imod princippet om ligebehandling, og som indgår i kontrakter eller kollektive overenskomster, virksomheders interne regler og vedtægter for selvstændige erhverv og fag samt for arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer, erklæres eller kan erklæres ugyldige eller ændres.

Artikel 17

Sanktioner

Medlemsstaterne fastsætter, hvilke sanktioner der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af dette direktiv, og tager alle nødvendige skridt til at sikre deres iværksættelse. Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Medlemsstaterne giver senest den 2. december 2003 Kommissionen meddelelse herom og underretter den endvidere hurtigst muligt om senere ændringer.

Artikel 18

Gennemførelse

Medlemsstaterne vedtager de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme dette direktiv senest den 2. december 2003 eller kan efter fælles anmodning fra arbejdsmarkedets parter overlade det til dem at gennemføre direktivet for så vidt angår bestemmelser, der henhører under kollektive overenskomster. I så tilfælde sikrer medlemsstaterne, at arbejdsmarkedets parter senest den 2. december 2003 har indført de nødvendige foranstaltninger ad aftalemæssig vej, idet medlemsstaterne er forpligtet til at træffe alle nødvendige foranstaltninger for til enhver tid at kunne garantere de resultater, der foreskrives i direktivet. De underretter straks Kommissionen herom.

For at tage hensyn til særlige forhold kan medlemsstaterne om nødvendigt få en yderligere frist på tre år fra den 2. december 2003, dvs. i alt seks år, til at iværksætte dette direktivs bestemmelser om forskelsbehandling på grund af alder og handicap. I så fald underretter de straks Kommissionen. Medlemsstater, der vælger at benytte denne yderligere periode, aflægger hvert år rapport til Kommissionen om, hvilke foranstaltninger de træffer for at bekæmpe forskelsbehandling på grund af alder og handicap, og hvilke fremskridt der er gjort med at gennemføre direktivet.

Kommissionen aflægger hvert år rapport til Rådet.

Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette

direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne.

Artikel 19

Beretning

1. Medlemsstaterne meddeler senest den 2. december 2005 og hvert femte år herefter Kommissionen alle oplysninger, denne har brug for til at udarbejde en beretning til Europa-Parlamentet og Rådet om anvendelsen af dette direktiv.

2. I Kommissionens beretning skal der i relevant omfang tages hensyn til arbejdsmarkedets parter og vedkommende ikke-statslige organisationers synspunkter. I overensstemmelse med princippet om lige muligheder for mænd og kvinder skal beretningen bl.a. indeholde en evaluering af virkningen for kvinder og mænd af de foranstaltninger, der er truffet. På baggrund af de modtagne oplysninger skal beretningen om nødvendigt indeholde forslag med henblik på revision og ajourføring af direktivet.

Artikel 20

Ikrafttræden

Dette direktiv træder i kraft på dagen for offentliggørelsen i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Artikel 21

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Bruxelles, den 27. november 2000.

På Rådets vegne

É. Guigou

Formand

Vedlegg 2 – Rådsdirektiv 2000/78/EF – engelsk språkversjon

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 13 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission(1),

Having regard to the Opinion of the European Parliament(2),

Having regard to the Opinion of the Economic and Social Committee(3),

Having regard to the Opinion of the Committee of the Regions(4),

Whereas:

(1) In accordance with Article 6 of the Treaty on European Union, the European Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to all Member States and it respects fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.

(2) The principle of equal treatment between women and men is well established by an important body of Community law, in particular in Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions(5).

(3) In implementing the principle of equal treatment, the Community should, in accordance with Article 3(2) of the EC Treaty, aim to eliminate inequalities, and to promote equality between men and women, especially since women are often the victims of multiple discrimination.

(4) The right of all persons to equality before the law and protection against discrimination constitutes a universal right recognised by the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to which all Member States are signatories. Convention No 111 of the International Labour Organisation (ILO) prohibits discrimination in the field of employment and occupation.

