

1	HØRINGSNOTATETS HOVEDINNHOLD	3
1.1	INNLEDNING	3
1.2	SAMMENDRAG.....	3
2	BAKGRUNNEN FOR HØRINGSNOTATET	5
3	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF OM ENDRING AV RÅDSDIREKTIV 76/207/EØF	7
3.1	INNLEDNING	7
3.2	INNHOLET I DIREKTIV 2002/73/EF	7
3.3	GENERELLE BESTEMMELSER.....	7
3.4	HÅNDHEVING	8
3.5	DIALOG MED PARTENE I ARBEIDSLIVET	8
3.6	SANKSJONER	8
3.7	IMPLEMENTERINGSFRIST.....	8
3.8	DEPARTEMENTETS FORSLAG TIL OPPFØLGING AV DIREKTIVET	9
4	FORBUD MOT GJENGJEDELSE	10
4.1	INNLEDNING	10
4.2	GJELDENE RETT VEDRØRENDE GJENGJEDELSE - ARBEIDSMILJØLOVEN.....	10
4.3	FORSLAG I NOU 2002:12 OM RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	11
4.4	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF	12
4.5	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	13
4.6	FORSLAG TIL LOVTEKST.....	16
5	FORBUD MOT Å GI INSTRUKS OM Å FORSKJELLSBEHANDLE	17
5.1	INNLEDNING	17
5.2	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF.....	17
5.3	ARBEIDSMILJØLOVEN	17
5.4	FORSLAG I NOU 2002:12 RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	18
5.5	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	18
5.6	FORSLAG TIL LOVTEKST.....	19
6	UTVIDELSE AV LIKESTILLINGSLOVEN TIL OGSÅ Å OMFATTE TRAKASSERING PÅ GRUNN AV KJØNN	20
6.1	INNLEDNING	20
6.2	GJELDENE RETT	20
6.3	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF.....	21
6.4	FORSLAG I NOU 2002: 12 RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	21
6.5	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	22
6.6	FORSLAG TIL LOVTEKST.....	25
7	ERSTATNINGSANSVAR	26
7.1	INNLEDNING	26
7.2	GJELDENE RETT	26
7.3	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF.....	27
7.4	ARBEIDSMILJØLOVEN	27
7.5	FORSLAG I NOU 2002:12 RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	28
7.6	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	29
7.6.1	<i>Erstatningsansvar ved trakassering</i>	29
7.6.2	<i>Oppreisning – tydeliggjøring av gjeldende rett</i>	31
7.7	FORSLAG TIL LOVTEKST.....	32
8	DELT BEVISBYRDE	33
8.1	INNLEDNING	33
8.2	GJELDENE RETT	33
8.3	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73 /EF.....	34
8.4	ARBEIDSMILJØLOVEN	35
8.5	FORSLAG I NOU 2002:12 RETTSLIG VERN MOT ETNISK DISKRIMINERING	35
8.6	DEPARTEMENTETS VURDERING OG FORSLAG	36
8.6.1	<i>Delt bevisbyrde også utenfor arbeidsforhold</i>	36
8.6.2	<i>Delt bevisbyrde ved seksuell trakassering og trakassering på grunn av kjønn</i>	37

