



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 104

(2002–2003)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977
nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
(likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Innhold

1	Proposisjonens hovedinnhold	7	5.4	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)	17
1.1	Arbeidsmiljøloven	7		Den europeiske sosialpakt	
1.2	Lov om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer mv.	7	5.5		
Del I	Likebehandling i arbeidslivet	9	6	Nordisk rett	18
2	Sammendrag	11	6.1	Innledning	18
3	Bakgrunnen for lovforslaget	12	6.2	Sverige	18
3.1	Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering)	12	6.2.1	Konstitusjonelle regler	18
3.1.1	Innledning	12	6.2.2	Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	18
3.1.2	Direktivets innhold	12	6.2.3	Pågående endringsarbeid	18
3.1.3	Generelle bestemmelser	12	6.3	Finland	19
3.1.4	Håndheving	13	6.3.1	Konstitusjonelle regler	19
3.1.5	Dialog mellom partene i arbeidslivet	13	6.3.2	Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	19
3.1.6	Sanksjoner	13	6.4	Danmark	19
3.1.7	Implementeringsfrist	14	6.4.1	Konstitusjonelle regler	19
3.2	Rammedirektivets EØS-relevans	14	6.4.2	Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet	19
3.3	Arbeidslivslovutvalget	14	6.4.3	Pågående endringsarbeid	20
3.3.1	Utvalgets mandat	14	7	Noen sentrale problemstillinger knyttet til Arbeidslivslovutvalgets forslag til nytt kap. X A og X B om likebehandling i arbeidslivet	21
3.3.2	Arbeidslivslovutvalgets arbeid med NOU 2003:2	14	7.1	Lovstruktur	21
4	Andre pågående lovarbeid om forskjellsbehandling/diskriminering	15	7.2	Helhetlig lovregulering	21
4.1	NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering (Holgersenutvalget)	15	7.3	Håndheving	21
4.2	NOU 2001:22 Fra bruker til borger	15	8	Lovforslaget	23
5	Internasjonale forpliktelser	16	8.1	Formål og anvendelsesområde	23
5.1	Generelt	16	8.1.1	Gjeldende rett	23
5.2	ILO-konvensjoner	16	8.1.2	Direktivets regulering	23
5.2.1	ILO-konvensjon nr. 100 og 111	16	8.1.3	Høringsforslaget	23
5.2.2	ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter	17	8.1.4	Høringsinstansenes merknader	24
5.3	FN-konvensjoner	17	8.1.4.1	Formål	24
5.3.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter	17	8.1.4.2	Valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere	24
5.3.2	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering ..	17	8.1.5	Departementets vurderinger	24
5.3.3	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	17	8.1.5.1	Formål	24
			8.1.5.2	Anvendelsesområde	24
			8.1.5.3	Vernet personkrets	25
			8.2	Diskrimineringsgrunnene og forbudet mot forskjellsbehandling ..	25
			8.2.1	Gjeldende rett	26
			8.2.2	Høringsforslaget	26
			8.2.3	Høringsinstansenes merknader	26

8.2.3.1	Generelt	26	8.4.5.4	Unntak fra forbudet mot forskjells- behandling ved ansettelse.	
8.2.3.2	Etnisitet og nasjonal opprinnelse	26		Innhenting av opplysninger	42
8.2.3.3	Seksuell orientering	26	8.4.5.5	Unntak fra forbudet mot forskjells- behandling ved ansettelse i	
8.2.3.4	Religion og livssyn	27		religiøse trossamfunn	42
8.2.3.5	Funksjonshemming	27	8.5	Positiv særbehandling	42
8.2.3.6	Alder	27	8.5.1	Gjeldende rett	42
8.2.3.7	Kjønn	27	8.5.2	Direktivets reulering	42
8.2.4	Departementets vurderinger	27	8.5.3	Høringsforslaget	43
8.2.4.1	Generelt	27	8.5.4	Høringsinstansenes merknader	43
8.2.4.2	Hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse	28	8.5.5	Departementets vurderinger	43
8.2.4.3	Alder	28	8.6	Tilrettelegging av arbeid for arbeidstakere med varig redusert	
8.2.4.4	Seksuell orientering	30		arbeidsevne	43
8.2.4.5	Religion og livssyn	31	8.6.1	Gjeldende rett	43
8.2.4.6	Funksjonshemming	31	8.6.2	Høringsforslaget	44
8.2.4.7	Politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon	32	8.6.3	Høringsinstansenes merknader	44
8.2.4.8	Kjønn	32	8.6.4	Departementets vurderinger	44
8.3	Definisjoner	32	8.6.4.1	Generelt om innhold, begrepsbruk og forholdet til arbeidsmiljøloven §	
8.3.1	Gjeldende rett	32		13	44
8.3.2	Direktivets vurdering	32	8.6.4.2	Begrensninger i	
8.3.3	Høringsforslaget	33		tilretteleggingsplikten	46
8.3.4	Høringsinstansenes merknader	33	8.7	Forbud mot gjengjeldelser	46
8.3.4.1	Om begrepet forskjellsbehandling ..	33	8.7.1	Gjeldende rett	46
8.3.4.2	Direkte og indirekte forskjellsbehandling	33	8.7.2	Direktivets regulering	46
8.3.4.3	Trakassering	34	8.7.3	Høringsforslaget	46
8.3.4.4	Instruks om å forskjellsbehandle	34	8.7.4	Høringsinstansenes merknader	46
8.3.5	Departementets vurderinger		8.7.5	Departementets vurdering	47
8.3.5.1	Generelt	34	8.8	Opplysningsplikt	47
8.3.5.2	Begrepet "forskjellsbehandling"	34	8.8.1	Gjeldende rett	47
8.3.5.3	Direkte forskjellsbehandling	35	8.8.2	Høringsforslaget	48
8.3.5.4	Indirekte forskjellsbehandling	36	8.8.3	Høringsinstansenes merknader	48
8.3.5.5	Trakassering	36	8.8.4	Departementets vurderinger	48
	Arbeidstilsynets rolle	37	8.9	Bevisbyrde	48
8.3.5.6	Instruks om å forskjellsbehandle	37	8.9.1	Gjeldende rett	48
8.4	Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling	38	8.9.2	Direktivets regulering	49
8.4.1	Gjeldende rett	38	8.9.3	Høringsforslaget	49
8.4.2	Direktivets regulering	38	8.9.4	Høringsinstansenes merknader	49
8.4.3	Høringsforslaget	39	8.9.5	Departementets vurdering	49
8.4.4	Høringsinstansenes merknader	39	8.10	Virkninger av forskjellsbehandling .	50
8.4.4.1	Generelt	39	8.10.1	Gjeldende rett	50
8.4.4.2	Unntak fra forbud mot forskjellsbehandling på grunn av		8.10.2	Direktivets regulering	50
	alder	40	8.10.3	Høringsforslaget	51
8.4.5	Departementets vurderinger	40	8.10.4	Høringsinstansenes merknader	51
8.4.5.1	Unntak ved utøvelse av arbeid eller yrke	40	8.10.5	Departementets vurdering	51
8.4.5.2	Unntak fra forbud mot forskjellsbehandling på grunn av		8.10.5.1	Erstatning for økonomisk tap	51
	medlemskap i		8.10.5.2	Erstatning for ikke-økonomisk	
	arbeidstakerorganisasjon	40		skade	52
8.4.5.3	Unntak fra forbud mot forskjells- behandling på grunn av alder	41	8.10.5.3	Søksmålsfrister	53
			8.10.5.4	Ugyldighet	53
			8.11	Bruk av fullmektig	54
			8.11.1	Gjeldende rett	54
			8.11.2	Direktivets regulering	54



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 104

(2002–2003)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

*Tilråding fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet av 27. juni 2003,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Bondevik II)*

1 Proposisjonens hovedinnhold

1.1 Arbeidsmiljøloven

I proposisjonen fremmer Arbeids- og administrasjonsdepartementet et forslag til endring av arbeidsmiljøloven (aml.) som går ut på å oppheve gjeldende § 55 A og erstatte denne med et eget kapittel om likebehandling i arbeidslivet (kapittel X A), som i tillegg til å videreføre innholdet i § 55 A også gjør de tilføyelser som anses nødvendige for å sikre tilfredsstillende gjennomføring av Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. I samsvar med direktivet foreslås bestemmelsenes saklige virkeområde utvidet til å gjelde hele arbeidsforholdets forløp. Videre vil de favne noe videre enn det tradisjonelle arbeidsgiver-arbeidstaker forhold. Nytt er dessuten forbudet mot å forskjellsbehandle på grunn av alder.

For at forbudet mot forskjellsbehandling også skal gjelde ved medlemskap i arbeidstakerorganisasjon foreslås det innført et nytt kapittel X B med en egen bestemmelse om dette.

1.2 Lov om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer mv.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet foreslår å oppheve lov 5. juni 1981 nr. 45 om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer. Loven ble vedtatt 5. juni 1981 men har aldri trådt i kraft. Ettersom det har gått såpass lang tid siden loven ble vedtatt, må loven anses foreldet slik at det ikke er aktuelt å la den tre i kraft slik den fremstår.

Del I
Likebehandling i arbeidslivet

2 Sammendrag

Det foreslås å innføre to nye kapitler i arbeidsmiljøloven, kapittel X A og X B, som skal omhandle likebehandling i arbeidslivet.

Formålet med kapitlene er å fremme likebehandling i arbeidslivet og forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør. Forbudet vil således også få anvendelse på det løpende arbeidsforhold, herunder forfremmelser og fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår. Med bakgrunn i at direktivet har et videre anvendelsesområde enn arbeidsmiljøloven tradisjonelt har hatt, foreslås en bestemmelse som forbyr forskjellsbehandling ved valg av og behandling av selvstendig næringsdrivende. Også innleide arbeidstakere er foreslått beskyttet av forbudet mot forskjellsbehandling.

Forslag til § 54 B er en generell bestemmelse som inneholder et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, religion eller livssyn, hudfarge, nasjonal eller etnisk 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.

I forslag til § 54 D er unntakene fra forbudet mot forskjellsbehandling samlet. Det gis adgang til å forskjellsbehandle der dette er avgjørende for utførelsen av arbeidet. Det gis også adgang til å forskjellsbehandle arbeidstakere på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon når det gjelder tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår. Det vil også være en viss adgang til å forskjellsbehandle på grunn av alder der dette har et saklig formål. Forslaget viderefører også dagens regler om adgang til å innhente opplysninger ved ansettelse, og adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform ved ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn.

Lovforslaget gir adgang til positiv særbehand-

ling som bidrar til å fremme likebehandling, men det forutsettes at særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.

Lovforslaget inneholder videre en plikt for arbeidsgiver til å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde.

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.

Dagens bestemmelse om opplysningsplikt overfor arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med forbudet mot forskjellsbehandling foreslås videreført. Det samme gjelder regelen om delt bevisbyrde.

Når det gjelder virkningene av ulovlig forskjellsbehandling er det 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. Videre sier forslaget at bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter m.v., som er i strid med bestemmelsene i kapitlet er ugyldige.

Det foreslås også å innføre en bestemmelse som henviser til forvaltningsloven ved forvaltningsbehandling av sak om brudd på kapittel X A, men hvor det påpekes at det ikke stilles krav om medlemskap i organisasjon jfr. fvl. § 12 annet ledd.

Endelig foreslås et eget kapittel X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v. Bestemmelsen 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, da det materielle innholdet i § 55 A videreføres i forslag til nytt kapittel om likebehandling.

3 Bakgrunnen for lovforslaget

3.1 Rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering)

3.1.1 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 samt et handlingsprogram for å bekjempe diskriminering 2001–2006. Rådsdirektiv 2000/43/EF er fulgt opp av »Holgersenutvalget» i NOU 2002:12.

Alle steder hvor departementet henviser til, eller refererer fra, direktivet/direktivene er det tatt utgangspunkt i den danske språkversjonen.

3.1.2 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.

3.1.3 Generelle bestemmelser

Formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskrimi-

nering i arbeidslivet på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering (artikkel 1).

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.

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 afskedigelse 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 forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker slik det er definert i norsk arbeidsrettslovgivning, 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 rådsdirektiver.

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. Ifølge artikkel 4 kan statene bestemme at ulik behandling ikke skal anses som forskjellsbehandling hvis «den pågående egenskap på grunn av karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenheng, hvori sådanne aktiviteter udøves, utdør 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 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 erhvervsmæssigt 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 integrasjon».

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 for arbeidstakerne enn direktivets minstekrav.

3.1.4 Håndheving

Statene skal, etter direktivet artikkel 16, sikre at lover og forskrifter som strider mot likebehandlings-

prinsippet blir opphevet, og gjennom lovgivningen sikre at slike bestemmelser i kontrakter, tariffavtaler, arbeidsreglement 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 rettslige og/eller administrative instanser (. . .) med henblikk på håndhevelse av forpliktelsene 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.

3.1.5 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 arbeidsplassene, kollektive overenskomster, regler for god opførsel, forskning eller udveksling af erfaringer og god praksis». Bestemmelsen stiller ikke konkrete krav til tiltak i denne sammenheng.

3.1.6 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, seksuell orientering m.v.).

3.1.7 Implementeringsfrist

Fristen for gjennomføring av direktivet er ifølge 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.

3.2 Rammedirektivets EØS-relevans

Rådsdirektiv 2000/78/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke sammen med rådsdirektiv 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering og EUs program for å bekjempe diskriminering. Rettsaktene er hjemlet i EF-traktatens artikkel 13 om likebehandling uavhengig av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, tro, handikap, alder eller seksuell legning. Rettsaktene anses å ligge utenfor det EFTA/EØS-landene er forpliktet til å innlemme i EØS-avtalen, i og med at artikkel 13 ikke har en parallell bestemmelse i EØS-avtalen. Pakken kan likevel innlemmes i avtalen dersom EFTA/EØS-landene finner det ønskelig å utvide EØS-avtalens virkeområde til å omfatte utviklingen av og kontrollen med regler om ikke-diskriminering.

Fra norsk side har man, basert på en hensiktsmessighetsvurdering, gått inn for at hele ikke-diskrimineringspakken bør innlemmes i EØS-avtalen.

EØS-samarbeidet fungerer imidlertid slik at EFTA/EØS-landene, dvs. Norge, Island og Liechtenstein må komme fram til en felles posisjon om innlemmelse. Saken er forelagt til vurdering på EFTA-siden. Uavhengig av om direktiv 2000/78/EF innlemmes i EØS-avtalen kan Norge velge å gjennomføre tilsvarende endringer i norsk lovgivning på tradisjonelt vis.

3.3 Arbeidslivslovutvalget

3.3.1 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 fram en delinnstilling med forslag til gjennomføring av direktivet innen 17. desember 2002.»

3.3.2 Arbeidslivslovutvalgets arbeid med NOU 2003:2

Arbeidslivslovutvalget hadde 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. Spesielt gjaldt dette spørsmålet om innføring av forbud mot diskriminering på grunn av alder, som ikke tidligere har vært utredet i norsk rett. Utvalget hadde av tidsmessige grunner ikke mulighet til å utrede spørsmål/problemstillinger som ikke inngikk i EU-direktivet. Arbeidslivslovutvalget leverte sin innstilling NOU 2003:2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet* 17. desember 2002. Utvalgets enkelte forslag vil bli redegjort for i forbindelse med gjennomgangen av de enkelte bestemmelser.

4 Andre pågående lovarbeid om forskjellsbehandling/ diskriminering

4.1 NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering (Holgersenutvalget)

Lovutvalget for lov mot etnisk diskriminering – Holgersenutvalget – la fram sin innstilling 14. juni 2002. Utvalget foreslår en særskilt lov mot etnisk diskriminering som skal gjelde generelt i samfunnet, dvs. både i arbeidslivet og på andre samfunnsområder. Forslag til lov mot etnisk diskriminering er blant annet ment å implementere *Rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse* i norsk rett. Siden direktiv 2000/78/EF og direktiv 2000/43/EF i stor grad inneholder de samme formuleringer og krav, vil innholdet i forslag til nytt kapittel X A i arbeidsmiljøloven for en stor del sammenfalle innholdsmessig med forslag til lov mot etnisk diskriminering. Ved en sammenligning av lovteksten i utkast til lov mot etnisk diskriminering slik denne er foreslått i NOU 2002:12, og utkast til kapittel X A i arbeidsmiljøloven, vil man

imidlertid finne ulikheter på visse punkter, også i bestemmelser med samme materielle innhold. Når Arbeids- og administrasjonsdepartementet på enkelte punkt har valgt noe ulike formuleringer i forhold til forslag til lov mot etnisk diskriminering har dette hovedsakelig sin bakgrunn i enten ulikheter i direktivene eller gjeldende rett når det gjelder forskjellsbehandling på arbeidslivsområdet. Dette vil bli nærmere omtalt i kapittel 8 under beskrivelsen av de enkelte bestemmelser i lovforslaget.

4.2 NOU 2001:22 Fra bruker til borger

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 Manneråkutvalgets innstilling (NOU 2001:22), og skal være ferdig med sitt arbeid innen 31. desember 2004.

5 Internasjonale forpliktelser

5.1 Generelt

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.

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 teksten. 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 i den grad 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 ikke å 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 gjennom 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 ifølge praksis omfatter flere av konvensjonene også seksuell orientering.

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».

5.2 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.

5.2.1 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).

5.2.2 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 urfolkenes kultur og næringsliv. Ikke-diskriminering ligger under som viktige forutsetninger for konvensjonen, og er også nevnt eller henvist til i enkelte av konvensjonens bestemmelser.

5.3 FN-konvensjoner

5.3.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP) har flere 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 for øvrig. FNs komité for menneskerettigheter har dessuten slått fast at konvensjonene også omfatter diskriminering på grunn av seksuell legning.

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 likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling av de nevnte grunner.

5.3.2 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).

5.3.3 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.

5.4 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.

5.5 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.

6 Nordisk rett

6.1 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.

6.2 Sverige

6.2.1 Konstitusjonelle regler

Den svenske Regeringsformen, jfr. «Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform», 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.

6.2.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet

Sverige har i dag lovgivning som regulerer diskriminering i arbeidslivet i fire ulike lover: Likestillingsloven (1991:433), loven (1999:130) om tiltak mot etnisk diskriminering i arbeidslivet, loven (1999:132) om forbud mot diskriminering i arbeidslivet av personer med funksjonshemminger og loven (1999:133) om forbud mot diskriminering i arbeidslivet på grunn av seksuell legning.

Lovene har tilnærmet 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 om diskriminering på grunn av etnisitet, seksuell legning og funksjonshemming omfatter de samme diskrimineringssituasjoner – fra ansettelse via blant annet kompetanseutvikling, fremmelse og arbeidsvilkår til oppsigelse og avskjed.

Brudd på diskrimineringsforbudene gir etter loven rett til erstatning til den som har vært utsatt for diskrimineringen.

Utgangspunktet er erstatning for «den kränkning som diskrimineringen innebär». Loven skiller mellom økonomisk «skadestånd» og «allmän skadestånd». Økonomisk «skadestånd» er erstatning for det faktiske økonomiske tapet som følge av diskrimineringen. «Allmän 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.

Videre er det fastsatt bestemmelser om ugyldighet for avtaler i strid med lovens forbud.

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.

6.2.3 Pågående endringsarbeid

Utredningen «*Et utvidgat skydd mot diskriminering*» (SOU 2002:43) ble framlagt 2. mai 2002. Utredning

gen legger fram forslag til en delvis gjennomføring av de to ikke-diskrimineringsdirektivene i svensk rett. Lovene foreslås å tre i kraft innen implementeringsfristen for direktivet om etnisk diskriminering, 1. juli 2003.

I et nytt mandat har en parlamentarisk komité 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. Ifølge komitédirektiv 2000:11 *En samlad diskrimineringslagstiftning* skal utredning legges fram innen 1. desember 2004.

6.3 Finland

6.3.1 Konstitusjonelle regler

Finlands grunnlov inneholder 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 tillatt å diskriminere på grunn av forskjeller mennesker imellom.

6.3.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet

I henhold til den finske arbeidsavtalslag 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 gjelder strafflagen for brudd på diskrimineringsforbudet. Dette innebærer at brudd kan straffes med bøter eller fengsel i inntil 3 måneder.

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

Det er videre et forbud mot diskriminering ved ansettelse av personer i kommunene og i eksisterende arbeidsforhold. Diskrimineringsgrunnlagene er rase, nasjonal eller etnisk opprinnelse, hudfarge, språk, kjønn, alder, familieforhold, seksuell orientering eller helsetilstand samt religion, samfunnsyn, politisk eller faglig virksomhet eller lignende.

Ifølge lag om arbetarskyddsförvaltningen 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 overvåkingsopp-gavene.

6.4 Danmark

6.4.1 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.