(5) It is important to respect such fundamental rights and freedoms. This Directive does not prejudice freedom of association, including the right to establish unions with others and to join unions to defend one's interests.

(6) The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers recognises the importance of combating every form of discrimination, including the need to take appropriate action for the social and economic integration of elderly and disabled people.

(7) The EC Treaty includes among its objectives the promotion of coordination between employment policies of the Member States. To this end, a new employment

chapter was incorporated in the EC Treaty as a means of developing a coordinated European strategy for employment to promote a skilled, trained and adaptable workforce.

(8) The Employment Guidelines for 2000 agreed by the European Council at Helsinki on 10 and 11 December 1999 stress the need to foster a labour market favourable to social integration by formulating a coherent set of policies aimed at combating discrimination against groups such as persons with disability. They also emphasise the need to pay particular attention to supporting older workers, in order to increase their participation in the labour force.

(9) Employment and occupation are key elements in guaranteeing equal opportunities for all and contribute strongly to the full participation of citizens in economic, cultural and social life and to realising their potential.

(10) On 29 June 2000 the Council adopted Directive 2000/43/EC(6) implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. That Directive already provides protection against such discrimination in the field of employment and occupation.

(11) Discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation may undermine the achievement of the objectives of the EC Treaty, in particular the attainment of a high level of employment and social protection, raising the standard of living and the quality of life, economic and social cohesion and solidarity, and the free movement of persons.

(12) To this end, any direct or indirect discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards the areas covered by this Directive should be prohibited throughout the Community. This prohibition of discrimination should also apply to nationals of third countries but does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions governing the entry and residence of third-country nationals and their access to employment and occupation.

(13) This Directive does not apply to social security and social protection schemes whose benefits are not treated as income within the meaning given to that term for the purpose of applying Article 141 of the EC Treaty, nor to any kind of payment by the State aimed at providing access to employment or maintaining employment.

(14) This Directive shall be without prejudice to national provisions laying down retirement ages.

(15) The appreciation of the facts from which it may be inferred that there has been direct or indirect discrimination is a matter for national judicial or other competent bodies, in accordance with rules of national law or practice. Such rules may provide, in particular, for indirect discrimination to be established by any means including on the basis of statistical evidence.

(16) The provision of measures to accommodate the needs of disabled people at the workplace plays an important role in combating discrimination on grounds of disability.

(17) This Directive does not require the recruitment, promotion, maintenance in employment or training of an individual who is not competent, capable and available to perform the essential functions of the post concerned or to undergo the relevant training, without prejudice to the obligation to provide reasonable accommodation for people with disabilities.

(18) This Directive does not require, in particular, the armed forces and the police, prison or emergency services to recruit or maintain in employment persons who do

not have the required capacity to carry out the range of functions that they may be called upon to perform with regard to the legitimate objective of preserving the operational capacity of those services.

(19) Moreover, in order that the Member States may continue to safeguard the combat effectiveness of their armed forces, they may choose not to apply the provisions of this Directive concerning disability and age to all or part of their armed forces. The Member States which make that choice must define the scope of that derogation.

(20) Appropriate measures should be provided, i.e. effective and practical measures to adapt the workplace to the disability, for example adapting premises and equipment, patterns of working time, the distribution of tasks or the provision of training or integration resources.

(21) To determine whether the measures in question give rise to a disproportionate burden, account should be taken in particular of the financial and other costs entailed, the scale and financial resources of the organisation or undertaking and the possibility of obtaining public funding or any other assistance.

(22) This Directive is without prejudice to national laws on marital status and the benefits dependent thereon.

(23) In very limited circumstances, a difference of treatment may be justified where a characteristic related to religion or belief, disability, age or sexual orientation constitutes a genuine and determining occupational requirement, when the objective is legitimate and the requirement is proportionate. Such circumstances should be included in the information provided by the Member States to the Commission.