8.6.3	<i>Delt bevisbyrde ved gjengjeldelse og instruks</i>	38
8.6.4	<i>Forslag til lovtekst</i>	39
9	REAKSJONER PÅ OVERTREDELSER AV LIKESTILLINGSLOVEN	40
9.1	INNLEDNING	40
9.2	GJELDENDE RETT.	40
9.3	TVANGSMULKT	41
9.3.1	<i>Innledning</i>	41
9.3.2	<i>Europaparlaments – og rådsdirektiv 2002/73/EF</i>	41
9.3.3	<i>Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering</i>	41
9.3.4	<i>Markedsrådets adgang til å ilegge tvangsgebyr</i>	42
9.3.5	<i>Departementets vurdering og forslag</i>	42
9.3.6	<i>Forslag til lovtekst</i>	44
9.4	STRAFF FOR MANGLENDE OPPFYLLELSE AV PÅLEGG.....	44
9.4.1	<i>Gjeldende rett</i>	44
9.4.2	<i>Europaparlaments – og rådsdirektiv 2002/73/EF</i>	44
9.4.3	<i>Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering</i>	45
9.4.4	<i>Departementets vurdering og forslag</i>	45
10	ANDRE LOVENDRINGER	47
10.1	SØKSMÅLSFRIST	47
10.1.1	<i>Innledning</i>	47
10.1.2	<i>Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering</i>	47
10.1.3	<i>Søksmålsfrister i andre lover</i>	47
10.1.4	<i>Departementets vurdering og forslag</i>	47
10.1.5	<i>Forslag til lovtekst</i>	48
10.2	FORBUD MOT MEDVIRKNING TIL DISKRIMINERING	48
10.2.1	<i>Innledning</i>	48
10.2.2	<i>Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering</i>	48
10.2.3	<i>Departementets vurdering og forslag</i>	49
10.2.4	<i>Forslag til lovtekst</i>	49
11	LIKESTILLINGSLOVEN § 21 – REPRESENTASJON AV BEGGE KJØNN I ALLE OFFENTLIGE UTVALG M.V.	50
11.1	INNLEDNING	50
11.2	DISPENSASJON FRA KRAVET OM KJØNNSREPRESENTASJON I OFFENTLIGE UTVALG, STYRER, RÅD M.V. 50	
11.2.1	<i>Gjeldende rett</i>	50
11.2.2	<i>Departementets vurdering og forslag</i>	52
11.3	§ 21 SJETTE LEDD	52
11.3.1	<i>Bakgrunn</i>	52
11.3.2	<i>Departementets vurderinger og forslag</i>	52
12	ADMINISTRATIVE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER	53
13	FORSLAG TIL ENDRINGER I LIKESTILLINGSLOVEN	54
14	VEDLEGG	58
14.1	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2002/73/EF.....	58
14.2	DIRECTIVE 2002/73/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL	58

1 Høringsnotatets hovedinnhold

1.1 Innledning

Barne- og familiedepartementet sender med dette forslag til endringer i lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) på høring. Endringene foreslås i hovedsak for å harmonisere likestillingsloven med utvalgets forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, til ny lov mot etnisk diskriminering og nytt kapittel i arbeidsmiljøloven om likebehandling i arbeidslivet. Et annet viktig formål med forslaget er å sikre tilfredsstillende gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår. Frist for gjennomføring av direktivet er 5. oktober 2005.

I Ot. prp. nr. 97 (2002-2003) (kjønn i styrer) fremgår det at departementet tar sikte på å vurdere nærmere om dispensasjonsadgangen bør fjernes. Bakgrunnen for dette er først og fremst hensynet til likhet i regelverket, da regelverket om kjønnsrepresentasjon i styrer ikke har noen bestemmelse om dispensasjonsadgang. Departementet har ikke konkludert, men anmoder høringsinstansene om å komme med synspunkter på hvorvidt likestillingsloven § 21 annet ledd bør oppheves.

1.2 Sammendrag

I *kapittel 2* redegjøres det for hva som er bakgrunnen for høringsnotatet. I *kapittel 3* omtales Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF nærmere.

Departementet foreslår videre i *kapittel 4* å innføre et forbud i likestillingsloven mot å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage over brudd på loven eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Vitner skal også være omfattet av forbudet.

I *kapittel 5* foreslår departementet å innta en eksplisitt bestemmelse i likestillingsloven om at instruks om å forskjellsbehandle eller trakassere en person på grunn av kjønn er forbudt. Dette følger allerede av likestillingsloven og vil således kun være en tydeliggjøring av gjeldende rett.

I henhold til likestillingsloven er det ikke tillatt å utsette en annen for seksuell trakassering. Dette gjelder både *i og utenfor arbeidslivet*. I *kapittel 6* foreslås det å utvide bestemmelsen til også å omfatte trakassering på grunn av kjønn. Det foreslås videre at forbudet mot trakassering på grunn av kjønn skal gjelde både *i og utenfor arbeidslivet*. I likestillingsloven er det en vernebestemmelse som pålegger arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner å forebygge og søke å hindre at seksuell trakassering skjer innenfor sitt ansvarsområde. Det foreslås at denne skal utvides til også å omfatte trakassering på grunn av kjønn.

Det er i utgangspunktet et objektivt erstatningsansvar i arbeidsforhold ved brudd på likestillingsloven. Denne regelen kommer imidlertid ikke til anvendelse i saker om seksuell trakassering. I slike saker kreves det at overtredelsen er uaktsom eller forsettlig, at det kan påvises økonomisk tap og at det er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet. Departementet foreslår i *kapittel 7* å la reglene om

objektivt erstatningsansvar for økonomisk tap og oppreisning få anvendelse i saker om brudd på forbudet mot seksuell trakassering eller annen trakassering på grunn av kjønn som finner sted i arbeidslivet. Det foreslås også en presisering i ordlyden i likestillingsloven § 17, slik at det går tydeligere frem av lovens ordlyd at den som har blitt utsatt for forskjellsbehandling på grunn av kjønn i arbeidslivet kan få oppreisning på objektivt grunnlag.