6.4.2 Sivilrettslig vern på arbeidslivsområdet

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet oppstiller et forbud mot diskriminering på grunn av «race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuell orientering eller national, social eller etnisk oprindelse» 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 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 krav på å få tilkjent differensen. Dersom det skjer lønsmessig forskjellsbehandling, påhviler det arbeidsgiveren å godtgjøre at ar-

beidet det er tale om, ikke er av samme verdi. Bestemmelsen er utrykk for en delt bevisbyrde. I alle andre tilfeller enn lønnsmessig forskjellsbehandling gjelder de alminnelige regler om bevisbyrde.

Det er gjort unntak fra forbudene mot forskjellsbehandling 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. 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.

6.4.3 Pågående endringsarbeid

Det danske Indenrigsministeriet nedsatte i juni 2001 det såkalte Ligebehandlingsutvalget som fikk i oppdrag å komme med forslag til implementering av direktiv 2000/43/EF om etnisk diskriminering. Utvalget la fram sin innstilling i 18. september 2002, og forslag til lov om etnisk likebehandling ble fremsatt 29. januar 2003.

Utvalgets forslag til endringer i lov om forskjellsbehandling 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 lønnskasser- 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.

7 Noen sentrale problemstillinger knyttet til Arbeidslivslovutvalgets forslag til nytt kap. X A og X B om likebehandling i arbeidslivet

7.1 Lovstruktur

Departementet har, etter en nærmere vurdering samt etter innspill fra Justisdepartementet, funnet det formålstjenlig å gjøre enkelte justeringer i lovstrukturen. Departementets forslag til lovstruktur i kapittel X A avviker derfor noe fra Arbeidslivslovutvalgets forslag, som lagt frem i NOU 2003:2, uten at dette har hatt konsekvenser for det materielle innholdet i kapitlet.

7.2 Helhetlig lovregulering

I høringsomgangen har svært mange høringsinstanser kommentert behovet for helhetlig lovgivning på området forskjellsbehandling/diskriminering. Det etterlyses en samlet lov om forskjellsbehandling, sett i lys av de ulike lovutredningsarbeidene som nå pågår. Departementet ser at de ulike arbeidene som nå pågår på dette området aktualiserer spørsmålet om en helhetlig lovgivning i den forstand at man for eksempel opererer med en felles lov for alle typer forskjellsbehandling og alle grunnlag. Dette vil imidlertid kreve en grundig utredning, og tatt i betraktning tidsperspektivet på de ulike lovarbeidene, så vil det i første omgang bli nødvendig å operere med regulering av forbud mot forskjellsbehandling i flere lover.

Holgersenutvalget foreslår å ta etnisitet som grunnlag for forskjellsbehandling ut av arbeidsmiljøloven, og kun regulere dette i lov mot etnisk diskriminering. Departementet er ikke negativ til en slik justering i lovverket. Det vil imidlertid kreve en noe grundigere analyse, og spørsmålet vil ikke bli aktuelt før lov mot etnisk diskriminering trer i kraft. Inntil videre må etnisitet som grunnlag for forskjellsbehandling være omfattet av arbeidsmiljøloven, for å hindre hull i regelverket.

7.3 Håndheving

I motsetning til Rådsdirektivet mot etnisk diskriminering (direktiv 2000/43/EF) artikkel 13, oppstiller rammedirektivet mot diskriminering i arbeidslivet ikke krav om at det skal utpekes uavhengige organer for behandling av klager om diskriminering

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 således være tilstrekkelig å videreføre dagens rettstilstand jfr. gjeldende arbeidsmiljøloven § 55 A sjette ledd. Håndheving gjennom adgang til å fremme sivil sak foreslås videreført ved lovutkastets bestemmelse om erstatning, jfr. forslag til § 54 J.

Holgersenutvalget 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 direktiv 2000/43/EF som krever at statene utpeker ett eller flere organer for fremme av likebehandling av alle i relasjon til rase og etnisk opprinnelse.

Parallelt med høringen av Holgersenutvalgets innstilling har en interdepartemental arbeidsgruppe utredet et felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet.

Arbeidslivslovutvalget anbefaler at de aktuelle utvalgsarbeider og lovforslag på diskrimineringsområdet sees i en bredere sammenheng, og at det vurderes en helhetlig håndheving av diskrimineringsvernet. Utvalget viser til at det i Sverige for tiden pågår et større utredningsarbeid mht. helhetlig lovgivning og tilsyn/håndheving på diskrimineringsområdet.

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 felles organer for håndheving av alle diskrimineringsbestemmelsene og fremme av ikke-diskriminering. 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.

Departementet er enige med Arbeidslivslovutvalget i at det bør bestrebes å oppnå en lik håndhe-

ving av alle bestemmelsene om forbud mot forskjellsbehandling, både i arbeidslivet og i samfunnet for øvrig. I forbindelse med utredningen av et nytt tilsynsorgan med tilhørende klagenemnd i forhold til diskrimineringsgrunnene kjønn og etnisitet, er det derfor departementets oppfatning at også arbeidsmiljølovens øvrige diskrimineringsgrunnlag bør omfattes, slik at arbeidstakere som mener seg forskjellsbehandlet i strid med arbeidsmiljøloven på andre grunnlag enn etnisitet også kan ta kontakt med tilsynsorganet for evt. oppfølging. Et eksklusivt håndhevingsorgan for grunnlagene etnisitet og kjønn vil føre til at arbeidstakere som mener seg forskjellsbehandlet av disse grunner vil få andre tilgjengelige håndhevingsmuligheter enn arbeidstakere som mener seg forskjellsbehandlet på grunn av for eksempel seksuell orientering, religion eller alder.

Et slikt system vil gi seg spesielt problematiske utslag i de tilfeller hvor det kan være vanskelig å

identifisere på hvilket grunnlag en person er forskjellsbehandlet.

Felles lovgivning vil kunne forenkle gjennomføring av felles håndheving, men vil etter departementets mening ikke være en *nødvendig* forutsetning for et felles håndhevingsapparat. Kapitlet om forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven og den foreslåtte lov mot etnisk diskriminering inneholder ikke så store materielle forskjeller at det vil vanskeliggjøre felles håndheving i nevneverdig grad.

Departementet er således av den oppfatning at et eventuelt nytt organ for håndheving av diskrimineringslovverket om etnisitet og kjønn også bør omfatte arbeidsmiljølovens regulering av forskjellsbehandling og tilhørende diskrimineringsgrunnlag, og det legges fra Arbeids- og administrasjonsdepartementets side opp til at alle grunnlagene for forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven skal være underlagt det nye håndhevingsorganet når dette blir operativt.

8 Lovforslaget

8.1 Formål og anvendelsesområde

8.1.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven (aml.) har i dag en formålsbestemmelse og den finnes i aml. § 1, som angir lovens hovedmålsettinger.

Når det gjelder saklig anvendelsesområde omhandler aml. § 55 A bare diskriminering ved ansettelse, og regulerer ikke diskriminering under arbeidsforholdet eller ved avslutning av arbeidsforholdet.

Aml. § 55 A regulerer dessuten kun forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og verner ikke selvstendig næringsdrivende. Bestemmelsen omfatter heller ikke innleide arbeidstakere, da en virksomhet som leier inn arbeidskraft ikke anses å foreta en «ansettelse» som omtalt i aml. § 55 A.

8.1.2 Direktivets regulering

Formålet med rammedirektivet mot diskriminering i arbeidslivet er ifølge 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.

Formålet med rammedirektivet mot diskriminering er å bekjempe diskriminering i arbeidslivet, jfr. 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.

Ifølge rammedirektivets artikkel 3 nr. 1 gjelder direktivet på følgende områder (dansk oversettelse):

- a) vilkårene for adgang til lønnet beskjeftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervmæssig beskjeftigelse, 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, erhvervs-

sig videreuddannelse og omskolering, herunder praktisk arbejds erfaring.

- c) ansættelses- og arbejds vilkår, herunder afskedigelse og løn
- d) medlemsskab af og deltagelse i en arbejdstaker eller arbejdsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer 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 nr. 4 at statene kan unnta «de væpnede styrker» fra direktivets bestemmelser vedrørende forskjellsbehandling på grunn av alder og funksjonshemming. Dette innebærer en mulighet til, men ikke en forpliktelse til å unnta militære styrker. Innholdet i art. 3 nr. 3 og 4 er ikke spesifikt inntatt i forslaget til kapittel om likebehandling. Dette har sin årsak i at disse bestemmelsene omhandler forhold som ikke hører hjemme som en naturlig del av arbeidsmiljøloven.

Det følger av artikkel 3 nr. 1 at direktivets vern mot forskjellsbehandling gjelder alle personer, herunder blant annet «selvstendig erhvervs virksomhet» og «erhvervsmessig beskjeftigelse», så vel i offentlig som i privat sektor. Arbeidsmiljøloven omfatter i utgangspunktet bare forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jfr. § 2.

8.1.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår en egen formålsbestemmelse for kapittelet om likebehandling i arbeidslivet. Formålet er å sikre likebehandling i arbeidslivet (§ 54 A nr. 1). Det saklige anvendelsesområdet foreslås å omfatte alle sider av arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør, og det foreslås å ta inn en ikke uttømmende liste med eksempler på noen viktige sider ved arbeidsforholdet som er omfattet av diskrimineringsforbudet; utlysning av stilling, ansettelse, omplassering, forfremmelse, opplæring og annen kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår og opphør av arbeidsforholdet. Den krets av personer som foreslås vernet av

kapittelets bestemmelser vil i tillegg til arbeidstakere være selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere i den grad disse opplever forskjellsbehandling i forhold til andre aktører på arbeidsplassen på grunn av ett eller flere av diskrimineringsgrunnlagene.

8.1.4 Høringsinstansenes merknader

8.1.4.1 Formål

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) ønsker at det skal fremgå at formålet med kapittelet er å sikre likeverdig behandling i arbeidslivet, og ikke «likebehandling». Ved indirekte diskriminering er det nettopp likebehandling som er problemet. SMED ønsker dessuten at formålet også bør gjenspeiles i arbeidsmiljøloven § 1 gjennom Arbeidslivslovutvalgets øvrige revisjon av loven.

Arbeidsmiljøsenderet mener det er uheldig med en formålsbestemmelse midt i loven, og mener man bør vente med å angi formål til ny aml. § 1 foreligger, og omtale formålet der.

8.1.4.2 Valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere

Bedriftsforbundet mener denne bestemmelsen vil være uforholdsmessig inngripende i virksomheters valg av oppdragstakere.

Kommunenes sentralforbund (KS) mener det er lite heldig at selvstendig næringsdrivende omfattes av deler av loven. Dette vil innebære en radikal endring av det rettslige skillet mellom begrepene «arbeidstaker» og «selvstendig næringsdrivende».

SMED og Organisasjonen mot offentlig diskriminering mener at også personer på arbeidsmarkeds-tiltak bør være vernet.

Direktoratet for arbeidstilsynet (DAT) påpeker at det vil kunne bli vanskelig å drive tilsyn i forhold til virksomheters valg av selvstendig næringsdrivende oppdragstakere, da man i disse vurderingene også vil måtte forholde seg til ulike anbudsregler etc. DAT mener dessuten at bruk av begrepet «arbeidslivet» i kapitteloverskriften og § 54 nr. 1 ikke gir gode nok assosiasjoner i relasjon til selvstendig næringsdrivende, og hensynet til brukervennligheten tilsier derfor å omformulere kapitteloverskriften og formålsbestemmelsen.

8.1.5 Departementets vurderinger

8.1.5.1 Formål

Formålsbestemmelsen i departementets forslag avspeiler ordlyden i direktivet, som benytter begrepet «likebehandling» i dansk oversettelse. Departementet anser det som hensiktsmessig å på det nå-

værende tidspunkt angi formålet for kapittelet om likebehandling i § 54 A, for å presisere at formålet med forbudet mot forskjellsbehandling er å sikre likebehandling i arbeidslivet. I forbindelse med Arbeidslivslovutvalgets arbeid vil det imidlertid på et senere tidspunkt kunne bli aktuelt å omformulere arbeidsmiljøloven § 1 til også å omfatte formålet for kapittelet om likebehandling.

8.1.5.2 Anvendelsesområde

Departementet er enig i utvalgets vurdering av at det er behov for endringer i arbeidsmiljøloven for å gjennomføre rammedirektivets krav mht. det saklige anvendelsesområdet. Det foreslås derfor en bestemmelse i utkastet § 54 A nr. 2, bokstav a)-d) som slår fast at forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle sider ved arbeidsforholdet, fra utlysning av stilling til opphør. Det vil imidlertid ikke være mulig å liste opp alle tenkelige situasjoner i et arbeidsforhold hvor forbudet mot forskjellsbehandling kommer til anvendelse. Departementet foreslår derfor at det tas inn en ikke uttømmende liste med eksempler på noen viktige sider ved arbeidsforholdet som er omfattet av diskrimineringsforbudet, jf. bokstavene a)-d) i forslaget. Departementet finner ikke grunn til å foreta nærmere presiseringer av at forbudet mot forskjellsbehandling omfatter det som i dag er regulert av aml. § 55 A, første ledd. Dette går klart fram av forslaget, som nevner «utlysning av stilling» og «ansettelse» som eksempler på saklige anvendelsesområder for forbudet mot forskjellsbehandling. Intervjusituasjonen vil således for eksempel være omfattet.

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 m.v.) og om overtidsbetaling (§ 49 nr. 3). Ellers er lønnsfastsettelse og regulering av lønn tradisjonelt overlatt til partene. Der det er tariffavtale, vil denne fastsette ufravelige normer for lønnsberegningen.

For å gjennomføre rammedirektivet er det nødvendig å innføre et forbud mot diskriminering også ved lønnsfastsettelse, og etter departementets oppfatning er det ingen andre lover enn arbeidsmiljøloven som passer bedre for slik regulering. Departementet foreslår derfor, i likhet med Arbeidslivslovutvalget, at det presiseres i loven at forbudet mot forskjellsbehandling etter kapittel X A også gjelder for lønnsvilkår.

8.1.5.3 Vernet personkrets

For å gjennomføre ramedirektivet er det nødvendig å utvide anvendelsesområdet for reglene om forbud mot forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven avgrensner i dag mot selvstendig næringsdrivende, men det finnes flere eksempler på at arbeidsmiljøloven er gjort gjeldende for denne gruppen, for eksempel er flere forskrifter gjort gjeldende for enmannsbedrifter, med hjemmel i aml. § 2 nr. 5 og § 2 nr. 7. Til tross for at selvstendig næringsdrivende i utgangspunktet ikke er omfattet av arbeidsmiljøloven, mener departementet at det er likevel er mest nærliggende å regulere diskrimineringsvernet for denne gruppen i arbeidsmiljøloven.

Det kan i utgangspunktet ikke oppstilles noen god grunn til å behandle selvstendig næringsdrivende oppdragstakere og innleide arbeidstakere annerledes enn arbeidstakere når det gjelder forbud mot forskjellsbehandling på grunn av de i § 54 B nr. 1 nevnte forhold. Departementet anser således ikke bestemmelsen som uforholdsmessig inn- gripende i virksomhetens frihet til å velge sine oppdragstakere.

Kapittelet gjelder ikke for personer på arbeidsmarkedstiltak og det vil heller ikke være hensiktsmessig å foreta skritt for å besørge dette i denne omgang.

Arbeidstilsynet er kun foreslått tillagt tilsynskompetanse i forhold til forskjellsbehandling i form av trakassering. Det har således formodningen mot seg at praktiseringen av tilsynet vil vanskeliggjøres på grunn av manglende kunnskap om anbudsregler etc. og denne typen forskjellsbehandling sannsynligvis ikke vil bli den mest fremtredende ved anbudsrunder.

8.2 Diskrimineringsgrunnene og forbudet mot forskjellsbehandling

8.2.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A, første ledd setter forbud mot å kreve at arbeidssøkere skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, herunder om de er medlemmer av lønnskasserorganisasjoner. Tilsvarende gjelder for opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller homofile samlivsform. Bestemmelsen åpner imidlertid for unntak, dersom slike opplysninger er «begrunnet i stillingens ka-

rakter 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 § 55A annet ledd oppstiller et forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelse og omhandler diskrimineringsgrunnene rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform og funksjonshemming. Selv om religion ikke uttrykkelig er nevnt i ordlyden, er det forutsatt i lovforarbeidene at diskriminering på grunnlag av religion også vil være omfattet av forbudet i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd. Det vises i den forbindelse til Ot. prp. nr. 67 (1996–97) side 46. Bestemmelsen fikk sin utforming i forbindelse med lovendringer i 1998 (Ot.prp. nr. 67, 1996–97) og 2000 (Ot.prp. nr. 34, 2000–2001), delvis som en følge av ILO-konvensjon 111 om diskriminering i arbeidslivet, som omhandler rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, og dels på bakgrunn av den konkrete behandlingen av lovfor- slaget i Stortinget, hvor homofil legning og homofil samlivsform kom med i Innst. O. nr. 27 (1997–98). Funksjonshemmede ble tatt inn som eget diskrimineringsgrunnlag i 2000, på bakgrunn av privat lov- forslag. På dette tidspunktet var EU's «antidiskrimi- neringspakke» dessuten under utarbeidelse, hvor diskriminering pga. funksjonshemming er spesifikt nevnt i direktiv 2000/78/EF.

Arbeidsmiljøloven § 12 omhandler ikke for- skjellsbehandling direkte, men oppstiller bl.a. for- bud mot trakassering av arbeidstakere. En arbeids- taker som for eksempel blir mobbet pga. sin hud- farge eller sin funksjonshemming vil således være vernet av § 12.

Arbeidsmiljøloven § 60 og § 66 omhandler hhv. vern mot usaklig oppsigelse og avskjed. Aml. § 60 krever at en oppsigelse må være saklig. En arbeids- taker som for eksempel blir sagt opp kun på grunn av at han/hun står frem som homofil vil normalt ikke være saklig.

Likestillingsloven omhandler forskjellsbehand- ling på grunn av kjønn og har som formål å fremme likestilling mellom kjønnene i alle relasjoner, også i arbeidslivet. Diskrimineringsforbudet er presisert for arbeidslivet i §§ 4–6 om ansettelser, oppsigel- ser, lønn og utdanning mv.

Straffeloven § 135a omhandler offentlig kren- kelse på grunn av trosbekjennelse, rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, og ved lov av 8 mai 1981 nr 14 ble loven endret til også å omfatte «krenkelser overfor en person eller en gruppe på grunn av deres homofile legning, leveform eller ori- enterings.»

8.2.2 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår at arbeidsmiljøloven skal inneholde et forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming og alder. Direktivet omfatter diskrimineringsgrunnene religion, tro, funksjonshemming alder og seksuell orientering. Utvalgets høringsforlag viderefører diskrimineringsgrunnene nasjonal opprinnelse, funksjonshemming og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon fra gjeldende rett. Forslaget inkluderer dessuten diskrimineringsgrunnen «alder», som omfattes av rammedirektivet, og benytter dessuten begrepet «etnisitet» som en samlebetegnelse for det som i gjeldende aml. § 55 A omtales som «rase, hudfarge og (...) etnisk opprinnelse». Begrepet «homofil legning og homofil samlivsform» i gjeldende aml. § 55 A foreslås endret til «seksuell orientering». Begrepet «livssyn» tas inn som diskrimineringsgrunn i tillegg til «religion». Diskrimineringsgrunnen «kjønn» er dessuten foreslått tatt inn, men med en henvisning til likestillingsloven slik at forskjellsbehandling på grunn av kjønn rammes fullt ut av likestillingsloven.

8.2.3 Høringsinstansenes merknader

8.2.3.1 Generelt

Kommunal- og regionaldepartementet forutsetter at «medlemskap i arbeidstakerorganisasjon» også betyr at forbudet gjelder diskriminering pga. av at man ikke er medlem i arbeidstakerorganisasjon, dvs. en videreføring av arbeidsmiljøloven § 55 A slik Høyesterett har tolket bestemmelsen.

Sosial- og helsedirektoratet, Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring (LLH), Nettverk for kvinner med funksjonshemming, Funksjonshemmedes fellesorganisasjon (FFO) og Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL) avgir alle høringsuttalelser som gir uttrykk for at lovteksten enten kun bør ha en generell ordlyd isteden for å nevne spesifikke diskrimineringsgrunnlag, eller ha et tillegg av typen «eller andre forhold», slik at det åpnes for en mer dynamisk lovtekst.

Direktoratet for arbeidstilsynet mener det bør vurderes å ta inn flere grunnlag, jfr. FN's konvensjoner på området, som omhandler bl.a. «nasjonal- eller sosial opprinnelse», «fødsel eller status for øvrig» og «språk».