(24) The European Union in its Declaration No 11 on the status of churches and non-confessional organisations, annexed to the Final Act of the Amsterdam Treaty, has explicitly recognised that it respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States and that it equally respects the status of philosophical and non-confessional organisations. With this in view, Member States may maintain or lay down specific provisions on genuine, legitimate and justified occupational requirements which might be required for carrying out an occupational activity.

(25) The prohibition of age discrimination is an essential part of meeting the aims set out in the Employment Guidelines and encouraging diversity in the workforce. However, differences in treatment in connection with age may be justified under certain circumstances and therefore require specific provisions which may vary in accordance with the situation in Member States. It is therefore essential to distinguish between differences in treatment which are justified, in particular by legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and discrimination which must be prohibited.

(26) The prohibition of discrimination should be without prejudice to the maintenance or adoption of measures intended to prevent or compensate for disadvantages suffered by a group of persons of a particular religion or belief, disability, age or sexual orientation, and such measures may permit organisations of persons of a particular religion or belief, disability, age or sexual orientation where their main object is the promotion of the special needs of those persons.

(27) In its Recommendation 86/379/EEC of 24 July 1986 on the employment of disabled people in the Community(7), the Council established a guideline framework setting out examples of positive action to promote the employment and training of disabled people, and in its Resolution of 17 June 1999 on equal employment opportunities for people with disabilities(8), affirmed the importance of giving

specific attention inter alia to recruitment, retention, training and lifelong learning with regard to disabled persons.

(28) This Directive lays down minimum requirements, thus giving the Member States the option of introducing or maintaining more favourable provisions. The implementation of this Directive should not serve to justify any regression in relation to the situation which already prevails in each Member State.

(29) Persons who have been subject to discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation should have adequate means of legal protection. To provide a more effective level of protection, associations or legal entities should also be empowered to engage in proceedings, as the Member States so determine, either on behalf or in support of any victim, without prejudice to national rules of procedure concerning representation and defence before the courts.

(30) The effective implementation of the principle of equality requires adequate judicial protection against victimisation.

(31) The rules on the burden of proof must be adapted when there is a prima facie case of discrimination and, for the principle of equal treatment to be applied effectively, the burden of proof must shift back to the respondent when evidence of such discrimination is brought. However, it is not for the respondent to prove that the plaintiff adheres to a particular religion or belief, has a particular disability, is of a particular age or has a particular sexual orientation.

(32) Member States need not apply the rules on the burden of proof to proceedings in which it is for the court or other competent body to investigate the facts of the case. The procedures thus referred to are those in which the plaintiff is not required to prove the facts, which it is for the court or competent body to investigate.

(33) Member States should promote dialogue between the social partners and, within the framework of national practice, with non-governmental organisations to address different forms of discrimination at the workplace and to combat them.

(34) The need to promote peace and reconciliation between the major communities in Northern Ireland necessitates the incorporation of particular provisions into this Directive.

(35) Member States should provide for effective, proportionate and dissuasive sanctions in case of breaches of the obligations under this Directive.

(36) Member States may entrust the social partners, at their joint request, with the implementation of this Directive, as regards the provisions concerning collective agreements, provided they take any necessary steps to ensure that they are at all times able to guarantee the results required by this Directive.

(37) In accordance with the principle of subsidiarity set out in Article 5 of the EC Treaty, the objective of this Directive, namely the creation within the Community of a level playing-field as regards equality in employment and occupation, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and impact of the action, be better achieved at Community level. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective,

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I GENERAL PROVISIONS

Article 1

Purpose

The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

Article 2

Concept of discrimination

1. For the purposes of this Directive, the "principle of equal treatment" shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1;

(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or

(ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice.

3. Harassment shall be deemed to be a form of discrimination within the meaning of paragraph 1, when unwanted conduct related to any of the grounds referred to in Article 1 takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States.

4. An instruction to discriminate against persons on any of the grounds referred to in Article 1 shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1.