8.2.3.2 Etnisitet og nasjonal opprinnelse

Norsk senter for menneskerettigheter anser det som lite gjennomtenkt å benytte begrepet «nasjonal opp-

rinnelse» sammen med «etnisitet», da «nasjonal opprinnelse» i menneskerettighetsinstrumenter tolkes som en persons opprinnelige statlige opphav, mens «nasjonalitet» derimot henseiler på nåværende nasjonal tilknytning. Primært bør man ikke regulere etnisitet i arbeidsmiljølovens ikke-diskrimineringsbestemmelser, men avvente lov mot etnisk diskriminering.

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) mener at når lov mot etnisk diskriminering trer i kraft bør arbeidsmiljøloven endres slik at lov mot etnisk diskriminering får forrang (tilsvarende diskrimineringsgrunnen «kjønn» i forhold til likestillingsloven i forslag til aml. § 54 A nr. 2).

Antirasistisk senter ønsker at loven fremdeles skal bruke begrepet «rase» og «hudfarge», og mener at det å fjerne disse begrepene representerer en uthuling av innholdet i dagens regelverk. Antirasistisk senter mener at det å fjerne «rase» kan bidra til å svekke begrepet «rasisme», noe som vil være svært uheldig.

Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD) foreslår at alle diskrimineringsgrunnlagene som finnes i dagens aml. § 55 A opprettholdes, for å hindre at vernet innskrenkes. OMOD ønsker en eksplisitt benevning av grunnene religion, livssyn, hudfarge, rase, etnisk eller nasjonal opprinnelse, statsborgerskap, språk og tilknytning til nasjonal minoritet. OMOD foreslår i tillegg at statsborgerskap tas inn som diskrimineringsgrunn.

Justisdepartementet er enige i bruken av begrepet «etnisitet» men stiller spørsmål ved om det er nødvendig å ha med «nasjonal opprinnelse» i tillegg.

8.2.3.3 Seksuell orientering

Kommunenes sentralforbund (KS) mener man i tillegg til å avgrense mot kriminell adferd også må avgrense mot handlinger som strider mot alminnelig sedelighetsnorm.

Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring (LLH) ønsker å benytte begrepet «homofil orientering». LLH mener at det ikke er nødvendig å bruke «seksuell orientering» dersom meningen kun er å innlemme lesbiske og bifile, da disse allerede omfattes av begrepet «homofil». LLH finner det underlig at man endrer lovteksten for å inkludere heteroseksuelle, som antakelig er den gruppen som har minst behov for vern, uten at lovteksten blir endret til å verne andre grupper som har reelt behov for vern, for eksempel transkjønnede. LLH ønsker primært å bruke begrepet «seksuell orientering», men da forutsatt at det gir en vid betydning.

Kristne friskolers forbund påpeker at seksuell orientering må avgrenses mot kriminell adferd, for ek-

sempel pedofili, og mener dessuten det er uheldig at man ikke skiller mellom tilbøyelighet og adferd.

8.2.3.4 Religion og livssyn

Kommunenes sentralforbund (KS) påpeker at direktivet bruker «religion» og «tro» som alternative begrepet, noe som bør tilsi at det er den eksplisitte og religiøse tro som omfattes. Tro som ikke er knyttet til en eksplisitt religion eller trosutøvelse som utøves via en (tros)gruppe bør således ikke anses som «tro».

Kirkens arbeidsgiverorganisasjon (KA) ønsker en henvisning til kirkeloven § 29, som sier at kirkelig tilsatte og ombud og lærere ved teologisk fakultet skal være medlem av Den norske kirke, samt gravferdsloven § 22, som sier at kravet til medlemskap i Den norske kirke ikke gjelder for tjenestemenn med oppgaver alene knyttet til kirkegård, gravkapell og krematorium.

8.2.3.5 Funksjonshemming

Kommunenes sentralforbund (KS) mener funksjonshemming må avgrenses til kun å omfatte de for arbeidsgiver kjente og konstaterbare funksjonshemminger. Et omfattende funksjonshemmingsbegrep vil kunne føre til at bevisbyrden som er tillagt arbeidsgiver blir umulig å oppfylle.

Norges handikapforbund ønsker at man i lovteksten bytter ut «funksjonshemming» med «funksjonsnedsettelse», og ønsker dessuten en presisering i forarbeidene av at klare og anerkjente medisinske diagnoser ikke skal være en forutsetning for å bli betraktet som en person med funksjonsnedsettelse.

8.2.3.6 Alder

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) etterlyser en grundigere konsekvensanalyse av å innføre alder som diskrimineringsgrunnlag, og reagerer på at Norge, som ikke er bundet av direktivet og ikke har deltatt i arbeidet med utarbeidelsen av det, likevel skal gjennomføre diskrimineringsvern i forhold til alder innen implementeringsfristen.

Sosialdepartementet ønsker en nærmere behandling av forholdet mellom forbudet mot diskriminering pga. alder og for eksempel bestemmelser om en generell øvre aldersgrense med hjemmel i tjenestemannsloven.

Senter for seniorpolitikk mener det er beklagelig at aldersgrensen på 70 år i aml. § 60 blir stående, og mener dette representerer ulovlig diskriminering pga. alder.

Statens Seniorråd etterlyser en nærmere vurdering av forbudet mot aldersdiskriminering sett i forhold til «gjeldende bestemmelse om øvre aldersgrense for deltakelse i arbeidslivet, samt (..) de mange særaldersgrensene vi har i norsk lovgivning».

8.2.3.7 Kjønn

Kommunenes sentralforbund (KS) mener det er uheldig å ha med diskrimineringsgrunnen «kjønn» når dette ikke har noen reell rettsvirkning. KS mener dette fører til rettsusikkerhet isteden for klarhet.

Likestillingsombudet gir sitt tilslag til at «kjønn» som diskrimineringsgrunn tas med i forslag til aml. § 54 A, og at det henvises til likestillingsloven. *Datilsynet* og *Den norske Advokatforening* har tilsvarende høringsuttalelser.

8.2.4 Departementets vurderinger

8.2.4.1 Generelt

For å gjennomføre direktivet er det behov for å innføre alder som diskrimineringsgrunn i tillegg til de som er omfattet av gjeldende aml. § 55 A.

Departementet merker seg at enkelte av høringsinstansene ønsker at ytterligere diskrimineringsgrunnlag skal inkluderes i loven, eventuelt at loven formuleres på en måte som gir åpning for at flere diskrimineringsgrunnlag kan omfattes etter en konkret vurdering. Det kan fremlegges gode argumenter for at loven ikke skal ha en uttømmende oppregning av hvilke diskrimineringsgrunner som er vernet av loven. Det er imidlertid også verdt å påpeke at en mindre spesifikk oppregning i større grad vil kunne medføre rettsusikkerhet i forhold til hvem som er omfattet av diskrimineringsvernet. Bestemmelsene gir både rettigheter og plikter, og det er derfor av betydning at rettstilstanden gjøres så klar som mulig gjennom lovteksten. Departementet velger å beholde den oppregning av diskrimineringsgrunner som er foreslått, uten ytterligere konkretiserte diskrimineringsgrunner eller et eventuelt generelt tillegg som åpner for å inkludere andre lignende grunner. Dette fordi lovendringen i denne omgang hovedsakelig har som formål å videreføre bestemmelsene i aml. § 55 A, samt gjøre de tilføyelser som er nødvendige i forhold til en implementering av rammedirektivet.

Når det gjelder innholdet i forbudsbestemmelsen presiserer departementet at bestemmelsen også omfatter det som i gjeldende rett reguleres i aml. § 55 A første ledd, dvs. forbudet mot innhenting av opplysninger om hvordan søkere stiller seg til poli-

tiske, religiøse og kulturelle spørsmål, samt deres eventuelle homofile legning eller homofile samlivsform. Det vises for øvrig til pkt. 8.4.5.4.

8.2.4.2 Hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse

Rammedirektivet regulerer ikke forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse. Dette reguleres i Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse. Dette direktivet er i NOU 2002:12 (Holgersenutvalget) foreslått gjennomført ved ny lov mot etnisk diskriminering. Holgersenutvalget har foreslått å bruke begrepet «etnisk diskriminering» som en samlebetegnelse for diskriminering på grunn av «rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse». Foreløpig har en slikt samlebetegnelse ikke vært benyttet i norsk lovgivning. Med bakgrunn i Holgersenutvalgets innstilling foreslo Arbeidslivslovutvalget i NOU 2003:2 å benytte «etnisitet» som et samlebegrep for det som i dagens lovtekst omtales som «rase, hudfarge og (...) etnisk opprinnelse». Kommunal- og regionaldepartementet er nå inne i en prosess for oppfølging av Holgersenutvalgets innstilling, hvor det nærmere innholdet i begrepet «etnisitet» er under utredning. Resultatet av denne prosessen er ikke klart på det nåværende tidspunkt og departementet finner det derfor mest hensiktsmessig å videreføre dagens lovformulering, dvs. begrepene «hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse» inntil endelige beslutninger er tatt i den forbindelse.

Når det gjelder det nærmere innholdet i begrepene «hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse» var hovedsiktemålet med arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd, som ble vedtatt ved lov av 30. april 1998, 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. Det vises for øvrig til Ot.prp. nr. 67 (1996–97) s. 46 flg.

Begrepet «rase», som også er en del av gjeldende rett, foreslår departementet i likhet med Arbeidslivslovutvalget – ikke videreført som diskrimineringsgrunn. «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 teorianer om at det finnes forskjellige menneskelige ra-

ser. Å benytte «rase» i lovteksten vil således kunne oppfattes som en form for legalisering av begrepsbruken, som departementet ikke ønsker å formidle. Innholdet i begrepet «rase» må anses å være dekket av «hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse».

Departementet merker seg at *Antirasistisk senter* stiller seg skeptisk til å fjerne begrepet «rase» fra loven, da dette «innebærer at også begrepet rasisme ikke kan være relevant lenger». Departementet stiller seg tvilende til at en utelukkelse av selve begrepet «rase» i loven vil føre til en svekkelse av «rasisme» som begrep, og anser ikke dette argumentet som tilstrekkelig tungtveiende til å fortsatt benytte «rase» som begrep i lovteksten.

Når det gjelder forholdet til Holgersenutvalgets forslag til lov mot etnisk diskriminering har det i høringsomgangen kommet enkelte kommentarer som går på at etnisk diskriminering i arbeidslivet bør være omfattet av arbeidsmiljøloven, selv etter en eventuell ikrafttredelse av lov mot etnisk diskriminering, eventuelt på tilsvarende måte som «kjønn» er tatt med i herværende forlag, med en henvisning til spesialloven. Enkelte høringsinstanser mener man bør avvende regulering av etnisk diskriminering til lov mot etnisk diskriminering er trådt i kraft. Departementet har i denne omgang ikke tatt stilling til om hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse som diskrimineringsgrunner bør tas ut fra arbeidsmiljøloven, og kun omfattes av lov mot etnisk diskriminering når denne trer i kraft. Da forslaget til lov mot etnisk diskriminering for tiden ikke er behandlet, er departementet av den oppfatning at gjeldende forbud i arbeidsmiljøloven mot forskjellsbehandling på grunn av hudfarge, nasjonal opprinnelse og etnisk opprinnelse må opprettholdes inntil videre.

8.2.4.3 Alder

Etter departementets syn foreligger det gode grunner for å innføre et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder i arbeidslivet. Arbeidslivslovutvalget viser til flere undersøkelser vedrørende eldre arbeidstakere. I en undersøkelse som MMI foretok våren 2002 for Senter for seniorpolitikk kom det fram at 1/3 av yrkesaktive nordmenn tror at arbeidstakere svært ofte eller ofte blir diskriminert på grunn av alder. 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 intervjuet 600 næ-

ringslivsledere og 1000 representanter fra befolkningen generelt.

FAFO har gjort en analyse av tidligpensjonering og bruk av avtalefestet pensjon (AFP) i privat sektor (Fafo-rapport 2000:385, Tove Midtsundstad: «AFP-pensjonisten - sliten eller frisk og arbeidsfør?»). 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.

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. Direktivet inneholder ikke noen definisjon av alder, men må antas å gjelde alle former for aldersdiskriminering, både på grunn av høy og lav alder. Arbeidslivslovutvalget legger dette til grunn, og departementet støtter denne tolkningen. 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.

Arbeidsmiljøloven § 12 forbyr trakassering og mobbing av ulik art, og dette vil også gjelde trakassering og mobbing på grunn av en persons alder. For øvrig 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 arbeidstydelse 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. Alder vil

således kunne være et relevant moment i vurderingen.

Det har i høringsomgangen blitt etterlyst en nærmere drøftelse av forholdet mellom forbudet mot diskriminering pga. alder og aml. § 60 nr. 3, samt øvrige særaldersgrenser i lovverk og avtaleverk.

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 som begrunnelse, eller er den reelle 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. Aml. § 60 nr. 3 utelukker imidlertid ikke at en oppsigelse kan være saklig av andre grunner enn oppnådd pensjonsalder etter folketrygden. Bestemmelsen er som utgangspunkt heller ikke forstått slik at den i seg selv utelukker en virksomhet fra å praktisere en generell, lavere aldersgrense slik at arbeidsforholdet bringes til opphør når den aktuelle alder er nådd. Her vil det imidlertid være av stor betydning om aldersgrensene knyttes sammen med en pensjonsordning, samt om aldersgrensen er generell og konsekvent håndhevet og arbeidstakeren er kjent med ordningen. En del av formålet med å innføre et forbud mot aldersdiskriminering er å sikre en lik adgang og mulighet til sysselsetting uavhengig av alder, så lenge dette er forsvarlig. Hvorvidt aml. § 60 nr. 3 er problematisk i forhold til direktivet er et komplisert spørsmål. Denne delen av direktivet er i liten grad implementert i EU's medlemsland, og det finnes heller ikke rettspraksis fra EU-domstolen som kan bidra til å kaste lys over problemstillingen. Arbeidslivslovutvalget arbeider for tiden med revisjon av hele arbeidsmiljøloven, herunder kapittel XII om stillingsvern og § 60 nr. 3. Departementet finner på det nåværende tidspunkt at det anses mest hensiktsmessig å overlate til utvalget å trekke endelige konklusjoner vedrørende lovligheten av denne bestemmelsen i forhold til direktivet, og evt. foreta endringer i § 60 nr. 3. Departementet legger på det nåværende tidspunkt til grunn at aml. § 60 nr. 3 kan videreføres ved en implementering av direktivet.

Det følger av punkt 14 i rammedirektivets fortale at direktivet «berører ikke nationale bestemmelser vedrørende fastsettelse av pensjonsalder» 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. I dagens rettsstilstand finnes det bestemmelser/klausuler om avgangsalder og pensjonsordninger både i lov, for-

skrift, tariffavtaler og individuelle avtaler. Enkelte av bestemmelsene om aldersgrenser er basert på helsemessige og/eller sikkerhetsmessige forsvarlighetsvurderinger relatert til yrkesutførelse. Denne typen aldersgrenser vil med stor grad av sannsynlighet ikke bli rammet av forbudet mot aldersdiskriminering, men komme inn under unntaket som reguleres i direktivet art. 6, dvs. at forskjellsbehandlingen har et saklig formål og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige.

Aldersgrenser som ikke har sin bakgrunn i forsvarlighetsvurderinger, men i hovedsak er basert på at tjenestepensjonsordninger trer i kraft i form av utbetaling av penger fra en forsikringsordning ved en bestemt oppnådd alder, kan det muligens i større grad stilles spørsmål ved i forhold til direktivet, spesielt dersom det ikke er valgfritt for den enkelte arbeidstaker om vedkommende vil benytte seg av muligheten til å gå av når aldersgrensen er nådd. Når det gjelder rettspraksis i forhold til tariffavtaler med aldersgrenser for avgang finnes det bl.a. to Lagmannsrettsdommer som berører dette, den ene fra 1986 i Agder Lagmannsrett (NAD 1986 207), og den andre fra 1996 i Borgarting Lagmannsrett (LB-1995–01486d.). Disse dommene konkluderer begge med at man som arbeidstaker er pliktig å fratrukke sin stilling på visse vilkår ved avtalt avgangsalder. Problemstillingen har imidlertid ikke vært prøvd i domstolene i den senere tid, og det er vanskelig å vurdere om retten hadde kommet fram til samme resultat i dagens situasjon.

Departementet legger imidlertid til grunn at en innføring av et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder *ikke* skal rokke ved dagens rettstilstand. Forbudet mot aldersdiskriminering er således ikke ment å innebære et forbud mot å innføre eller opprettholde bestemmelser og avtaleklausuler som fastsetter en bestemt avgangsalder.

Hvorvidt denne typen ordninger kan og bør opprettholdes i forhold til direktivet krever en bred utredning og konsekvensvurdering før endelig konklusjon kan trekkes. Departementet foreslår at det igangsettes et arbeid med en utredning om dette spørsmålet, og vil komme tilbake til forholdet i forbindelse med oppfølgingen av Arbeidslivslovutvalgets utredning.

8.2.4.4 Seksuell orientering

Departementet støtter Arbeidslivslovutvalgets forslag om å endre begrepet homofil legning og samlivsform siden direktivet forutsetter at også heteroseksualitet skal være omfattet av forbudet mot forskjellsbehandling. Begrepet «homofil legning» som

brukes i arbeidsmiljøloven § 55 A har et snevrere omfang enn begrepet «seksuell orientering», som er brukt i rammedirektivet, idet det ikke fanger opp de heteroseksuelle. Det vil derfor være behov for å endre begrepet for å gjennomføre direktivet.

Flere høringsuttalelser har tatt opp forholdet til ulik seksuell adferd i forhold til begrepet «seksuell orientering», og i likhet med det svenske forslaget til gjennomføring av direktivet i SOU 2002:43, ønsker departementet 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». Departementet finner ikke at begrepet «seksuell orientering» er egnet til å misforstå i retning av at det også omfatter for eksempel pedofiler, da dette ikke er en «seksuell orientering», men en adferd, og ser derfor ikke grunn til å presisere dette nærmere i lovteksten.

Arbeidslivslovutvalget har vurdert om begrepet «seksuell legning» eller «seksuell orientering» bør benyttes i den norske lovteksten. De fleste oversettelser av direktivet benytter et begrep som tilsvarende «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 nekting av varer og tjenester (§ 349a) overfor en person på grunn av hans «homofile legning, leveform eller orientering». I forarbeidene til bestemmelsene er det vist til høringsuttalelsen fra *Fellesrådet for homofile organisasjoner i Norge* som sier at «begrepet «legning» brukes til å betegne medfødte egenskaper, og gir assosiasjoner både om årsaksforhold og verdivurdering». 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 Fellesrådet 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 forkant av Arbeidslivslovutvalgets innstilling (NOU 2003:2) ble det gjennomført et høringsmøte med interesseorganisasjonene. Her fremkom det samme syn fra de homofiles interesseorganisasjon som Fellesrådet gav uttrykk for i forbindelse med endringene i straffeloven. Departementet er enig i utvalgets vurderinger og foreslår å benytte begrepet «seksuell orientering» i lovutkastet. Departementet legger til grunn at «seksuell orientering» vil kunne omfatte noe mer enn «seksuell legning», men anser det på den måten som et vidtfavnende begrep, slik at det ikke er behov for å bruke begge begreper i lovteksten. På samme måte må «homofil samlivsform» anses å fanges opp av begrepet «seksuell orientering».

Begrepet seksuell orientering vil altså omfatte homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle. Transkjønnede er ikke vernet av bestemmelsen.

8.2.4.5 Religion og livssyn

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

«Religion» ligger etter departementets mening allerede inn under § 55 A i dag, selv om dette ikke fremkommer uttrykkelig av ordlyden. Det anses imidlertid som mest hensiktsmessig 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.

Arbeidslivslovutvalget har valgt å bruke begrepet «livssyn» i sitt forslag. 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. Departementet legger til grunn at direktivets formål er å favne videre. 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 inn tatt 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, bekjennesskrift,

trossamfunn, og *konfessionsløs* – 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.

Departementet er enig med Arbeidslivslovutvalget i antakelsen om at på norsk vil begrepet «livssyn» gi god veiledning og samtidig være innholdsmessig dekkende for direktivets innhold på dette punkt, og foreslår derfor å anvende dette.

Departementet finner også på bakgrunn av høringsuttalelse fra *Kirkens arbeidsgiverorganisasjon (KA)* grunn til å presisere at forbudet mot diskriminering på bakgrunn av religion og livssyn ikke rammer lovfestede krav til medlemskap i Den norske kirke, som for eksempel kirkeloven § 29 som stiller dette kravet for kirkelig tilsatte og ombud og lærere ved teologisk fakultet. Denne bestemmelsen vil ikke omfattes av arbeidsmiljølovens forbud mot forskjellsbehandling, da dette kravet må anses for å ha et saklig formål, og dessuten være hensiktsmessig og nødvendig, slik at det omfattes av den generelle unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 1, nærmere omtalt under pkt. 2.7.4.5.1. Det må anses nødvendig for utøvelsen av de i kirkeloven § 29 nevnte yrker at man bekjenner seg til den kristne tro. Det vises for øvrig til pkt. 8.4.5.4 og 8.4.5.5.