5. This Directive shall be without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 3

Scope

1. Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to:

(a) conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion;

(b) access to all types and to all levels of vocational guidance, vocational training, advanced vocational training and retraining, including practical work experience;

(c) employment and working conditions, including dismissals and pay;

(d) membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or

any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations.

2. This Directive does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third-country nationals and stateless persons in the territory of Member States, and to any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned.

3. This Directive does not apply to payments of any kind made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes.

4. Member States may provide that this Directive, in so far as it relates to discrimination on the grounds of disability and age, shall not apply to the armed forces.

Article 4

Occupational requirements

1. Notwithstanding Article 2(1) and (2), Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

2. Member States may maintain national legislation in force at the date of adoption of this Directive or provide for future legislation incorporating national practices existing at the date of adoption of this Directive pursuant to which, in the case of occupational activities within churches and other public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief, a difference of treatment based on a person's religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person's religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation's ethos. This difference of treatment shall be implemented taking account of Member States' constitutional provisions and principles, as well as the general principles of Community law, and should not justify discrimination on another ground.

Provided that its provisions are otherwise complied with, this Directive shall thus not prejudice the right of churches and other public or private organisations, the ethos of which is based on religion or belief, acting in conformity with national constitutions and laws, to require individuals working for them to act in good faith and with loyalty to the organisation's ethos.

Article 5

Reasonable accommodation for disabled persons

In order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the

disability policy of the Member State concerned.

Article 6

Justification of differences of treatment on grounds of age

1. Notwithstanding Article 2(2), Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Such differences of treatment may include, among others:

- (a) the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection;
- (b) the fixing of minimum conditions of age, professional experience or seniority in service for access to employment or to certain advantages linked to employment;
- (c) the fixing of a maximum age for recruitment which is based on the training requirements of the post in question or the need for a reasonable period of employment before retirement.

2. Notwithstanding Article 2(2), Member States may provide that the fixing for occupational social security schemes of ages for admission or entitlement to retirement or invalidity benefits, including the fixing under those schemes of different ages for employees or groups or categories of employees, and the use, in the context of such schemes, of age criteria in actuarial calculations, does not constitute discrimination on the grounds of age, provided this does not result in discrimination on the grounds of sex.

Article 7

Positive action

1. With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to any of the grounds referred to in Article 1.

2. With regard to disabled persons, the principle of equal treatment shall be without prejudice to the right of Member States to maintain or adopt provisions on the protection of health and safety at work or to measures aimed at creating or maintaining provisions or facilities for safeguarding or promoting their integration into the working environment.

Article 8

Minimum requirements

1. Member States may introduce or maintain provisions which are more favourable to the protection of the principle of equal treatment than those laid down in this Directive.

2. The implementation of this Directive shall under no circumstances constitute grounds for a reduction in the level of protection against discrimination already afforded by Member States in the fields covered by this Directive.

CHAPTER II

REMEDIES AND ENFORCEMENT

Article 9

Defence of rights

1. Member States shall ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate conciliation procedures, for the enforcement of obligations under this Directive are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended.
2. Member States shall ensure that associations, organisations or other legal entities which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under this Directive.
3. Paragraphs 1 and 2 are without prejudice to national rules relating to time limits for bringing actions as regards the principle of equality of treatment.

Article 10

Burden of proof

1. Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.
2. Paragraph 1 shall not prevent Member States from introducing rules of evidence which are more favourable to plaintiffs.
3. Paragraph 1 shall not apply to criminal procedures.
4. Paragraphs 1, 2 and 3 shall also apply to any legal proceedings commenced in accordance with Article 9(2).
5. Member States need not apply paragraph 1 to proceedings in which it is for the court or competent body to investigate the facts of the case.

Article 11

Victimisation

Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to protect employees against dismissal or other adverse treatment by the employer as a reaction to a complaint within the undertaking or to any legal proceedings aimed at enforcing compliance with the principle of equal treatment.

Article 12

Dissemination of information

Member States shall take care that the provisions adopted pursuant to this Directive, together with the relevant provisions already in force in this field, are brought to the attention of the persons concerned by all appropriate means, for example at the workplace, throughout their territory.