8.2.4.6 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 1980 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.

Departementet har i høringsomgangen mottatt flere høringsuttalelser som tar opp problematikken rundt begrepsbruk i forhold til diskrimineringsgrunnen «funksjonshemming», hvor det påpekes at en funksjonshemming må sees i forhold til relasjonene personer opptrer i. Når funksjonshemming oppstilles som grunnlag for forskjellsbehandling har departementet ikke ment å kun relatere dette til forholdet mellom fysisk/psykisk svekkelse og omgivelsene, men også til den fysiske eller psykiske svekkelse som sådan. Forbudet mot forskjells-

behandling pga. funksjonshemming skal også ramme rene fordommer mot personer med funksjonsnedsettelse.

8.2.4.7 Politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er en videreføring av forbudet i aml. § 55 A første ledd. Forholdet er ikke regulert av rammedirektivet, men følger av internasjonale konvensjoner, jfr. bl.a. ILO-konvensjon nr 111, som omfatter diskriminering på grunnlag av politisk syn. Bestemmelsen skal tolkes slik at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon også gjelder forskjellsbehandling på grunn av at man *ikke* er medlem av arbeidstakerorganisasjon.

8.2.4.8 Kjønn

Rammedirektivet forbyr ikke forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Forbud mot kjønnsdiskriminering er regulert i rådsdirektiv 76/207/EØF. Departementet er imidlertid av den oppfatning at arbeidsmiljøloven bør gi en fullstendig oversikt over diskrimineringsgrunnlagene som er regulert i arbeidslivet, og foreslår derfor at kjønn tas med i opplistingen av diskrimineringsgrunnlag i utkastets forbudsbestemmelse. På denne måte vil kapitlet bli mer brukervennlig og helhetlig. Forskjellsbehandling på grunn av kjønn vil altså være forbudt både i henhold til arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Departementet finner imidlertid grunn til å presisere at i den grad det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, vil forholdet reguleres fullt ut av likestillingsloven. Dette går også frem av lovteksten. Dette betyr at en person som mener seg forskjellsbehandlet pga. kjønn *ikke* kan velge hvilket regelverk vedkommende vil forholde seg til. Forholdet vil kun reguleres av likestillingsloven.

Departementet registrerer av høringsuttalelsene at det i all hovedsak er stor enighet om at diskrimineringsgrunnen «kjønn» bør være omtalt i arbeidsmiljøloven på den måten som er foreslått. *Likestillingsombudet* sier for eksempel at dette «er med på å tydeliggjøre helheten i reguleringen av forbudet mot diskriminering i arbeidslivet».

8.3 Definisjoner

8.3.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd, annet punktum definerer forskjellsbehandling som «enhver

handling som uten saklig grunn direkte eller indirekte stiller personer ulikt på grunn av rase, hudfarge, etnisk eller nasjonal opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming». Bestemmelsen definerer ikke direkte og indirekte diskriminering nærmere, men forarbeidene til § 55 A sier om indirekte forskjellsbehandling at det «dreier seg om usaklig forskjellsbehandling hvor det utad gis en annen begrunnelse, men som virker diskriminerende» (Ot.prp. nr. 67 1996–97 s. 47).

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 utdyper hva som ligger i begrepet.

Det fremgår av bestemmelsens forarbeider (jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993–94)) 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 trakasseringsbegrepet vil ha varierende uttrykk i ulike miljøer og til forskjellige tider. I likhet med direktivet, stiller også arbeidsmiljøloven § 12 krav om at arbeidet skal tilrettelegges på en slik måte at den ansattes verdighet ikke krenkes.

Det finnes i norsk rett ikke 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.

8.3.2 Direktivets vurdering

Ifølge direktivet art. 2 nr. 2, bokstav a) er det å anse som direkte forskjellsbehandling når en person på grunn av noen av de opplistede diskrimineringsgrunnene behandles dårligere enn en annen behandles, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Indirekte diskriminering foreligger iht. art. 2 nr 2, bokstav b) hvis en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse vil stille personer med en bestemt religion, tro, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering dårligere enn andre.

Ved tolkning av direktivet er det ikke spesielt mange andre holdepunkter enn de 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.

Ifølge rammedirektivet art 2 nr. 3 skal trakassering anses som forskjellsbehandling.

I rammedirektivets definisjon av trakassering inngår både et subjektivt og et objektivi 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. Det følger av rammedirektivet at medlemsstatene står fritt til å definere begrepet «trakassering» i overensstemmelse med nasjonal lovgiving og praksis.

Enhver instruksjon om å forskjellsbehandle en person av en av grunnene i art. 1, skal iht. art. 2 nr. 4 også anses som forskjellsbehandling.

8.3.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår å lovfeste nærmere definisjonene av diskriminering. Med direkte forskjellsbehandling menes at en person av grunnene kjønn, religion, livssyn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder, behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. 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 B nr. 1, med mindre formålet er saklig, og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige. Trakassering defineres også inn under begrepet «forskjellsbehandling». Det anses som trakassering når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.

8.3.4 Høringsinstansenes merknader

8.3.4.1 Om begrepet forskjellsbehandling

Departementet har mottatt flere høringsuttalelser som tar opp forholdet mellom begrepene «diskriminering» og «forskjellsbehandling». *Kristne friskolers forbund*, *Kirkens arbeidsgiverorganisasjon*, *Statens råd for funksjonshemmede* og *Senter mot etnisk diskriminering (SMED)* mener alle at man bør skille

mellom begrepene, slik at «diskriminering» benyttes der det er snakk om negativ og usaklig forskjellsbehandling, og begrepet «forskjellsbehandling» benyttes der det er snakk om lovlig og legitim forskjellsbehandling. *Norsk senter for menneskerettigheter*, *Kontaktutvalget mellom innvandrere og myndigheter*, *Justisdepartementet* og *Kirkens arbeidsgiverorganisasjon* påpeker alle viktigheten av et harmonisert regelverk når det gjelder begrepsbruk, og viser i hovedsak til Holgersenutvalget (NOU 2002:12), som bruker begrepet «diskriminering» og likestillingsloven, som benytter begrepet «forskjellsbehandling». *Sosial- og helsedirektoratet* og *Funksjonshemmedes fellesorganisasjon* ønsker primært en konsekvent bruk av ordet «diskriminering» i lovteksten. *Statens seniorråd* ønsker bruk av begrepet «usaklig forskjellsbehandling», for å skille den ulovlige forskjellsbehandling fra den lovlige. *Likestillingsombudet* anser det som viktig at begrepene som benyttes i de ulike antidiskrimineringslovene er definert likt, og anser begrepsbruken i Arbeidslivslovutvalgets forslag for å være i samsvar med likestillingslovens begrepsbruk.

8.3.4.2 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

Kommunenenes sentralforbund (KS) mener definisjonen av diskriminering bør inneholde et krav til utvist skyld, for å hindre unødige «redsel» for å diskriminere. KS mener også det vil kunne by på vanskeligheter å føre bevis for hvordan en annen person «ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon». Når det gjelder indirekte diskriminering mener KS at man må begrense bruk av begrepet til situasjoner med objektivi konstaterbare virkninger. At arbeidstaker har en subjektivt lav terskel for å anse seg diskriminert kan ikke føre til at arbeidsgiver blir dømt for indirekte diskriminering.

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) ønsker en generell saklighetsbegrensning for både direkte og indirekte diskriminering, tilsvarende forslag til lov mot etnisk diskriminering. Denne generelle saklighetsbegrensningen har Arbeidslivslovutvalget foreslått å kun relatere til indirekte diskriminering.

Datatilsynet mener det gir et uoversiktig inntrykk å bruke uttrykket «behandles» i definisjonen av direkte diskriminering, mens man i definisjonen av indirekte diskriminering bruker uttrykket «handling eller unnlattelse», dette spesielt siden «behandles» skal tolkes slik at det omfatter både handlinger og unnlattelser. *Datatilsynet* mener man bør bruke samme begrep i nr 1 og nr 2.

8.3.4.3 Trakassering

Næringslivets hodeorganisasjon (NHO), Kommunenes sentralforbund, Finansnæringens arbeidsgiverforening, Ukepressens arbeidsgiverforening og Norges rederiforbund er alle skeptiske til en egen definisjon av trakassering, og ønsker isteden en henvisning til aml. § 12. Definisjonen oppfattes også som videre enn det som i dag er praksis etter aml. § 12 i og med bruken av «(...) hensikt eller virkning (...)», og ovennevnte høringsinstanser er uenige i en slik definisjon, da de mener det vil være så å si umulig å i alle tilfeller ha oversikt over hvordan handlinger etc. faktisk virker på folk. Dette vil være individuelt. Definisjonen bør derfor begrenses til å omfatte kun de tilfeller hvor man har hatt som hensikt å trakassere.

Norsk helse- og sosialforbund mener forholdet til aml. § 12 kan bli problematisk i og med at trakassering iht. kapittel XA vil være omfattet av bedre sanksjonsmuligheter. De påpeker også muligheten for diskriminering på grunn av gitte helseopplysninger som et problem.

Kommunenes sentralforbund (KS) anser det som problematisk at begrepet «uønsket adferd» skal forstås subjektivt, og mener dette er en utvidende tolkning i forhold til direktivet. De mener dessuten at begrepet «(...) krenke en annens verdighet» er svært uheldig, da det vil være umulig for arbeidsgiver å forsvare seg der den påståtte verdighetskrenkelsen har pågått utenfor andre personers høre- og synsvidde. De mener derfor det bør være et vilkår for å kunne anse noe som en verdighetskrenkelse at den skjer i en kontekst av flere personer enn de to det gjelder (tilsvarende ærekrenkelse).

Justisdepartementet mener begrepet «uønsket adferd» er noe upresist og dårlig egnet i lovtekst. De ønsker dessuten en omtale av kravet til hensikt i nr. 3 sett i forhold til kravene til forsett og uaktsomhet i aml. § 85.

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) er enige i at trakassering bør omtales både i kap X A og i aml. § 12, men mener trakasseringsbestemmelsen i utvalgets forslag synes videre enn definisjonen i utkast til lov mot etnisk diskriminering.

Regjeringsadvokaten mener det vil bli umulig å motbevise en påstand om trakassering dersom tema kun er arbeidstakers subjektive oppfatning, og mener derfor man i vesentlig grad må se hen til om den aktuelle adferden objektivt sett er egnet til å krenke en annens verdighet. Regjeringsadvokaten mener dessuten at det ikke er rimelig at arbeidsgiver skal kunne bli objektivt ansvarlig for trakassering som har funnet sted mellom arbeidstakere.

8.3.4.4 Instruks om å forskjellsbehandle

SMED mener at instruks om å forskjellsbehandle også bør omfatte instruks om å trakassere, jfr. forslag til lov mot etnisk diskriminering, som presiserer at forbudet mot instruks gjelder alle typer forskjellsbehandling, herunder trakassering. *Kirkerådet* mener at det i nr. 4 bør være en henvisning til unntaksbestemmelsen i § 54 D, for å presisere at unntakene også gjelder for instruks om å forskjellsbehandle.

8.3.5 Departementets vurderinger

8.3.5.1 Generelt

For å implementere direktivet og for å fremme brukervennlighet er det nødvendig å presisere i loven hva som nærmere omfattes av begrepet forskjellsbehandling.

8.3.5.2 Begrepet «forskjellsbehandling»

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. I likestillingslovens generalklausul § 3 slås det fast at «forskjellsbehandling» mellom kvinner og menn er forbudt. Deretter defineres nærmere hva som menes med ulovlig forskjellsbehandling.

I norsk lovgivning finner vi ingen eksempler på at diskrimineringsbegrepet er brukt. I forslaget til ny lov mot etnisk diskriminering som er lagt fram i NOU 2002: 12 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».

Arbeidslivslovutvalget bruker i NOU 2003:2 både «diskriminering» og «forskjellsbehandling» og påpeker at begrepene i denne sammenheng er ment å være synonyme. I utvalgets konkrete forslag til endringer i arbeidsmiljøloven blir imidlertid bare «forskjellsbehandling» benyttet. Det vises i denne sammenheng særlig til at dette begrepet allerede er innarbeidet i loven, og at det samsvarer med begrepsbruken i likestillingsloven. 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 har man forsøkt å «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 forslag til endringer i arbeidsmiljøloven.

Departementet merker seg at mange av høringsinstansene har synspunkter på begrepet «forskjellsbehandling», til forskjell for begrepet «diskriminering», og har vurdert hensiktsmessigheten av å endre begrepsbruken til «diskriminering», men kommet til at dette vil passe dårlig inn i lovstrukturen, særlig i forhold til begrepsbruken i unntaksbestemmelsen i forslag til § 54 D. Etter departementets syn er det heller ikke en god løsning å benytte ulike begrep i forhold til om det dreier seg om forskjellsbehandling med negativt eller positivt fortegn. Dette vil kunne skape unødige tolkningsproblemer når man skal praktisere bestemmelsene i forhold til hverandre. Det anses som mer brukervennlig å benytte samme begrep konsekvent i alle bestemmelsene. Departementet er dessuten enige med utvalget i at det på det nåværende tidspunkt har mye for seg å benytte samme begrep som øvrig gjeldende lovgivning på området, for eksempel likestillingsloven, og anser etter en helhetsvurdering «forskjellsbehandling» som begrep å være det beste alternativet.

8.3.5.3 Direkte forskjellsbehandling

Ifølge definisjonen i departementets lovutkast 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 den 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.

Datatilsynet har kommentert bruken av ordet «behandles». Direktivet art. 2 nr. 2 a) benytter begrepet «behandles» og departementet ser ikke grunn til å endre ordlyden i forslaget til «handling og unnlattelse», både fordi dette vanskelig vil la seg innpasse i bestemmelsen uten å endre hele bestemmelsens konstruksjon og ordlyd, og dessuten fordi bruk av begrepet «behandles» best samsvarer med direktivteksten.

Rammedirektivet oppstiller krav om en direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnen og den dårligere behandlingen, jf. uttrykket «på grunn av». Kravet om årsakssammenheng følger også av departementets lovutkast.

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. Lovutkastet 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 selv om han/hun ikke gir uttrykk for spesielle kriterier/krav i annonsen, men like fullt siler søkerne for eksempel på grunnlag av deres alder eller etniske opprinnelse når søknadene mottas.

Departementets lovutkast 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 ville blitt 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.

For at en påstand om direkte diskriminering skal kunne vurderes må sammenligningen foretas med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner, jf. uttrykket «blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en *tilsvarende situasjon*».

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 for eksempel utdanning, erfaring m.v. Den av arbeidssøkerne som har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne, vil ikke befinne seg i en «tilsvarende situasjon» som de andre søkerne. 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 § 54 B nr.

1 nevnte grunner. Kan dette sannsynliggjøres, vil det i utgangspunktet foreligge lovstridig forskjellsbehandling.

Direktivet åpner ikke for å knytte definisjonen av direkte og indirekte diskriminering til et vilkår om utvist skyld. Poenget med bestemmelsene er dessuten å sikre arbeidssøkere og arbeidstakere vern mot diskriminering i arbeidslivet, og det kan tenkes en rekke situasjoner hvor diskriminering blir det reelle resultat av en opptreden/behandling, uten at behandlingen eller følgen av den nødvendigvis kan anses som uaktsom eller forsettlig fra arbeidsgivers side.

8.3.5.4 Indirekte forskjellsbehandling

For å gjennomføre direktivet foreslår departementet en definisjon av indirekte forskjellsbehandling som er i overensstemmelse med definisjonen i rammedirektivets artikkel 2 nr. 2, bokstav b), dvs. at bestemmelsen omhandler «en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre (...)». Det finnes ingen tilsvarende definisjon i arbeidsmiljøloven § 55 A i dag. Den foreslåtte 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.

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 til en viss grad kunne sies å overlappes 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), foreslås det en presisering av at

saklig begrunnet forskjellsbehandling ikke anses som indirekte forskjellsbehandling, jfr. uttrykket «*med mindre* formålet er saklig og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige» (vår uth.). 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. *Senter mot etnisk diskriminering* ønsker at denne presiseringen også skal omfatte direkte diskriminering. Departementet er av den oppfatning at dette ikke vil være verken tilrådelig eller mulig i forhold til direktivet. I rammedirektivets art. 2 nr. 2, bokstav b) relaterer det generelle unntaket seg kun til indirekte forskjellsbehandling, og ikke til direkte forskjellsbehandling. Dette er et bevisst skille. Man har ikke ønsket å snevre inn forbudet mot forskjellsbehandling ved å oppstille et generelt unntak for direkte diskriminering.

Begrepet indirekte diskriminering forbeholdes ikke kun til situasjoner med *objektivt* konstaterbare virkninger, men omfatter også en persons subjektive oppfatning om at vedkommende har blitt utsatt for indirekte diskriminering.

8.3.5.5 Trakassering

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 arbeidleder.

Gjeldende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 12 omfatter et generelt forbud mot trakassering på alle grunnlag, noe som pr. definisjon også vil omfatte trakassering med grunnlag i forhold som religion, funksjonshemming etc. Departementet mener likevel at det er nødvendig å innføre en spesiell regulering av forskjellsbehandling i form av trakassering. Dette begrunnes i at gjeldende aml. § 12 etter departementets mening trolig ikke vil tilfredsstillende rammedirektivets krav til effektiv sanksjonering (se nærmere om hva som ligger i effektivitetsprinsippet i direktivets artikkel 17 under pkt. 8.10). Arbeidsmiljøloven § 12 følger dessuten de ordinære bevisbyrderegler, slik at det er den som påstår seg trakassert som må sannsynliggjøre dette f.eks. i et erstatningssøksmål mot arbeidsgiver. Di-

rektivet krever imidlertid at personer som mener seg krenket av forbudet mot forskjellsbehandling i form av trakassering skal kunne påberope seg delt bevisbyrde.

Arbeidslivslovutvalget 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 til § 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. 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. Dersom ovennevnte bestemmelser inntas i § 12, vil dette desstuen innebære at krav om delt bevisbyrde kun knyttes til trakassering som er å anse som diskriminering, og ikke til de øvrige bestemmelsene i § 12. Videre vil virkeområdet for den nye bestemmelsen være bredere enn for resten av paragrafen, som entydig retter seg mot forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Arbeidslivslovutvalget foreslår derfor å innføre en særskilt bestemmelse om forbud mot trakassering på grunnlag av religion, livssyn, alder m.v. i arbeidsmiljølovens kapittel X A. Departementet støtter denne konklusjonen.

Departementets lovutkast opererer med en definisjon av trakassering 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 verdigheten 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 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. Både *Re-*

gjeringsadvokaten og *Kommunenes sentralforbund* mener fokus bør være på det objektive og ikke på den enkeltes subjektive oppfatning av en situasjon. Departementet mener imidlertid at det ligger i sakens natur at krenkelse av en persons verdighet i høy grad er et subjektivt anliggende, hvor det ikke er mulig å oppstille objektive normer for hva som oppfattes som verdighetskrenkende for den enkelte. Det er likevel en kjensgjerning at ulike personer har ulike terskler for hva man oppfatter som trakassering. Det vil imidlertid bli opp til domstolene å avgjøre hvor man skal trekke en grense for hvilken adferd som skal være omfattet av trakasseringbegrepet. I denne vurderingen må man se hen til den konkrete situasjon, og en generell endring av definisjonen av trakassering til å inkludere en objektivitetsbegrensning er ikke hensiktsmessig. Det vil dessuten ikke være i tråd med rammedirektivet art. 2 nr. 3, som nettopp benytter begrepene «uønsket opptreden» og «(...) med det formål eller den virkning (...)», noe som i høy grad indikerer at det er den enkeltes subjektive oppfatning som er det sentrale.

Når det gjelder begrepet «hensikt» og forholdet til aml. § 85, er departementet av den oppfatning at dersom det dreier seg om adferd som finner sted med den *hensikt* (vilje) å krenke en annens verdighet, så vil dette forholdet også være å anse som en forsettlig overtredelse av loven, og dermed være underlagt straffesanksjonering etter aml. § 85.

Arbeidstilsynets rolle

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

8.3.5.6 Instruks om å forskjellsbehandle

Instruks om å forskjellsbehandle er forbudt uavhengig av om instruksene i neste omgang faktisk har ført til konkret forskjellsbehandling. Instruksbestemmelsens selvstendige betydning ligger altså i at den også forbyr instruks som ikke fører til at noen faktisk blir diskriminert. Det er ordren eller instruksene i seg selv som utgjør diskrimineringen. Der instruksene fører til at noen blir diskriminert, vil situasjonen være regulert av de øvrige bestemmelser i direktivet.