Article 13

Social dialogue

1. Member States shall, in accordance with their national traditions and practice, take adequate measures to promote dialogue between the social partners with a view to fostering equal treatment, including through the monitoring of workplace practices, collective agreements, codes of conduct and through research or exchange of experiences and good practices.

2. Where consistent with their national traditions and practice, Member States shall encourage the social partners, without prejudice to their autonomy, to conclude at the appropriate level agreements laying down anti-discrimination rules in the fields referred to in Article 3 which fall within the scope of collective bargaining. These agreements shall respect the minimum requirements laid down by this Directive and by the relevant national implementing measures.

Article 14

Dialogue with non-governmental organisations

Member States shall encourage dialogue with appropriate non-governmental organisations which have, in accordance with their national law and practice, a legitimate interest in contributing to the fight against discrimination on any of the grounds referred to in Article 1 with a view to promoting the principle of equal treatment.

CHAPTER III

PARTICULAR PROVISIONS

Article 15

Northern Ireland

1. In order to tackle the under-representation of one of the major religious communities in the police service of Northern Ireland, differences in treatment regarding recruitment into that service, including its support staff, shall not constitute discrimination insofar as those differences in treatment are expressly authorised by national legislation.

2. In order to maintain a balance of opportunity in employment for teachers in Northern Ireland while furthering the reconciliation of historical divisions between the major religious communities there, the provisions on religion or belief in this Directive shall not apply to the recruitment of teachers in schools in Northern Ireland in so far as this is expressly authorised by national legislation.

CHAPTER IV

FINAL PROVISIONS

Article 16

Compliance

Member States shall take the necessary measures to ensure that:

- (a) any laws, regulations and administrative provisions contrary to the principle of equal treatment are abolished;
- (b) any provisions contrary to the principle of equal treatment which are included in contracts or collective agreements, internal rules of undertakings or rules governing the independent occupations and professions and workers' and employers' organisations are, or may be, declared null and void or are amended.

Article 17

Sanctions

Member States shall lay down the rules on sanctions applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are applied. The sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive. Member States shall notify those provisions to the Commission by 2 December 2003 at the latest and shall notify it without delay of any subsequent amendment affecting them.

Article 18

Implementation

Member States shall adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 2 December 2003 at the latest or may entrust the social partners, at their joint request, with the implementation of this Directive as regards provisions concerning collective agreements. In such cases, Member States shall ensure that, no later than 2 December 2003, the social partners introduce the necessary measures by agreement, the Member States concerned being required to take any necessary measures to enable them at any time to be in a position to guarantee the results imposed by this Directive. They shall forthwith inform the Commission thereof.

In order to take account of particular conditions, Member States may, if necessary, have an additional period of 3 years from 2 December 2003, that is to say a total of 6 years, to implement the provisions of this Directive on age and disability discrimination. In that event they shall inform the Commission forthwith. Any Member State which chooses to use this additional period shall report annually to the Commission on the steps it is taking to tackle age and disability discrimination and on the progress it is making towards implementation. The Commission shall report annually to the Council.

When Member States adopt these measures, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such reference on the occasion of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

Article 19

Report

1. Member States shall communicate to the Commission, by 2 December 2005 at the latest and every five years thereafter, all the information necessary for the Commission to draw up a report to the European Parliament and the Council on the application of this Directive.

2. The Commission's report shall take into account, as appropriate, the viewpoints of the social partners and relevant non-governmental organisations. In accordance with the principle of gender mainstreaming, this report shall, inter alia, provide an assessment of the impact of the measures taken on women and men. In the light of the information received, this report shall include, if necessary, proposals to revise and update this Directive.

Article 20

Entry into force

This Directive shall enter into force on the day of its publication in the Official

Journal of the European Communities.

Article 21

Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Brussels, 27 November 2000.

For the Council

The President

É. Guigou