Brudd på forbudet mot instruks om forskjells-

behandling, 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. Departementet er enig i denne vurderingen. I artikkel 2 nr. 4 heter det at enhver instruks om forskjellsbehandling «*betraktes 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 direkte og indirekte forskjellsbehandling. Der det forekommer vil slike instruks være like klanderverdige som instruks om øvrig forskjellsbehandling. Også i de svenske forslag til implementering av direktivet og i Holgersen-utvalgets forslag til implementering av direktiv 2000/43/EF 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.

Departementet påpeker for øvrig at også forbudet mot instruks er omfattet av unntaksbestemmelsen i utvalgets utkast til aml. § 54 D, i likhet med direkte forskjellsbehandling, indirekte forskjellsbehandling og forskjellsbehandling i form av trakassering. I den grad det er tillatt å forskjellsbehandle etter unntaksbestemmelsen vil det også være tillatt å instruere om å forskjellsbehandle.

8.4 Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

8.4.1 Gjeldende rett

Aml. § 55 A oppstiller ett unntak i første ledd og ett unntak i tredje ledd.

Unntaket i § 55 A første ledd sier at arbeidsgiver ikke ved utlysning kan kreve at søkere gir opplysninger om hvordan de stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, medlemskap i lønnskasserorganisasjon eller homofil legning/samlivsform. Arbeidsgiver skal heller ikke iverksette tiltak for å innhente slik informasjon. Unntaket gjelder *dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom 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.*

Aml. § 55 A annet ledd fastslår hovedregelen om at det ved ansettelse ikke er tillatt å forskjellsbehandle søkere på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform eller funksjonshemming. Unntaket fra denne bestemmelsen finnes i tredje ledd, som sier at *unntatt fra forbudet om forskjellsbehandling pga. homofil samlivsform skal være stillinger knyttet til religiøse trossamfunn der det i utlysning av stillinger er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet med vedkommende arbeidsgivers virksomhet.*

8.4.2 Direktivets regulering

Rammedirektivets artikkel 4 nr. 1 åpner for at medlemsstatene kan fastsette unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling «*der den pågældende egen- skap 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 legittimt, 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 bestemt egenskap 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 unntaket 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.

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.

Ifølge 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 overfor, 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 lovgivning. Når det gjelder ansettelse i religiøse trossamfunn er det er noe vanskelig å tolke rekkevidden av direktivets unntaksbestemmelse i forhold til dette, dvs. om direktivet åpner for særlige unntak i forhold til religiøse trossamfunn, og hvor langt disse eventuelt kan gå. Departementet legger imidlertid til grunn at direktivet ikke er til hinder for å opprettholde gjeldende unntaksbestemmelser i arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd og tredje ledd.

Direktivets artikkel 2 jfr. 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 av forbudet dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av den nasjonale rett, bl.a. legitime sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesopplæringspolitiske mål, og hvis midlene til å oppfylle det aktuelle formål er hensiktsmessige og nødvendige. Unntaket gjelder både direkte og indirekte diskriminering.

8.4.3 Høringsforslaget

Arbeidslivlovutvalget foreslår et generelt unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling som går ut på at forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, ikke rammes av forbudet. Utvalget mener unntaket i gjeldende aml. § 55 A tredje ledd som til en viss grad åpner for forskjellsbehandling pga. «homofil samlivsform» for stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, skal tolkes inn under ordlyden i det generelle unntaket i lovforslaget.

I tillegg foreslås en spesifikk unntaksbestemmelse for forskjellsbehandling på grunn av alder, som går noe lenger enn unntaksbestemmelsen i nr 1, og sier at 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. Det foreslås også å oppstille en egen forskriftshjemmel i § 54 D nr. 3, hvor Kongen kan gi nærmere regler om rekkevidden av unntaket i nr. 2, dvs. unntaksbestemmelsen om forskjellsbehandling pga. alder.

8.4.4 Høringsinstansenes merknader

8.4.4.1 Generelt

Kultur og kirkedepartementet, Kirkens arbeidsgiverorganisasjon (KA), Indremisjonsforbundet, Bjørgvin biskop, Kristne friskolers forbund, Kirkerådet og Norsk Luthersk misjonssamband omtaler alle det forhold at unntaksbestemmelsens ordlyd er foreslått endret i forhold til gjeldende § 55 A tredje ledd, og de er bekymret for at dette skal føre til en innsnevring av adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling. De ønsker alle å videreføre unntaksformuleringen slik den er i gjeldende § 55 A tredje ledd, siden direktivet åpner for dette.

Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring (LLH) er svært tilfreds med at lovteksten er endret, og forutsetter at den nye lovformuleringen ikke stiller religiøse trossamfunn i noen særstilling med lavere terskel for forskjellsbehandling enn andre virksomheter.

Landsorganisasjonen i Norge (LO) understreker at unntaksbestemmelsen må ses på som en rettslig standard der domstolene forutsettes å ta hensyn til utviklingen av samfunnets syn på for eksempel homofilt samliv. LO forutsetter således at unntaksbestemmelsens anvendelsesområde innsnevres i takt med samfunnsutviklingen.

Akademikerne er fornøyd med utformingen av § 54 D og er sterkt imot å videreføre unntaksbe-

stemmelsene for religiøse trossamfunn slik de står i § 55 A tredje ledd.

Direktoratet for arbeidstilsynet stiller seg noe tvilende til at unntaksbestemmelsen, slik den er formulert i forslag til § 54 D nr. 1 vil videreføre gjeldende unntaksbestemmelser i § 54 A første og tredje ledd. Dersom det er meningen at de innholdsmessig skal videreføres bør det gjenspeiles i ordlyden. Direktoratet er imidlertid av den oppfatning av samfunnet er modent for fjerne gjeldende unntaksbestemmelse i § 55 A helt (dvs. å ikke tolke § 54 D nr 1 slik at den materielt omfatter innholdet i gjeldende § 55 A tredje ledd).

Farmasiforbundet foreslår at det ikke åpnes for unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling, da dette legger til rette for uheldig nøytralisering av loven.

Senter mot etnisk diskriminering (SMED) mener man bør vurdere å benytte formuleringen «regulært og avgjørende krav» i § 54 D nr 1, for å presisere innholdet i unntaksbestemmelsen. Dette begrepet benyttes i direktivet (dansk versjon) art 4 nr. 1, mens man i lovforslaget benytter ordlyden «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke».

Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL) ønsker en presisering av at det at arbeidsgiver oppnår økonomisk vinning ved å forskjellsbehandle i seg selv ikke er god nok grunn til å forskjellsbehandle.

Kommunal- og regionaldepartementet stiller spørsmål om forslag til bestemmelse om at «lønns- og arbeidsvilkår» er en del av virkeområdet, sammenholdt med forbudet mot forskjellsbehandling, innebærer at det vil være å anse som ulovlig forskjellsbehandling dersom f.eks. en uorganisert arbeidstaker ikke får samme lønns- og arbeidsvilkår som en organisert arbeidstaker har etter tariffavtale, dvs. at kapittelet kan gi en rett for uorganiserte til å kreve lønns- og arbeidsvilkår etter tariffavtale.

8.4.4.2 Unntak fra forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder

Statens seniorråd ønsker en forskrift med presiserende bestemmelser og eksemplifisering av hva som ligger i unntaket. *Norsk helse- og sosialforbund* mener begrunnelsen for å ha særlige unntak fra diskriminering på grunn av alder ikke er god nok, og ønsker primært kun et generelt unntak. De mener også at arbeidsgiver bør ha en begrunnelsesplikt som går ut over forslag til § 54 H dersom vedkommende ønsker å forskjellsbehandle. *Senter for seniorpolitikk (SSP++)* mener bestemmelsen er for skjønnsmessig formulert og ønsker en større konkretisering og eksemplifisering.

8.4.5 Departementets vurderinger

8.4.5.1 Unntak ved utøvelse av arbeid eller yrke

Arbeidslivslovutvalget foreslår en generell unntaksbestemmelse som er i innholdsmessig overensstemmelse med rammedirektivets artikkel 4 nr. 1. Departementet slutter seg til dette. Bestemmelsen sier at forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, ikke rammes av forbudet mot forskjellsbehandling. Dette er en generell og skjønnspreget unntaksbestemmelse hvor det nærmere innholdet i stor grad må manifesteres i relasjon til konkrete saker. Det er imidlertid departementets mening at unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.

Departementet benytter ordlyden «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke», og ikke «regulært og avgjørende erhvervsmessig krav», som er direktivets ordlyd. Dette er fordi direktivets ordlyd på dette punkt språklig sett er lite egnet til å bruke i en norsk lovtekst, og man anser begrepene «regulært og avgjørende» for å være dekket av begrepet «nødvendig».

I forhold til høringskommentaren fra *LHL* mener departementet at forskjellsbehandling som hovedregel ikke være legitimt iht. § 54 D nr. 1, der eneste begrunnelse for forskjellsbehandling er at arbeidsgiver oppnår økonomisk vinning ved å forskjellsbehandle. Ordlyden presiserer at det må være forhold ved selve utførelsen av arbeidet eller yrket som gjør at forskjellsbehandling er nødvendig. Vilkårene «saklig formål», «ikke (...) uforholdsmessig inngripende» og «nødvendig for utførelsen av arbeid eller yrke» er kumulative vilkår, som alle må være oppfylt for at forskjellsbehandling skal være tillatt.

8.4.5.2 Unntak fra forbud mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Gjennom avtale- og rettspraksis er det utviklet en ulovfestet ufravikelighetsnorm mellom partene i en tariffavtale. Normen går ut på at en tariffbundet arbeidsgiver er forpliktet i forhold til de tariffbundne arbeidstakerne til ikke å gi utenforstående arbeidstakere (dvs. uorganiserte eller organiserte i en annen organisasjon enn den tariffbundne) andre (dårligere eller bedre) lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtalen. Dette er begrunnet i konkurransehensyn, særlig for å hindre konkurranse på lønn. Ufravikelighetsnormen gir imidlertid ikke de utenforstående arbeidstakerne rett til å kreve

samme lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtale.

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon i forslaget til § 54 B nr. 1, sammenholdt med forslaget til § 54 A nr. 2, bokstav c, som angir lønns- og arbeidsvilkår som en del av anvendelsesområdet for forbudet mot forskjellsbehandling, kan tolkes dit hen at det gir utenforstående arbeidstakere en slik rett og at det motsatte vil være i strid med loven. En slik følge er ikke tilsiktet, og det foreslås derfor en unntaksbestemmelse i § 54 D nr. 2 som tillater forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon i forhold til lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtale. Departementet finner grunn til å understreke at forslagene ikke har til hensikt å gripe inn i det tariffrettslige forholdet mellom partene i en tariffavtale. Begrepet «tariffavtale» skal tolkes tilsvarende som lov om arbeidstvister 5. mai 1927 nr. 1, § 1 nr. 8. Unntaket plasseres i kapittel X som § 54 D nr. 2. Departementet presiserer imidlertid at uorganiserte likevel skal underlegges de arbeidsvilkår som følger av arbeidsmiljøloven.

8.4.5.3 Unntak fra forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder

Unntakskriteriene i art. 6 nr. 1 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.

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 arbeidstydelse er dårlig kun 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 alene som følge av vedkommendes alder, uten at dette er begrunnet i konkrete forhold knyttet til de enkelte arbeidstakere eller typen arbeid det dreier seg om. Her vil imidlertid kravet om at forskjellsbehandlingen må være *nødvendig* begrense arbeidsgivers adgang til å vektlegge en persons alder.

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.

For at rammedirektivet skal gjennomføres i norsk rett er det nødvendig å innføre alder blant de diskrimineringsgrunner loven forbyr, slik at rettsstillingen blir utvetydig og klar. Det er likevel departementets vurdering at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder, ikke kan gjelde absolutt og i alle situasjoner – det ville i en del tilfeller føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser. Departementet benytter derfor 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 i direktivet inntatt eksempler på forhold som under visse forutsetninger *kan* rettfærdiggjøre 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. Departementet har valgt å ikke innta eksempler, kriterier eller lignende i loven. Dette fordi spørsmålet om det foreligger aldersdiskriminering nødvendigvis må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering og fordi eksemplifisering i en lovtekst 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.

8.4.5.4 Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling ved ansettelse. Innhentning av opplysninger.

I Arbeidslivslovutvalgets innstilling foreslås det at unntaksbestemmelsen i gjeldende § 55 A første ledd om arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger ved ansettelse skal videreføres gjennom den generelle unntaksbestemmelsen i forslag til § 54 D nr. 1. I de etterfølgende høringsomgangene har departementet imidlertid mottatt tilbakemeldinger om at dette ikke kommer tilstrekkelig klart frem, og at videreføringen av gjeldende rett på dette området bør markeres tydeligere i lovteksten. Departementet foreslår på den bakgrunn å ta unntaket i gjeldende § 55 A første ledd inn i likebehandlingsskapittelet, for å forhindre enhver tvil om rettstilstanden etter lovendringen. Når det gjelder den nærmere tolking av bestemmelsen vises det til forarbeidende til gjeldende § 55 A første ledd, Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) og Inst. O. nr. 27 (1997–1998).

8.4.5.5 Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling ved ansettelse i religiøse trossamfunn

Arbeidslivslovutvalget foreslår i NOU 2003:2 at også gjeldende unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform ved stillinger i religiøse trossamfunn (aml. § 55 A tredje ledd) skal videreføres gjennom den *generelle* unntaksbestemmelsen i forslag til § 54 D nr. 1. Dette har imidlertid i de etterfølgende høringsomgangene skapt negative reaksjoner, både fra kristelige organisasjoner og fra Kultur- og kirke departementet. Det har blitt uttrykt bekymring for at en videreføring av det spesifikke unntaket i gjeldende rett i form av tolkning av et generelt unntak, ikke i tilstrekkelig grad ivaretar et eventuelt behov for å forskjellsbehandle på grunn av homofil samlivsform i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn.

På denne bakgrunn foreslår departementet å videreføre gjeldende unntak spesifikt i loven. Det vises for øvrig til Inst.O. nr. 27 (1997–1998) mht. tolking av bestemmelsen.

8.5 Positiv særbehandling

8.5.1 Gjeldende rett

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

Det må imidlertid legges til grunn at det innenfor de ulovfestede reglene om arbeidsgivers styringsrett åpnes for at arbeidsgiver har muligheter til å stille personer i enkelte grupper bedre enn andre for å nå et mål om likebehandling, så lenge dette ikke vil være i strid med andre lovbestemmelser.

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.»

Holgersenutvalget 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».

8.5.2 Direktivets reulering

Rammedirektivet åpner i artikkel 7 nr. 1 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.

8.5.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår å innføre en bestemmelse i arbeidsmiljøloven om positiv særbehandling som sier at særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling ikke er i strid med bestemmelsene i likebehandlingskapittelet. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.

8.5.4 Høringsinstansenes merknader

Det har i høringsomgangen kommet få uttalelser som konkret omtaler positiv særbehandling. *Likestillingsombudet* og *Statens seniorråd og Senter mot etnisk diskriminering* ønsker imidlertid alle en nærmere konkretisering av innholdet i bestemmelsen. *Senter mot etnisk diskriminering (SMED)* foreslår i tillegg å endre overskriften til «Adgang til positiv særbehandling» slik at det skal gå tydelig fram av bestemmelsen at den ikke innebærer en plikt til positiv særbehandling, som bestemmelsene om aktivitetsplikt i likestillingsloven § 1a og forslag til lov mot etnisk diskriminering § 8.

8.5.5 Departementets vurderinger

Når det innføres prinsipper om likebehandling i lovverket legges det sterkere begrensninger på den frie adgangen til positiv særbehandling. Der som man behandler en gruppe bedre enn andre vil konsekvensen i mange tilfeller kunne være at dette anses som ulovlig forskjellsbehandling i forhold til de øvrige grupper som er beskyttet av loven. Det kan imidlertid oppstå situasjoner hvor det vil være ønskelig å behandle personer eller grupper som stiller svakere enn andre formelt bedre enn flertallet, for å bidra til like rettigheter og like muligheter for alle arbeidssøkere og arbeidstakere, uavhengig av de forhold som er nevnt i direktivets artikkel 1, og for å styrke posisjonen til disse gruppene eller personene. Det er således både ønskelig og nødvendig med en lovfesting av adgangen til positiv særbehandling.

Departementet foreslår at det også i arbeidsmiljøloven innføres en presisering av at adgangen til å iverksette spesielle tiltak om positiv diskriminering i arbeidslivet uten at dette skal anses som diskriminering etter loven. Det vil kunne være aktuelt for enkelte arbeidsgivere å iverksette tiltak som tilgodeser enkelte grupper fremfor andre, for å oppnå reell likhet i forskjellige situasjoner. Det er vanskelig å oppstille konkrete eksempler, men man kan ikke se bort fra muligheten for at kan oppstå et relevant behov for denne typen særbehandling i kortere eller lengre perioder.

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

Departementet foreslår en bestemmelse om positiv særbehandling etter mønster fra likestillingsloven og forslag i NOU 2002:12 om rettslig vern mot etnisk diskriminering. Fordi bestemmelsen er en unntaksregel skal den tolkes snevert.

Departementet ser ikke grunn til å endre overskriften for å presisere at det ikke dreier seg om en *plikt* til å positivt særbehandle. Dette går etter departementets mening tilstrekkelig klart frem av ordlyden. Bestemmelsene om aktivitetsplikt i likestillingsloven § 1a og forslag til lov mot etnisk diskriminering § 8 er for øvrig heller ikke bestemmelser som nødvendigvis pålegger positiv særbehandling.

8.6 Tilrettelegging av arbeid for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne

8.6.1 Gjeldende rett

Ifølge gjeldende aml. § 55 A annet ledd, første punktum må «arbeidsgiveren (...) ikke ved ansettelse forskjellsbehandle søkere på grunn av funksjonshemming». Ifølge tredje punktum skal det «ved 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.»

Arbeidsmiljøloven § 13 oppstiller en plikt for arbeidsgiver til å iverksette tiltak for å tilrettelegge for arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne. Bestemmelsen omhandler tilrettelegging for arbeidstakere som av fysiske, psykiske eller sosiale årsaker ikke er i stand til, eller vil ha vanskeligheter med, å utføre sitt arbeid uten spesiell tilrettelegging. Aml. § 13 nr. 1 gjelder i første rekke tilrettelegging av de fysiske forholdene i virksomheten, og gjelder generelt – uansett om virksomheten har tilsatt arbeidstakere med varig eller redusert arbeidsevne eller ikke. Aml. § 13 nr. 2 omhandler mer spesifikk tilretteleggingsplikt for konkrete yrkeshemminger som en eller flere av de ansatte har.

Den tidligere ordlyden i § 13 benyttet begrepet «yrkeshemmet», noe som ofte ble forvekslet med begrepet «funksjonshemmet», og gitt en synonym betydning. For å understreke at bestemmelsen ikke bare omfatter varig redusert arbeidsevne men også til en viss grad er ment å omfatte kortere sykefravær, fant Arbeids- og administrasjonsdeparte-

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

mentet grunn til å endre ordlyden i bestemmelsen fra «yrkeshemmede» til «arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne». Det vises i den sammenheng til Ot.prp. nr. 18 (2002–2003). Endringen trådte i kraft 30.04.2003.

8.6.2 Høringsforslaget

Utvalget har i sin innstilling foreslått en bestemmelse om tilrettelegging av arbeid for funksjonshemmede. Arbeidsgiver plikter her så langt det er mulig å rimelig å tilrettelegge arbeidet for funksjonshemmede. Arbeidsgiver plikter også å iverksette tiltak slik at den funksjonshemmede kan få og beholde arbeid, utføre og ha fremgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling, med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde.

8.6.3 Høringsinstansenes merknader

En rekke høringsinstanser kommenterer bruken av begrepet «funksjonshemmede» og «den funksjonshemmede». *Stopp diskrimineringen, Norsk forbund for utviklingshemmede, Funksjonshemmedes fellesorganisasjon (FFO), Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL) og Norges blindforbund* ønsker alle at begrepet «den funksjonshemmede» må byttes ut med «personer med funksjonsnedsettelse» for å fremheve at en funksjonshemming må ses i sammenheng med relasjonen/omgivelsene, og ikke utelukkende relaterer seg til forhold ved personen. *Norges handikapforbund* fremhever også dette, men påpeker at bruken av begrepet «funksjonshemmede» i forslag til overskrift i bestemmelsen er korrekt bruk av begrepet.

Stopp Jobb Mobben og Norsk forbund for utviklingshemmede fremhever at bestemmelsen også må omfatte personer med kognitive funksjonsnedsettelser.

Synshemmede akademikers forening (SAF) er ikke fornøyd med formuleringene «så langt det er mulig og rimelig» og «med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde», da dette vil overlata for mye til arbeidsgivers skjønn og uthuler diskrimineringsforbudet. «Uforholdsmessig stor byrde» er ikke et godt begrep fordi det står i en viss motstrid med den etablerte forståelse av at funksjonshemming er et misforhold mellom individets forutsetninger og krav til individet. SAF poengterer dessuten at utgifter arbeidsgiver måtte få i forbindelse med tilrettelegging i sin helhet bør dekkes av det offentlige.

ULOba (Andelslag for brukerstyrt personlig assistanse) og Nettverk for kvinner med funksjonshem-

ning mener også at det er viktig at bestemmelsen følges opp med bevilgninger fra det offentlige til arbeidsgivere som ønsker å tilrettelegge.

Helse- og sosialforbundet etterlyser en nærmere presisering av forholdet mellom § 13 og forslag til § 54 F. De mener det bør være identitet mellom de tilfellene som faller inn under § 13 og de tilfellene som faller inn under § 54 F.

Statens seniorråd mener bestemmelsen i forslag til § 54 F om særskilt tilrettelegging bør gjelde for alle de vernede grupper i § 54 B nr. 1.

8.6.4 Departementets vurderinger

8.6.4.1 Generelt om innhold, begrepsbruk og forholdet til arbeidsmiljøloven § 13

For å sikre at prinsippet om likebehandling av funksjonshemmede overholdes, har direktivet en særskilt bestemmelse om 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 arbeidstakere med midlertidig eller redusert arbeidsevne 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 å oppfylle direktivet er det nødvendig å innføre en bestemmelse om dette i arbeidsmiljøloven.

Når det gjelder begrepsbruk i § 54 F har arbeidslivslovutvalget i NOU 2003:2 foreslått å benytte begrepene «funksjonshemmede» og «den funksjonshemmede» i bestemmelsens ordlyd.

Hovedårsaken til at man har benyttet disse begrepene i utvalgets forslag er i første rekke at begrepet «funksjonshemming» brukes i aml. § 55 A, og dessuten synes å være de mest nærliggende oversettelsene av direktivets begreper «en handicappet» og «handicappede» i art 5.

Flere høringsinstanser kommenterer begrepsbruken i lovforslaget, og savner fokus på de relasjonelle siden av begrepet. Departementet er enige i at begrepet funksjonshemmede i denne sammenheng – hvor poenget er tilrettelegging – kan synes noe «passivt», og er i utgangspunktet enige i at begrepet «personer med funksjonsnedsettelse» er et bedre begrep enn «funksjonshemmede».

Når departementet velger å benytte ordlyden «arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne» har dette bakgrunn i lov 30. april 2003 nr. 27 om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv., som endrer begrepsbruken i aml. § 13 fra «yrkeshemmet» til «arbeidstakere med redusert arbeidsevne». Lovendringen har kommet som et ledd i oppfølgingen av NOU 2000:27 Syke-

fravær og uførepensjonering (Sandmanutvalget). Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) pkt. 2.5.2.1 forklarer endringen i begrepsbruk på følgende måte:

«I praksis har det (...) vist seg at «yrkeshemmede-begrepet» ofte forveksles med begrepet «funksjonshemmede». Etter departementets oppfatning har en snever tolkning av begrepet ikke vært lovgivers mening. For å markere tydelig at § 13 er ment å ha et vidt nedslagsfelt, foreslås det å endre ordlyden til «arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne».

Når departementet finner det mest hensiktsmessig å benytte et lignende begrep også i forslag til § 54 F er dette hovedsakelig begrunnet med at begrepet «arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne» på en god måte presiserer at det sentrale ikke er hvilken medisinsk tilstand arbeidstakeren har, men vedkommendes *arbeidsevne*. Gjennom bruk av ordet «arbeidsevne» etablerer man en klar forbindelse mellom relasjon og person, og konkretiserer at det er relasjonen arbeidstakeren opererer i som er avgjørende for om vedkommende har behov for tilrettelegging i sitt arbeid, og ikke eventuelle lyter eller skader ved personen selv. Selve det at en arbeidstaker har en funksjonshemming betyr ikke nødvendigvis at vedkommende har redusert arbeidsevne, og dersom dette ikke er tilfelle er det verken direktivets eller lovens mening at vedkommende skal gis spesielt vern.

Lovteknisk bør man dessuten bestrebe seg på å benytte samme begrep på samme forhold innenfor samme lov. Departementet velger imidlertid å benytte begrepet «arbeidstakere med *varig* redusert arbeidsevne» og dermed avgrense mot arbeidstakere med *midlertidig* redusert arbeidsevne. Dette har bl.a. bakgrunn i at gjeldende § 55 A kun er ment å omfatte personer med varig redusert arbeidsevne. Dette følger av forarbeidene til § 55 A, Ot.prp. nr. 34 (2000–2001) s. 9, som sier følgende om begrepet «funksjonshemming»:

«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 svek-

kelse». (...) Et diskrimineringsforbud bør således omfatte varig fysisk og psykisk funksjonshemming som skyldes en skade eller en sykdom som fantes ved fødselen, har oppstått deretter eller kan forventes å oppstå.»

Direktivet bruker dessuten begrepet «handicappede» i art. 5, hvilket må tolkes i retning av at det dreier seg om beskyttelse av personer som på grunn av en fysisk eller psykisk lidelse har redusert arbeidsevne av en viss varighet. Departementet ser det derfor som mest hensiktsmessig å la § 54 F kun omhandle tilrettelegging for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne. Arbeidstakere med midlertidig redusert arbeidsevne, for eksempel i forbindelse med benbrudd, kortvarig sykdom etc., vil like fullt ha krav på tilrettelegging i henhold til aml. § 13.

Arbeidsmiljøloven § 13 og § 54 F vil således bli til dels overlappende, siden arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne vil være beskyttet av begge bestemmelsene. Arbeidsmiljøloven § 54 F går imidlertid materielt lenger enn § 13 og pålegger arbeidsgiver plikt til å iverksette tiltak slik at arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne kan «utføre og ha fremgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling». Bak begrepet «fremgang i arbeidet» ligger en forutsetning om at arbeidstakere med redusert arbeidsevne ikke skal stilles dårligere enn andre arbeidstakere når det gjelder muligheter for eksempelvis forfremmelser. Arbeidstakere med redusert arbeidsevne skal også gis samme muligheter til, og tilbud om, opplæring og videreutdanning som øvrige arbeidstakere.

Det ligger ikke inn under ordlyden i § 54 F at arbeidstakere med redusert arbeidsevne skal stilles *bedre* enn øvrige arbeidstakere når det gjelder arbeidsforhold, tilgang til opplæring, videreutdanning, og øvrig «fremgang» i arbeidet. Det presiseres i forslag til § 54 F at formålet med bestemmelsen er å sikre likebehandling, og i den grad det vil være nødvendig å iverksette tiltak for å sikre likebehandling på disse feltene er det arbeidsgivers plikt å sørge for at dette blir gjort.

Direktivet art. 5 er – som de øvrige bestemmelsene i rammedirektivet – underlagt kravet til sanksjoner i art. 17. Art. 17 fastslår at sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen, og ha avskrekkende virkning. Denne bestemmelsen avspeiles i forslag til aml. § 54 J, og for at også bestemmelsen om tilrettelegging av arbeidet for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne skal være underlagt sanksjonsbestemmelsen i § 54 J, samt bestemmelsen om delt bevisbyrde i § 54 I, er det lovteknisk mest hensiktsmessig å samle hele

innholdet i art 5 i kapittel X A. Dette til tross for at forslag til § 54 F og § 13 til en viss grad overlapper hverandre.

I utvalgets forslag til ordlyd brukes formuleringen «slik at den funksjonshemmede kan *få og beholde* arbeid», mens aml. § 13 nr 2 benytter begrepet «*få eller beholde*». Det legges ikke opp til en annen forståelse av begrepet i § 54 F enn det som følger av aml. § 13 nr 2, og departementet foreslår derfor at ordlyden i § 54 F endres til «*få eller beholde*» i annet punktum, i samsvar med § 13 nr. 2.

8.6.4.2 Begrensninger i tilretteleggingsplikten

Direktivet art 5 åpner for at tilretteleggingsplikten for arbeidsgiver kun skal foreligge i den grad tilretteleggingen ikke representerer en uforholdsmessig stor byrde.

Arbeidslivslovutvalgets forslag til bestemmelse om tilretteleggingsplikt i NOU 2003:2 har to begrensninger. For det første skal arbeidsgiver «så langt det er mulig og rimelig» tilrettelegge arbeidet for funksjonshemmede. Dette påpekes i forbindelse med fastsettelse av den generelle tilretteleggingsplikten i første punktum. For det annet foreslår utvalget at arbeidsgiver plikter å iverksette tiltak med mindre tiltakene innebærer «en uforholdsmessig stor byrde».

Begrepet «så langt det er mulig og rimelig» benyttes i gjeldende § 55 A annet ledd. Forarbeidene til denne bestemmelsen, Ot.prp. nr. 34 (2000–2001) pkt. 8.3 sier følgende om begrepet:

«Momenter som må tas med i vurderingen av om arbeidsgiver, så langt det er mulig og rimelig, kunne ha tilrettelagt, er i hvilken grad det aktuelle tiltaket kan forventes å redusere funksjonshemmingens begrensning på muligheten til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene, i hvilken utstrekning det faktisk er mulig å gjennomføre tiltaket, arbeidsgivers kostnader med tiltaket, denne kostnadens begrensning av andre aktiviteter i virksomheten, arbeidsgivers økonomiske situasjon samt muligheten til økonomisk eller annen bistand.»

Departementet legger tilsvarende vurderingen til grunn for begrensningen i lovforslaget.

Begrensningen «med mindre tiltakene innebærer en uforholdsmessig stor byrde» benyttes for å beskrive den generelle grensen for tilretteleggingsplikten hos arbeidsgiver. Samme begrepsbruk er benyttet i direktivet art 5, og vil i sitt innhold hovedsakelig sammenfalle med begrepet «så langt det er mulig og rimelig».

Ved vurderingen av hva som er å anse som en «uforholdsmessig stor byrde» for arbeidsgiver skal

det imidlertid, 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. Dette betyr at dersom det ytes økonomisk bistand fra folketrygden for gjennomføring av tiltak, vil arbeidsgiver som utgangspunkt bare kunne påberope seg økonomiske grunner for det beløp som eventuelt overstiger folketrygdens dekning.

8.7 Forbud mot gjengjeldelser

8.7.1 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 arbeidstakeren mot trakassering eller annen utilbørlig opptreden.

8.7.2 Direktivets regulering

Direktivets artikkel 11 pålegger medlemsstatene å innføre nødvendige bestemmelser som beskytter 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».

8.7.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår en bestemmelse i arbeidsmiljøloven som oppstiller et forbud mot bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage for brudd på bestemmelsene i kapitlet om likebehandling, eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom klageren opptrer grovt uaktsomt.

8.7.4 Høringsinstansenes merknader

Justisdepartementet, Senter mot etnisk diskriminering (SMED), Statens seniorråd og Norsk helse- og

sosialforbund mener alle at det bør gå frem av ordlyden at den også omfatter de som bistår eller medvirker til at klage fremmes, og ikke bare klageren selv.

Kommunenes sentralforbund (KS) mener innholdet i bestemmelsen allerede er en del av norsk lov i og med forbudet mot usaklig oppsigelse, men for det tilfelle man likevel velger å beholde bestemmelsen er det viktig å få presisert at bestemmelsen ikke må sette begrensninger i arbeidsgivers mulighet til å til å iverksette tiltak overfor arbeidstaker for eksempel hvis vedkommende i sitt arbeidsforhold utfører handlinger som gir grunnlag for advarsel, oppsigelse etc.

8.7.5 Departementets 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. Dette er ikke en ønskelig situasjon.

Utvalget har vurdert ulike begrep for å treffe disse situasjonene, og blitt stående ved at gjengjeldelse er det mest dekkende begrepet på norsk. Departementet er enige i denne konklusjonen. NOU 2002: 12 om rettslig vern mot etnisk diskriminering bruker begrepet «negativ gjengjeldelse» om ugunstig behandling fornærmede blir utsatt for fra motparten. Departementet mener imidlertid i likhet med utvalget at «gjengjeldelse» vil være tilstrekkelig, da det må sies å ligge i en normal forståelse av begrepet at det dreier seg om noe negativt, og ikke en belønning eller annen positiv oppmerksomhet.

Det nærmere innholdet i «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. Flere høringsinstanser etterlyser en klarere presisering i både ordlyd og forarbeider om at også andre arbeidstakere enn den som konkret blir utsatt for forskjellsbehandlingen, skal være vernet av forbudet mot gjengjeldelser. Det er departementets oppfatning at denne gruppen også er ment vernet av § 54 G, og er enige i at det er hensiktsmessig med en presisering av dette i lovens ordlyd. I NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering har man i forslag til § 5 om forbud mot negativ gjengjeldelse inntatt et annet ledd om har ordlyden «forbudet i første ledd første punktum omfatter også vit-

ner, med mindre vitnet har opptrådt grovt uaktsomt i saken.» Holgersenutvalget bruker altså begrepet «vitner» om andre personer enn den diskrimineringen konkret er rettet mot. Etter departementets syn vil en bedre formulering for arbeidsmiljølovens vedkommende være «(.) arbeidstaker som har fremmet klage eller på annen måte tatt opp sak om brudd på bestemmelsene i dette kapittel». Dette vil inkludere de såkalte «varslere» som en beskyttet gruppe, dvs. arbeidstakere som tar opp forskjellsbehandling uten å selv være direkte rammet. Begrepet «vitner», som brukt i NOU 2002:12 vil ikke være spesifikt nok, da dette vil kunne omfatte en videre krets av personer enn man har ment å beskytte i aml. § 54 G.

Friheten til å forfølge en sak om diskriminering omfatter et hvert skritt i retning av å få en avklaring i diskrimineringssaken. 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 rettsforfølgning. Det er imidlertid ikke meningen at forbudet mot gjengjeldelser skal innskrenke arbeidsgivers styringsrett i forhold til mulighet til å gi advarsler og gjennomføre oppsigelser på ellers saklig grunnlag.

Det er et krav om at det for å være gjengjeldelser foreligger en årsakssammenheng mellom den ugunstige behandlingen og det forhold at det er fremmet klage e.l. om diskriminering. Dersom det ikke foreligger årsakssammenheng, er det ikke tale om gjengjeldelser i direktivets forstand.

Tilfeller hvor klageren eller andre arbeidstakere har opptrådt grovt uaktsomt ved å fremsette en falsk eller useriøs klage eller anklage, faller utenfor vernet, selv om de faktisk er blitt utsatt for en form for gjengjeldelse. Ordlyden i siste punktum foreslås også å omfatte andre arbeidstakere som har tatt opp sak om brudd på bestemmelsene kapittelet.

8.8 Opplysningsplikt

8.8.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55A fjerde ledd sier at arbeidssøker som mener seg forskjellsbehandlet kan kre-

ve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har. Regelen ble tatt inn ved lovendring 30. april 1998. Bakgrunnen er at det ved ansettelse i det private ikke gjelder noen generell plikt for arbeidsgiver til å legge fram opplysninger om på hvilket grunnlag den som velges til stillingen ble foretrukket fremfor de andre søkerne. Ved innføringen av et likebehandlingsprinsipp i loven ble det imidlertid nødvendig å også innføre en regel om opplysningsplikt for arbeidsgiver, etter mønster fra likestillingsloven og ansettelser i det offentlige, for å gi arbeidssøkere en mulighet til å kartlegge om det har forekommet lovstridig forskjellsbehandling.

8.8.2 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår i NOU 2003:2 å videreføre bestemmelsen om opplysningsplikt, og knytte den til alle grunnlagene for forskjellsbehandling.

8.8.3 Høringsinstansenes merknader

Norsk helse- og sosialforbund og Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD) stiller seg spørrende til om bestemmelsen bare gjelder opplysningsplikt i forbindelse med tilsetninger, og mener at den bør gjelde for hele anvendelsesområdet, dvs. også ved forskjellsbehandling i andre situasjoner enn ved ansettelse.

Næringslivets hovedorganisasjon (NHO) påpeker at søkeres anonymitet er viktig, særlig i forhold til stillinger på høyere nivå i næringslivet. Arbeidssøker må kunne kreve at arbeidsgiver beskytter informasjonen vedkommende har gitt, og offentliggjøring vil virke som hindre for mobiliteten i arbeidsstyrken.

Datatilsynet understreker at opplysningsplikten er begrenset til «kvalifikasjoner» og ikke andre personopplysninger.

8.8.4 Departementets vurderinger

Forslag til arbeidsmiljøloven § 54 H er først og fremst en videreføring av gjeldende rett og tilsvarende dessuten likestillingsloven § 4, tredje ledd. Holgeresen-utvalget foreslår også en likelydende bestemmelse i forslag til lov mot etnisk diskriminering § 7.

Bestemmelsen har ingen parallell i rammedirektivet. Det er imidlertid etter departementets mening ingen grunn til å oppheve bestemmelsen i dagens aml. § 55 A fjerde ledd, da den anses som viktig for ivaretagelse av rettssikkerheten til personer som mener seg forskjellsbehandlet i strid med be-

stemmelsene om forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven. Arbeidssøkende som føler seg forskjellsbehandlet i forbindelse med en ansettelse har 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 er derfor enige med utvalget i at regelen må opprettholdes.

Opplysningsplikten omfatter kun de klart konstaterbare kvalifikasjoner den ansatte har, som f.eks. utdanning og praksis, og omfatter ikke de mer subjektive vurderingene av «egnethet» som lå til grunn for ansettelsen. For øvrig vises det til Ot.prp. nr. 67 (1996–97) pkt. 8.7.4 for en nærmere utredning av innholdet i bestemmelsen.

Bestemmelsen foreslås bare å gjelde i forhold til tilsetninger og ikke for eksempel i forhold til interne forfremmelser som ikke er basert på en ansettelsesprosess. Heller ikke i forhold til de øvrige delene av det saklige virkeområdet foreslås bestemmelsen innført. Arbeidstaker som for eksempel mener seg forbigått i forbindelse med tilgang på kompetanseutvikling vil ikke kunne påberope seg § 54 H for å kreve opplysninger om bakgrunnen for at andre arbeidstakere ble plukket ut til å delta og ikke en selv. Begrunnelsen for at opplysningsplikten ikke gjelder for hele kapittelets anvendelsesområde er at det er først og fremst ved ansettelse «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner» har betydning, og som arbeidssøker vil man ikke ha kunnskap om andre søkeres kvalifikasjoner osv. i denne situasjonen.

Det går etter departementets mening klart fram av bestemmelsen at den kun gjelder ved ansettelse, i og med bruk av begrepet «arbeidssøker», og det forhold at opplysningsplikten kun gjelder «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner».

8.9 Bevisbyrde

8.9.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A femte 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)) forstås slik at dersom en arbeidssøker uten noen av kjennetegnene i ar-

tikkel 1 blir ansatt foran en som har samme eller tilsvarende kvalifikasjoner, men er for eksempel 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. For nærmere omtale vises det til Ot.prp. nr. 34 (2000–2001) pkt. 8.3.

Likestillingsloven har en bestemmelse om delt bevisbyrde i § 16. Bestemmelsen kom inn i likestillingsloven ved lov 14. juni 2002 nr. 21.

8.9.2 Direktivets regulering

Det følger av direktivet art. 10 at 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 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.

8.9.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår en bestemmelse om delt bevisbyrde i § 54 I. Bestemmelsen sier at 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 kapittelet. Forslag til § 54 I har således samme ordlyd som aml. § 55 A femte ledd, men ordet «påvise» har blitt erstattet med ordet «fremlegge», og begrepet «arbeidstaker» er inkludert i tillegg til begrepet «arbeidssøker», siden bestemmelsen om bevisbyrde ikke bare skal gjelde forskjellsbehandling ved ansettelse, men også forskjellsbehandling under arbeidsforholdets gang og ved opphør av arbeidsforhold.

8.9.4 Høringsinstansenes merknader

NHO, Finansnæringens arbeidsgiverforening, KS, Abelia, Norges rederiforbund, Ukepressens arbeidsgiverforening og Arbeidsgiverforeningen NAVO er i høringsomgangen gjennomgående negative til en bestemmelse om delt bevisbyrde. De mener dette strider mot hovedregelen norsk rett, og siden Norge ikke er forpliktet til å implementere direktivet bør vi ikke innføre en slik bestemmelse. En påstand om forskjellsbehandling kan være vanskelig å motbevise siden det i stor grad vil være basert på subjektiv oppfatning, og delt bevisbyrde vil derfor kunne svekke rettssikkerheten for arbeidsgiver.

Norsk Folkehjelp, Senter mot etnisk diskriminering (SMED) og Ressurscenter for innvandrere- og flyktningskvinner (MiRA) er alle positive til en regel om delt bevisbyrde, da de mener dette er viktig for klagerens motivasjon og mulighet til å forfølge egen sak.

8.9.5 Departementets vurdering

I forbindelse med innføringen av bestemmelsen om delt bevisbyrde i gjeldende aml. § 55 A, femte ledd var argumentasjonen bl.a. at delt bevisbyrde anses som 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 bevisbyrden alene, 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 argumentasjonen er like aktuell i forhold til det nye kapittelet om likebehandling i arbeidslivet.

Konsekvensen av en bestemmelse om delt bevisbyrde er at bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis de ytre omstendigheter i saken tilsier at det er lagt vekt på usaklige hensyn, som for eksempel søkerens funksjonshemming eller etniske opprinnelse. En arbeidssøker, som for eksempel ikke har fått en stilling, må med andre ord etablere en presumsjon for diskriminering ved å vise til at det foreligger indikasjon(er) på at det usaklig er lagt vekt på hans/hennes funksjonshemming/etniske opprinnelse etc. Her er det altså ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Dersom arbeidstaker klarer på etablere en presumsjon for at forskjellsbehandling har funnet sted påligger det arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted forskjellsbehandling i strid med loven. Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt på mer enn 50% sannsynlighet. Arbeidsgiver må altså bevise at det er større sannsynlighet for at arbeidstakeren *ikke* er forskjellsbehandlet i strid med loven enn at arbeidstakeren *er* forskjellsbehandlet i strid med loven.

Når det gjelder utforming av ordlyden i bestemmelsen om delt bevisbyrde i forslag til § 54 I er denne basert på nåværende aml. § 55 A femte ledd. Det finnes imidlertid en bestemmelse om delt bevisbyrde også i likestillingsloven § 16, og denne og § 55 A femte ledd er ulikt formulert. Likestillingsloven § 16 har formuleringen «Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro. . .», mens arbeidsmiljøloven § 55 A femte ledd har formuleringen «Dersom arbeidssøkeren kan påvise forhold som gir grunn til å tro». Direktivets formulering er: «(. . .) når en person (. . .) fremfører faktiske omstendig-

heter, som giver anledning til å formode at der er utøvet. . .».

Teksten i § 55 A femte ledd anses å være i tråd med direktivets artikkel 10. Dette går bl.a. frem av Ot.prp. nr. 34 (2000–2001). Når departementet likevel, i likhet med Arbeidslivlovutvalget, foreslår å endre lovteksten på dette punktet er dette for å forhindre eventuelle misforståelse i forhold til beviskravet for arbeidstaker.

Det vises for øvrig til forarbeidene til § 55 A femte ledd, Ot.prp. nr. 34 (2000–2001) pkt 8.5, samt forarbeidene til likestillingsloven § 16, Ot.prp. nr. 77 (2000–2001).

8.10 Virkninger av forskjellsbehandling

8.10.1 Gjeldende rett

Arbeidsmiljøloven § 55 A sjette ledd gir rett til å kreve erstatning etter de alminnelige regler ved overtredelse av forbudet mot 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 her til «Falkendommen» Rt.1997 s. 786, «Moelven Mjølsbruk-dommen» Rt.1993 s. 616, og «Apotekerdommen» Rt.1997 s. 1506. Uttalelser i disse dommene tyder imidlertid på at man i dagens rettstilstand *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. Da vil hjemmel for erstatning for ikke-økonomiske forhold vil være arbeidsmiljøloven § 62. Man kan også påberope seg skadeserstatningsloven § 3–5 om oppreisning for skade av ikke-økonomisk art eller § 3–6 om erstatning for ærekrenking. For påberopelse av skadeserstatningsloven §§ 3–5 og 3–6 stilles det ikke krav om at oppsigelse må ha funnet sted, men bestemmelsene oppstiller andre vilkår som må være oppfylt for at erstatning skal være aktuelt.

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 både for økonomisk tap, og erstatning for ikke-økonomiske forhold. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 62 og § 66. Erstatning etter § 62 kan idømmes uavhengig av skyld hos arbeidsgiveren. Man opererer altså her med et objektivt erstatningsansvar.

Likestillingsloven § 17 har en tilsvarende bestemmelse ved forskjellsbehandling pga. kjønn. Be-

stemmelsen gjelder alle typer forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven, med unntak av saker om brudd på forbudet mot seksuell trakassering iht. likestillingsloven § 8a. Ifølge 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 opplevs som særlig belastende å få en påstand om seksuell trakassering mot seg.

I forslaget til ny lov mot etnisk diskriminering § 16 foreslår Holgersen-utvalget innført både oppreisningsansvar og erstatning etter de vanlige regler.

8.10.2 Direktivets regulering

Direktivet artikkel 17 forplikter medlemsstatene til å fastsette sanksjoner. Sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning, jf. EU/EØS-rettens effektivitetsprinsipp (jf. EF-traktaten artikkel 10). 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, ha en avskrekkende virkning på arbeidsgiver og under alle omstendigheter være 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. En av flere saker som illustrerer dette er Dekker-saken (C-177/88). Enhver tilsidesettelse av diskrimineringsforbudet skal ifølge 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 lovendringen (Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) pkt. 13.3) at innføringen av et objektivt ansvar for 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 forskjellsbehandling på andre grunnlag er det heller ikke krav til skyld.

Etter rammedirektivet artikkel 16 b) skal med-

lemsstatene 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 de som arbeidsgiver ensidig har bestemt og de 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.

8.10.3 Høringsforslaget

Flertallet i Arbeidslivslovutvalget foreslår å innføre en bestemmelse om virkningene av forskjellsbehandling. Bestemmelsen hjemler adgang til å kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld (objektivt ansvar), hvor oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Bestemmelsen hjemler også erstatning for økonomisk tap etter de alminnelige regler, dvs. at det stilles krav om påregnelighet og årsakssammenheng, og den fastslår dessuten at bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter m.v., som er i strid med bestemmelsene i kapittelet er ugyldige.

8.10.4 Høringsinstansenes merknader

NHO, Finansnæringsens arbeidsgiverforening, KS, Abelia, Norges rederiforbund, Ukepressens arbeidsgiverforening, Handels- og servicenæringsens hovedorganisasjon og Arbeidsgiverforeningen NAVO, samt Nærings- og handelsdepartementet og Regjeringsadvokaten er alle sterkt kritiske til en bestemmelse om objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap under den argumentasjon at objektivt erstatningsansvar bryter med tradisjonen i norsk rett og går lenger enn direktivet tilsier. Det argumenteres også med at bestemmelsen vil virke prosessdrivende, og at illeggelse av menerstatning på objektivt grunnlag vil virke svært belastende, særlig for arbeidsgivere i mindre virksomheter. Sammenholdt med bevisbyrderegelen og definisjonen av trakassering blir den rettslige situasjonen svært betenke-

lig. Flere av arbeidsgiverorganisasjonene påpeker dessuten behovet for søksmålsfrister, og foreslår 6 måneder, tilsvarende aml. § 61 nr 3. *Kommunenes sentralforbund* mener dessuten at det bør settes en maksimal-grense for oppreisningsbeløp, slik at en arbeidsgiver ikke skal bli nødt til å si opp arbeidstakere eller legge ned virksomhet som følge av dom.

Organisasjonen mot offentlig diskriminering, SMED, Direktoratet for arbeidstilsynet og Sosialdepartementet støtter alle forslaget til sanksjonsbestemmelse. *Justisdepartementet* mener etter en samlet vurdering at de beste grunner taler for utvalgets forslag. Justisdepartementet mener imidlertid det ikke bør legges opp til en praksis med høye erstatningsbeløp for ikke-økonomisk tap.

Likestillingsombudet merker seg at brudd på bestemmelsen om seksuell trakassering jfr. likestillingsloven § 8a vil komme i en særstilling når det gjelder sanksjonering. Trakassering i arbeidslivet vil bli omfattet av bestemmelsene om delt bevisbyrde og objektivt ikke-økonomisk erstatningsansvar i arbeidsmiljølovens kapittel om likebehandling, mens man i likestillingsloven har unntatt brudd på § 8a fra tilsvarende bestemmelse i likestillingsloven § 16 og § 17. Hun mener dette er uheldig og ønsker en endring i likestillingsloven på dette området, slik at likestillingsloven blir harmonisert med arbeidsmiljøloven.

8.10.5 Departementets vurdering

8.10.5.1 Erstatning for økonomisk tap

I de tilfeller hvor den krenkede faktisk lider et økonomisk tap ved forskjellsbehandlingen, innebærer forslaget at de alminnelige erstatningsregler i norsk rett komme til anvendelse på vanlig måte. Det innebærer at arbeidsgiver kan bli erstatningsrettslig ansvarlig etter alminnelige ulovfestede erstatningsregler.

Arbeidsmiljøloven § 55 A sjettede ledd fastsetter allerede 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 foreslås således videreført i lovforslaget. Dersom det finner sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn, vil arbeidstakeren/arbeidssøkeren dessuten ha krav på erstatning i medhold av likestillingsloven § 17.

I den alminnelige erstatningsretten er vilkårene for å illegge erstatning som hovedregel årsakssammenheng, påregnelighet og økonomisk tap. Det stilles dessuten krav om skyld som betingelse for erstatning, med mindre loven særskilt åpner for

objektivt erstatningsansvar. Når det i forslag til § 54 J nr. 2 således henvises til «alminnelige regler» vil det si at det stilles krav til skyld.

8.10.5.2 Erstatning for ikke-økonomisk skade

Arbeidslivslovutvalget er delt 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, er av den oppfatning at oppreisning for ikke-økonomisk skade fremstår som en hensiktsmessig reaksjon ved brudd på diskrimineringsforbudet. Departementet er enige med utvalgets flertall.

Hovedregelen i forslaget 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 forbudet mot forskjellsbehandling eller forbudet mot gjengjeldelse, er i utgangspunktet også grunnlaget for oppreisning klart. 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.

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 gjenopprettelse for den diskriminering vedkommende har vært utsatt for. Videre utgjør den en reaksjon overfor arbeidsgiver, som vil kunne virke preventiv og som vil være en rimelig oppgjørsform for den krenkede.

Departementet merker seg arbeidsgiverorganisasjonenes innvendinger mot å innføre objektiv erstatning for ikke-økonomisk tap, men velger å opprettholde bestemmelsen. Departementet er enige med utvalget i deres vurdering av at en innføring av objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap er nødvendig for å oppfylle direktivets krav om at sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning. Selv om krav om subjektiv skyld er hovedregelen i norsk rett ved illeggelse av erstatning, vil forslaget om å innføre erstatning på objektivt grunnlag likevel ikke stå i noen særstilling, da både likestillingsloven § 17 og arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd har tilsvarende bestemmelser. Arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd sier følgende: «Er oppsigelsen

usaklig, kan arbeidstaker kreve erstatning». Dette betyr at usaklighet er både et *nødvendig* og et *tilstrekkelig* vilkår for erstatning. Arbeidsmiljøloven § 66 nr 5 om avskjed har en tilsvarende bestemmelse. Skadeserstatningsloven § 2–1 hjemler også erstatningsansvar for arbeidsgiver på objektivt grunnlag.

Flere høringsinstanser nevner trakasseringssaker som spesielt problematiske i forhold til bestemmelsen om objektivt erstatningsansvar, og mener denne typen saker er så preget av subjektiv oppfatning og «ord mot ord» at det vil få en uheldig effekt å ikke stille krav til skyld, spesielt tatt i betraktning den belastning det vil være for arbeidsgiver å bli knyttet til slike saker. Det vises i den sammenheng også til at man i likestillingsloven har valgt å gjøre unntak fra regelen om delt bevisbyrde og objektivt ansvar ved saker om seksuell trakassering. Dette følger av § 8a femte ledd. Departementet har vurdert denne problemstilling og kommet til at bestemmelsen om objektiv erstatning skal gjelde i forhold til alle typer forskjellsbehandling, herunder også forskjellsbehandling i form av trakassering. I motsetning til likestillingsloven vil det i arbeidsmiljøloven ikke i hovedsak være snakk om forskjellsbehandling i form av seksuell trakassering, men i større grad andre typer trakassering, eksempelvis i form av mobbing. Denne typen forskjellsbehandling er svært belastende, først og fremst for den som blir utsatt for det, og muligheten for at arbeidsgivere kan bli utsatt for uriktige påstander om trakassering med påfølgende objektivt erstatningskrav utgjør etter departementets syn ikke tilstrekkelig grunn til å utelate arbeidstakere som er utsatt for forskjellsbehandling i form av trakassering fra å kunne påberope sanksjonsbestemmelsen i § 54 J nr. 1. Kanskje spesielt i denne typen saker vil den ikke-økonomiske skaden kunne være betydelig, og skyld hos arbeidsgiver kan være vanskelig å stadfeste, spesielt der trakasseringen utføres av andre arbeidstakere. Et annet argument for at objektivt oppreisningsansvar skal gjelde også ved forskjellsbehandling i form av trakassering er at trakassering pr. definisjon er subjektivt – det er altså den enkeltes oppfatning av egen situasjon som er det sentrale. Dersom oppreisningsansvaret i forhold til trakasseringssaker skulle være betinget av skyld hos arbeidsgiver ville dette undergrave det subjektive elementet ved trakasseringssituasjonen.

Når det gjelder oppreisningsbeløp settes dette iht. § 54 J nr. 1 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 forskjellsbehandle 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.»

Departementet slutter seg til denne vurderingen.

Bestemmelsen om utmåling av erstatningsbeløpet tilsvarende i store trekk arbeidsmiljøloven § 62 annet 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 annet ledd og § 66 nr. 5 vil kunne gi en viss veiledning ved utmåling av erstatning etter utkastets bestemmelse.

8.10.5.3 Søksmålsfrister

Flere høringsinstanser har etterlyst bestemmelser om søksmålsfrister. Begrunnelsen er at saker om forskjellsbehandling vil ofte bære preg av subjektiv oppfatning og enkelthendelser, noe som krever at man har forholdet «friskt i minne» under domstolsbehandlingen, dersom man skal ha mulighet til å oppfylle sin del av bevisbyrden.

I den grad det hevdes å foreligge forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsforbudet i forbindelse med oppsigelse, kommer de særskilte

søksmålsfrister i arbeidsmiljøloven § 61 til anvendelse. Tilsvarende gjelder for de øvrige særlige søksmålsfrister i arbeidsmiljøloven, jfr. for eksempel arbeidsmiljøloven § 55 K nr. 3, § 58 A nr. 4 og § 67 nr. 6.

Arbeidslivslovutvalget arbeider p.t. med en større gjennomgang av arbeidsmiljøloven med tanke på bl.a. revisjon og forenkling, og man vil i den forbindelse også foreta en helhetlig gjennomgang av arbeidsmiljølovens gjeldende bestemmelser om søksmålsfrister. Arbeidslivslovutvalgets arbeid forventes fullført i løpet av 2003, og departementet finner det mest hensiktsmessig å avvente en innføring av eventuelle særskilte søksmålsfrister i kapittelet om likebehandling, til utvalgets endelige utredning foreligger.

8.10.5.4 Ugyldighet

Forslaget slår fast at bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglement, vedtekter m.v., som er i strid med bestemmelsene i likebehandlingskapittelet, er ugyldige. 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.

Det er ikke meningen at ugyldighetsvirkningen skal inntre 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, og sak må reises for Arbeidsretten. 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. Dersom en diskriminerende bestemmelse i tariffavtalen får direkte virkning i det individuelle arbeidsforholdet, kan arbeidstaker reise søksmål ved de alminnelige domstoler med påstand om ugyldighet i forhold til eget arbeidsforhold.

8.11 Bruk av fullmektig

8.11.1 Gjeldende rett

For å gå til sivil søksmål kreves det rettslig interesse jfr. tvistemålsloven (tvml. § 54). Kravet om rettslig interesse gjelder også dersom organisasjoner opptrer som saksøker.

Når det gjelder opptreden til støtte for parten, har gjeldende rett bestemmelser som tilfredsstillende dette kravet i tvistemålsloven (tvml.) § 75-§ 79 om hjelpeintervensjon for tvistebehandling i domstolsapparatet. Det går frem av tvml. § 75-§ 78 at den som har rettslig interesse i at den ene av partene vinner kan opptre som hjelpeintervenient til støtte for denne parten på et hvert trinn i saken, så lenge den ikke er rettkraftig avgjort. Hjelpeintervenienten kan anvende angreps- og forsvarsmidler, føre bevis og foreta andre prosesshandlinger, dog ikke begjære gjenopptagelse. Man kan opptre som sterk hjelpeintervenient dersom domsutfallet blir rettslig bindende for hjelpeintervenienten eller hvis fullbyrdelse av dommen vil innebære et «umiddelbart rettsinngrep» overfor hjelpeintervenienten, og denne dessuten vedtar å være bundet av dommen. Dette følger av tvml. § 79.

For organisasjonenes anledning til å opptre som hjelpeintervenient er rettsutviklingen oppsummert slik av Høyesteretts kjæremålsutvalg i en nyere kjennelse:

«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 atskillig 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».

Tvistemålsloven 4. kapittel omhandler bruk av prosessfullmektig. Tvml. § 43 sier at partene kan foreta prosesshandlinger enten selv eller ved fullmektig. Tvml. § 44 har bestemmelser om hvem som kan opptre som prosessfullmektig. For domstolsbehandling i tingretten og lagmannsretten må prosessfullmektigen være advokat eller annen myndig person som er fast ansatt i eller styrer eller tar del i styrelsen av partens anliggender, eller en

nær slektning. En prosessfullmektig kan iht. tvml. § 47 anlegge og ta imot søksmål og motsøksmål, ta imot intervensjonssøksmål, godkjenne og frafalle påstander og foreta alle andre prosesshandlinger som hører med til sakførselen i instansen, samt erklære kjæremål.

I forhold til bistand i forvaltningen oppstiller forvaltningsloven § 12 en rett for parten til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig. Som fullmektig kan brukes enhver myndig person eller organisasjon som vedkommende er medlem av.

Forvaltningsloven § 28 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.

8.11.2 Direktivets regulering

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 klageren, 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.

8.11.3 Høringsforslaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår en bestemmelse som gir parten mulighet til å bruke organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot forskjellsbehandling som fullmektig i saker etter kapitlet om likebehandling.

8.11.4 Høringsinstansenes merknader

Kommunenes sentralforbund (KS) mener bestemmelsene om rettslig interesse og hjelpeintervensjon i gjeldende rett er gode nok til å tilfredsstillende direktivets minstekrav.

Justisdepartementet mener bestemmelsen er uklar og stiller spørsmål om hva som er ment å ligge i begrepet «fullmektig». Justisdepartementet savner en vurdering av begrepet i forhold til tvistemålslovens bestemmelser om prosessfullmektig.

8.11.5 Departementets vurdering

Ved tvist om det foreligger brudd på en eller flere bestemmelser i kapitlet om likebehandling, vil ar-

beidstakere som mener seg diskriminert 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 forskjellsbehandling.

Utvalget anser at norsk rett oppfyller kravet i direktivet art. 9 nr. 2 gjennom forvaltningsloven § 28 og § 12 og tvistemålslovens bestemmelser om hjelpeintervensjon i § 75- § 78 og prosessfullmektig i tvml. fjerde kapittel. Departementet er i all hovedsak enig i denne vurderingen. Direktivet regulerer ikke organisasjoners adgang til å fremme sak på selvstendig grunnlag. Her gjelder de generelle bestemmelsene om rettslig interesse.

Bestemmelsen om sterk hjelpeintervensjon i tvml. § 79 vil neppe komme til anvendelse for organisasjoner i saker om forskjellsbehandling, da det oppstilles som vilkår for sterk hjelpeintervensjon at dommen er bindende for hjelpeintervenienten eller representerer et «umiddelbart rettsinngrep» for denne. Dette vil normalt ikke være tilfelle for organisasjoner som trer inn til støtte for arbeidstakere i saker om ulovlig forskjellsbehandling. Departementet er imidlertid enige med utvalget i at direktivet neppe kan tolkes slik at begrepet «på vegne av» krever at organisasjoner skal ha mulighet til å tre inn som sterk hjelpeintervenient. Det finnes etter departementets vurdering ikke godt nok grunnlag til å trekke en slik konklusjon ut fra direktivets ordlyd og fortalen pkt. 29.

I forhold til bestemmelsene om prosessfullmektig er det en forutsetning i tvml. fjerde kapittel at prosessfullmektigen er en fysisk person. I sivile saker om brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser vil imidlertid ofte prosessfullmektigen være en advokat ansatt i for eksempel en arbeidstakerorganisasjon. Departementet tolker ikke direktivet dit hen at det stiller krav om at en juridisk person som sådan skal være prosessfullmektig under en retts sak. Dette er ikke hensiktsmessig. En fysisk person *må* være partens representant under rettsbehandlingen, og i og med at en arbeidstaker kan benytte en organisasjons advokat under en retts sak om forskjellsbehandling vil dette etter departementet mening være tilfredsstillende i forhold til direktivteksten. Direktivet krever ikke en endring i tvistemålslovens kapittel om prosessfullmektig.

Når det gjelder behandling av saker i forvaltningsapparatet («administrative instanser» i art. 9 nr. 2) vil fvl. § 12 etter departementets mening ikke fullt ut tilfredsstillende kravet i direktivet, da det i § 12 annet ledd kreves at parten skal være *medlem* av organisasjonen som opptrer som fullmektig for vedkommende. Det vil, som ovenfor nevnt, kunne væ-

re relevant for en arbeidstaker å benytte en interesseorganisasjon som fullmektig uten av vedkommende er medlem av organisasjonen.

På bakgrunn av denne vurderingen foreslår departementet en bestemmelse som kun viser til forvaltningsloven, men med den utvidelse at fvl. § 12 annet ledd også skal omfatte organisasjon som parten ikke er medlem av.

Departementet anser at dette vil være mer brukervennlig enn å manifestere gjeldende rett ved å konstruere en selvstendig bestemmelse som benytter begrep som «fullmektig» etc. Det er ikke meningen å konstruerer et nytt «fullmektig»-begrep som atskiller seg fra gjeldende rett.

8.12 Forbud mot forskjellsbehandling ved innmelding og deltakelse i organisasjoner m.v.

8.12.1 Gjeldende rett

Verken arbeidsmiljøloven spesielt eller norsk rett generelt har pr. i dag bestemmelser som regulerer forbud mot forskjellsbehandling ved innmelding og deltakelse i organisasjoner.

Likestillingsloven § 8 nr. 1 og nr. 2 sier imidlertid at «en forening skal være åpen på like vilkår for kvinner og menn når medlemskapet i foreningen er av betydning for det enkelte medlems yrkesmuligheter eller faglige utvikling, eller foreningens formål i det vesentlige er å bidra til løsningen av alminnelige samfunnsproblemer.»

8.12.2 Direktivets regulering

Direktivet art. 3 nr. 1, bokstav d) angir anvendelsesområdet for direktivet til «medlemskab af og deltakelse i en arbeidstager- eller arbeidsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer utøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne».

8.12.3 Høringsforlaget

Arbeidslivslovutvalget foreslår en egen bestemmelse i arbeidsmiljøloven som gjør forbudet mot forskjellsbehandling i kapittel X A gjeldende også for medlemskap i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon. Dette gjelder også for fordeler som slike organisasjoner gir sine medlemmer. Bestemmelsene om positiv særbehandling, bevisbyrde og virkninger av forskjellsbehandling gis tilsvarende anvendelse.

Bestemmelsen er foreslått som et eget kapittel X B.

8.12.4 Høringsinstansenes merknader

Stopp Jobb Mobben mener at også medlemskap i andre organisasjoner bør omfattes.

8.12.5 Departementets vurdering

Norsk rett har pr. i dag ingen bestemmelser som regulerer forbud mot forskjellsbehandling ved innmeldelse og deltakelse i organisasjon, så for å gjennomføre denne direktivbestemmelsen, må tilsvarende innføres i norsk rett.

Departementet finner at arbeidsmiljøloven vil være mest nærliggende til å regulere dette forholdet, og foreslår at bestemmelsen plasseres som eget kapittel, for å markere at det i disse tilfellene *ikke er arbeidsgiver, men organisasjonen* som er ansvarssubjekt. Arbeidsmiljøloven omhandler i all hovedsak forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og organisasjoner vil ikke være ansvarssubjekt etter arbeidsmiljøloven på annen måte enn som arbeidsgiver. Forslag til § 54 L vil således til en viss grad bryte med arbeidsmiljølovens øvrige virkeområde og oppbygning, da bestemmelsen etablerer ansvar for organisasjonene overfor deres *medlemmer*, og ikke bare overfor egne arbeidstakere.

Arbeidslivslovutvalgets forslag til ordlyd er basert på direktivteksten samt det danske utkastet til endringer i lov om forbud mot forskjellsbehandling på arbeidsmarkedet m.v. § 5a, men med begrepet «*medlemskap i*» har man ment *innmelding*, til for-

skjell fra *deltakelse*, og en endring av ordlyden til «*innmelding og deltakelse i (...)*» vil etter departementets mening representerer en god presisering av innholdet i bestemmelsen. Departementet foreslår derfor å endre lovteksten tilsvarende.

Bestemmelsen innebærer at det vil være forbudt å forskjellsbehandle på grunn av de i § 54 B nevnte forhold ved innmelding i arbeidsgiver-, arbeidstaker- og yrkesorganisasjon. Forbudet mot forskjellsbehandling gjelder også fordeler disse organisasjonene gir sine medlemmer, for eksempel rabattordninger og tilbud om juridiske tjenester.

Etter departementets syn vil Arbeidslivslovutvalgets forslag til ordlyd kunne skape en viss tolkningstvil, og foreslår derfor å utforme bestemmelsen slik at det går frem at kapittel X A gjelder tilsvarende ved innmelding og medlemskap i arbeidstaker-, arbeidsgiver- og yrkesorganisasjon. Bestemmelsene i kapittel X A får således anvendelse så langt de passer. Aml. § 54 F om tilrettelegging av arbeid for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne vil for eksempel være en bestemmelse som ikke vil ha relevans ved innmelding og medlemskap i organisasjon. Klart relevante bestemmelser vil imidlertid være forbudbestemmelsene og tilhørende unntaksbestemmelse så langt den passer, samt bestemmelsen om positiv særbehandling, og sanksjonsbestemmelsene, herunder bestemmelsen om delt bevisbyrde. Innholdsmessig vil altså departementets forslag til lovtekst tilsvare Arbeidslivslovutvalgets forslag, men formuleringen foreslås endret for å demme opp for potensiell tvil om tolkning av bestemmelsens nærmere omfang.

9 Økonomiske og administrative konsekvenser

9.1 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 kost-/nytteanalyser.

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. Nyttens 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.

9.2 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, men formodningsvis ikke i særlig stor grad.

9.3 Konsekvensene for virksomhetene

Det som er nytt i lovforslaget i forhold til gjeldende rett er bl.a. innføring av et forbud mot diskriminering på grunn av alder. Dette innebærer en viss innskrenkning av styringsretten ved ansettelser for private arbeidsgivere.

Implementeringen innebærer dessuten 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 departementets 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.

Innføringen 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.

10 Nærmere omtale av de enkelte bestemmelsene

10.1 Til § 54 A Formål og anvendelsesområde

Til nr. 1

Se pkt. 8.1.5.1.

Til nr. 2

Se pkt. 8.1.5.2

Til nr. 3

Se pkt. 8.1.5.3

10.2 Til § 54 B Forbud mot forskjellsbehandling

Til nr. 1

Se pkt. 8.2.4.1

Kjønn

Se pkt. 8.2.4.8

Alder

Se pkt. 8.2.4.3

Religion og livssyn

Se pkt. 8.2.4.5

Hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse

Se pkt. 8.2.4.2

Seksuell orientering

Se pkt. 8.2.4.4

Funksjonshemming

Se pkt. 8.2.4.6

Politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Se pkt. 8.2.4.7

Til nr. 2

Se pkt. 8.2.4.8

10.3 Til § 54 C Definisjoner

Til nr. 1

Se pkt. 8.3.5.3

Til nr. 2

Se pkt. 8.3.5.4

Til nr. 3

Se pkt. 8.3.5.5

Til nr. 4

Se pkt. 8.3.5.6

10.4 Til § 54 D Unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

Til nr. 1

Se pkt. 8.4.5.1

Til nr. 2

Se pkt. 8.4.5.2

Til nr. 3

Se pkt. 8.4.5.3

Til nr. 4

Se pkt. 8.4.5.4

Til nr. 5

Se pkt. 8.4.5.5

10.5 Til § 54 E Positiv særbehandling

Se pkt. 8.5.5

10.6 Til § 54 F Tilrettelegging av arbeidsplassen for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne

Se pkt. 8.6.4

10.7 Til § 54 G Forbud mot gjengjeldelse

Se pkt. 8.7.5

10.8 Til § 54 H Opplysningsplikt

Se pkt. 8.8.4

10.9 Til § 54 I Bevisbyrde

Se pkt. 8.9.5

10.10 Til § 54 J Virkninger av forskjellsbehandling

Til nr. 1

Se pkt. 8.10.5.2

Til nr. 2

Se pkt. 8.10.5.1

Til nr. 3

Se pkt. 8.10.5.4

10.11 Til § 54 K Bruk av fullmektig

Se pkt. 8.11.5

takelse i organisasjoner m.v.

10.12 Til § 54 L Forbud mot forskjellsbehandling

Se pkt. 8.12.5

Del II

*Opphevelse av lov 5. juni 1981 nr. 45 om
tilsattes representasjon i offentlige virksomheters
styrende organer m.v.*

11 Innledning

Arbeids- og administrasjonsdepartementet foreslår å oppheve lov av 5. juni 1981 nr. 45 om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer. Loven ble vedtatt 5. juni 1981 men har aldri trådt i kraft. De tilsattes rett til representasjon i offentlige virksomheters styrende organer er i dag

delvis regulert i avtale, annen lovgivning, instruks og vedtekter. Ettersom det har gått såpass lang tid siden loven ble vedtatt, må loven anses foreldet slik at det uansett ikke er aktuelt å la loven tre i kraft slik den fremstår.

12 Lovforslagets bakgrunn

12.1 Historikk

Lov om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer ble sanksjonert som lov 5. juni 1981. Før ikrafttredelsen ble det imidlertid besluttet å foreta enkelte endringer i den vedtatte loven og spørsmålet om ikrafttredelsen ble av den grunn utsatt. I mellomtiden uttrykte imidlertid arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene i kommunal sektor et ønske om at de tilsattes rett til representasjon skulle reguleres ved avtale. KS og LO-forbundene i kommunal sektor hadde inngått en prinsippavtale om medbestemmelse. Partene kom frem til en mer konkret avtale om representasjon i styrende organer våren 1983. Avtalen som ble inngått inneholdt delavtaler om ansattes rett til representasjon i administrasjonsutvalg, arbeidsmiljøutvalg, datateknologi, tillitsvalgtes rettigheter og plikter, permitteringer, tvistebestemmelser m.v.

I statlig sektor var det også på det rene at partene ønsket spørsmålet om tilsattes rett til representasjon i styrende organer løst ved avtale. Det ble derfor tatt initiativ overfor Forbruker- og administrasjonsdepartementet (nåværende AAD) om inngåelse av tilsvarende avtale i staten. En slik avtale om representasjon ble imidlertid aldri inngått.

Loven ble på bakgrunn av disse omstendigheter stående uten ikrafttredelse.

12.2 Lov om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer m.v.

Loven gir de tilsatte rett til representasjon i styrende organer i offentlige virksomheter som eies eller drives av staten, fylkeskommunene eller kommunene. Hensikten med loven er i henhold til lovforarbeidene å gi de tilsatte representasjonsrett slik at de får mulighet til gjennom sine representanter å ta del i og påvirke den overordnede styringen av virksomheten.

I loven gjøres et skille mellom administrative og politiske organer. De tilsatte har kun rett til representasjon i styrende organer som bare eller i det vesentlige behandler administrative saker (admini-

strative organer) og i styrende organer som dels behandler administrative og dels politiske saker (organer med blandede funksjoner). Nærmere regler om de tilsattes representasjon gis i forskrift.

De tilsattes kompetanse som representanter i de styrende organer er forskjellig avhengig om det gjelder representasjon i administrative organer eller organer med blandede funksjoner. I administrative organer har de tilsatte tale-, forslags- og stemmerett i alle saker. I blandede organer har de tilsatte ikke stemmerett i sakstyper som er fastsatt som politiske. I organer med blandede funksjoner skal det fastsettes i reglement hvilke sakstyper som skal regnes som henholdsvis administrative og politiske.

12.3 Rettstilstanden i dag

De tilsattes rett til representasjon i offentlige virksomheters styrende organer bygger etter dagens rettstilstand på flere ulike grunnlag.

I kommunal sektor reguleres representasjonsretten først og fremst i kommuneloven og i hovedavtalen. Kommunen eller fylkeskommunen kan i medhold av kommuneloven § 11 opprette styre for kommunale eller fylkeskommunale institusjoner som skal forestå driften av institusjonen. Kommunestyret og fylkestinget kan bestemme at styret helt eller delvis skal velges av de tilsatte.

I kommunelovens § 25 er det gitt regler om de tilsattes rett til representasjon i parts sammensatte utvalg og nemnder i kommuner og fylkeskommuner. I henhold til bestemmelsen har de tilsatte rett til å velge representanter til administrasjonsutvalg som opprettes for å behandle saker som gjelder forholdet mellom kommunen eller fylkeskommunen som arbeidsgiver og de ansatte.

De tilsatte har også rett til representasjon i styret i kommunalt eller fylkeskommunalt foretak opprettet med hjemmel i kommuneloven kap. 11. Det følger av § 65 nr. 3 at et flertall av de tilsatte kan kreve at inntil en femdel av styrets medlemmer velges av blant de tilsatte.

Hovedavtalen del B regulerer de tilsatte rett til medbestemmelse. I henhold til § 1–3 skal medbe-

stemmelse utøves ved representasjon i lovbestemte og andre utvalg og gjennom ordningen med tillitsvalgte. Hovedavtalen regulerer tillitsvalgtes stilling og posisjon. Videre reguleres nærmere de tilsattes rett til representasjon i administrasjonsutvalg og i kommunale og fylkeskommunale foretak og om arbeidsmiljøutvalg opprettet i medhold av arbeidsmiljøloven.

I tillegg til representasjon med hjemmel i kommuneloven og hovedavtalen har de tilsatte rett til representasjon i interkommunale selskapers styrer jf. lov om interkommunale selskaper av 26. januar 1999 § 10.

I statlig sektor bygger de tilsattes rett til representasjon i styrende organer i hovedsak på lov, vedtekter eller instruks fastsatt ved kgl. res. samt hovedavtalen i staten.

Statlig virksomhet er i dag i stor grad organisert som foretak. Dette kan for eksempel være statsforetak, særlovselskaper, statsaksjeselskaper og vanlige ansvarlige selskaper og aksje- og allmennaksjeselskaper.

De ansatte har for det første rett til å være representert i styret i aksjeselskaper hvor staten eier alle aksjene, de såkalte statsaksjeselskapene jf. aksjeloven kap. 20.

De tilsatte i statsforetak har rett til representasjon i statsforetakets styre etter de samme prinsipper som i aksjeloven, jf. lov av 30. august 1991 § 20.

Når det gjelder selskaper organisert etter egne lover, for eksempel Norsk Tipping (lov av 28. august 1992), følger det av den enkelte lov om de tilsatte har rett til representasjon i de styrende organer. De fleste selskapene har innført representasjonsordninger.

Det eksisterer ingen særskilte regler om representasjon i offentlig statlig virksomhet som ikke er organisert som egne foretak eller selskaper slik kommuneloven og hovedavtalen i kommunal sektor gir for de tilsatte i kommuner og fylkeskommuner. Hovedavtalen i staten regulerer de tilsatte medbestemmelsesrett men har ingen bestemmel-

ser om representasjon. Det finnes derfor ingen generell regulering av de statstilsattes rett til representasjon i offentlige virksomheters styrende organer. Spørsmålet om representasjon er i tilfellet regulert i instruks, vedtekter eller lov tilknyttet den enkelte virksomhet. Som eksempel kan nevnes at de tilsattes rett til representasjon i styret i Direktoratet for Arbeidstilsynet tidligere var regulert i arbeidsmiljøloven, mens det nå er hjemlet i instruks (gitt ved kgl. res.)

12.4 Vurdering

Som ledd i Regjeringens arbeid med et enklere Norge, vurderer departementet opphevelse av lover som av ulike grunner ikke er trådt i kraft. Både generelt, og ut fra et regelforenklings synspunkt, fremstår det utvilsomt som uheldig at lovom tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer aldri ble opphevet da det ble klart at partene i arbeidslivet heller ville inngå avtaler på området.

Under enhver omstendighet er det nå over 20 år siden loven ble vedtatt og forholdene i den offentlige virksomhet har endret seg vesentlig. Blant annet er flere bransjer regulert i særlover, for eksempel helseforetakene. Det kan derfor ikke anses aktuelt å sette i kraft loven slik den er i dag.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

I

I lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. gjøres følgende endringer

Nytt kapittel X A med §§ 54 A til 54 K skal lyde:

Kap. X A Likebehandling i arbeidslivet

§ 54 A Formål og anvendelsesområde

1. Formålet med dette kapittel er å sikre likebehandling i arbeidslivet.
2. Kapittelet her 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.
3. Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for virksomhetens valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

§ 54 B Forbud mot forskjellsbehandling

1. Direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, religion, livssyn, hudfarge, nasjonal eller etnisk 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 C Definisjoner

1. Med direkte forskjellsbehandling menes at en person av grunner nevnt i § 54 B 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 B 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 B nr. 1

anses som forskjellsbehandling. Det anses som 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 B nr. 1 anses som forskjellsbehandling.

§ 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 medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er tillatt for såvidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler.

3. 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.

4. Arbeidsgiveren kan ved ansettelse innhente opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål eller om de er medlemmer av lønntakerorganisasjoner dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom 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. Tilsvarende skal gjelde opplysninger om søkerens eventuelle homofile legning eller homofile samlivsform. I tilfelle slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.

5. Unntatt fra forbudet i § 54 B nr. 1 om forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform skal være ansettelse i stillinger knyttet til religiøse trossamfunn, der det i utlysningen av stillingen er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet.

6. Kongen kan gi nærmere regler om rekkevidden av unntaket i nr. 3.

§ 54 E 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 F Tilrettelegging av arbeid for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne

For å sikre likebehandling skal arbeidsgiver så langt det er mulig og rimelig tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne. Arbeidsgiver plikter å iverksette tiltak slik at arbeidstakere med varig redusert arbeidsevne kan få eller 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 G Forbud mot gjengjeldelser

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage eller på annen måte tatt opp sak om brudd på bestemmelsene i dette kapittel, eller som har gitt uttrykk for at slik sak kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom arbeidstakeren 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 fullmektig

For bruk av fullmektig i saker etter dette kapittel som behandles av forvaltningen, gjelder forvaltningsloven § 12, med unntak av kravet til medlemskap i organisasjon som nevnt i § 12 annet ledd.

Nytt kapittel X B med § 54 L skal lyde:

Kap. X B Medlemskap og deltakelse i organisasjoner m.v.

§ 54 L Forbud mot forskjellsbehandling

Kapittel X A gjelder tilsvarende for medlemskap i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon. Dette gjelder også for fordeler som slike organisasjoner gir sine medlemmer.

§ 55 A oppheves.

II

Lov 5. juni 1981 nr. 45 om tilsattes representasjon i offentlige virksomheters styrende organer oppheves.

III

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.

Vedlegg 1**Rådskonvent 2000/78/EF – dansk språkversjon**

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling 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,
under henvisning til udtalelse fra Europa-Parlamentet,
under henvisning til udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg,
under henvisning til udtalelse fra Regionsudvalget,
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 likebehandling 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 likebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremelse samt arbejdsvilkår.
3. Når Fællesskabet gennemfører princippet om likebehandling, 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 dis-

kriminatioimod 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, 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, højelse 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 tredjelandsstatsborgere, men det omfatter ikke ulige behandling på grund af nationalitet, og det berører ikke bestemmelserne om tredjelandsstatsborgeres 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, arbejdsmønstre, 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 Amsterdamtraktaten, udtrykkeligt anført, at den respekterer og ikke anfægter den status i henhold til na-

- tional 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 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 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 Nord Irland nødvendiggør særlige bestemmelser i dette direktiv.
 35. Medlemsstaterne bør fastsætte effektive sanktioner, der står i rimeligt forhold til overtrædelser 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

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.

- 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

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 erhvervs-mæssig 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, erhvervs-mæssig videreuddannelse og omskoling, herunder praktisk arbejds-erfaring
 - c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn
 - d) medlemskab af og deltagelse i en arbejds- 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 tredjelandsstatsborgeres og statsløse personers indrejse og ophold i medlemsstaterne og heller ikke nogen form for behandling, der skyldes de pågældende tredjelandsstatsborgeres 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 aktiviteter karakter eller den sammenhæng de indgår i, udgør et regulært, legitimt og berettiget erhvervsmæssigt krav på baggrund af organisationens etik. Denne ulige behandling udøves under overholdelse af medlemsstaternes forfatningsmæssige bestemmelser og principper samt de generelle principper i fællesskabsret-

ten 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 erhvervsmæssige 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 erhvervstilknnyttede 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***Nord Irland**

1. For at imødegå et af de vigtigste religiøse samfunds underrepræsentation i Nord Irlands 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 Nord Irland og samtidig bidrage til at overvinde den historiske splittelse mellem de vigtigste religiøse samfund, der er repræsenteret i Nord Irland, finder dette direktivs bestemmelser om religion og tro ikke anvendelse på skolerne i Nord Irland, 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