I likestillingsloven § 16 er det en regel om delt bevisbyrde i alle saker som gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn fra arbeidsgivers side. Denne bestemmelsen kommer ikke til anvendelse ved seksuell trakassering. I *kapittel 8* foreslås det å utvide regelen om delt bevisbyrde til også å gjelde *utenfor arbeidslivet* samt i saker vedrørende seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn.

I *kapittel 9* foreslås det at Klagenemnda for likestilling skal få mulighet til å pålegge tvangsmulkt ved brudd på pålegg gitt av Nemnda. I dette kapitlet diskuteres også hvorvidt straffebestemmelsen i likestillingsloven skal utvides til også å omfatte fengselstraff. Departementet ønsker ikke å gå inn for en slik utvidelse.

Vedtak av Klagenemnda for likestilling kan bringes inn for domstolene. Det er ikke satt noen frist for en part for å bringe en sak inn for domstolene. I *kapittel 10* foreslås det en søksmålsfrist på 3 måneder. Videre foreslås det i samme kapittel å innføre et forbud mot medvirkning i likestillingsloven.

I *kapittel 11* diskuteres det hvorvidt likestillingsloven § 21 annet ledd bør oppheves. Det vil innebære at det ikke lenger vil være adgang til å søke om dispensasjon fra likestillingslovens krav om at hvert kjønn skal være representert med minst 40 prosent når det offentlige oppnevner eller velger råd, utvalg, styrer, nemnder mv. Departementet har ikke konkludert, men ber høringsinstansene komme med synspunkter på spørsmålet.

Forslagene anses ikke for å ha økonomisk eller administrative konsekvenser av betydning. Dette er redegjort for i *kapittel 12*.

Kapittel 13 inneholder selve lovutkastet, og *kapittel 14* inneholder Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73 /EF i norsk og engelsk versjon.

2 Bakgrunnen for høringsnotatet

Rådskonferansen 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår er en del av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalens vedlegg XVIII om helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av kvinner og menn. Direktivet ble endret 23. september 2002 ved *Europaparlaments- og rådskonferansen 2002/73/EF*. Endringene tar sikte på å implementere den foreliggende praksis fra EF-domstolene og justere direktivet i forhold til de to nye direktivene om diskriminering - rådskonferansen 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering) og rådskonferansen 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet.

Det er ventet at EØS-komiteen vil treffe beslutning om å innlemme Europaparlaments- og rådskonferansen 2002/73/EF i EØS-avtalen i løpet av 2004. Uavhengig av om direktivet innlemmes i EØS-avtalen kan Norge velge å gjennomføre tilsvarende endringer i norsk lovgivning. Europaparlaments- og rådskonferansen 2002/73/EF er nærmere omtalt i kapittel 3.

Rådskonferansen 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering) er fulgt opp ved NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet og 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. Sistnevnte ble behandlet av Stortinget og vedtatt ved endringslov 2. mars 2004 nr. 58. Loven trådte i kraft 1. mai 2004.

Forskjellsbehandling på grunn av kjønn er forbudt både i henhold til arbeidsmiljøloven og likestillingsloven, jf. arbeidsmiljøloven § 54 B nr. 1.¹ I den grad det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, vil imidlertid forholdet reguleres fullt ut av likestillingsloven. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 54 B nr. 2.² Dette betyr at en person som mener seg forskjellsbehandlet på grunn av kjønn ikke kan velge hvilket regelverk vedkommende vil forholdet seg til. Forholdet vil kun reguleres av likestillingsloven. Det er derfor viktig at likestillingsloven blir løftet opp på samme nivå som arbeidsmiljøloven slik at ikke en som blir diskriminert på grunnlag av kjønn har et dårligere vern enn de andre diskrimineringsgrunnlag.

Forbudet mot diskriminering på grunnlag av kjønn er en av grunnpilarene i den internasjonale menneskerettighetsbeskyttelsen. Prinsippet er nedfelt i alle de sentrale menneskerettighetskonvensjonene, så som FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 2 og 26, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 2 og 3 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 14. Spesielt sentralt på kjønnsdiskrimineringsområdet står FNs kvinnekonvensjon. Kvinnekonvensjonen skal innarbeides i lovgivningen, og et høringsnotat om innarbeidingen av konvensjonen ble sendt på høring i juni 2003. Regjeringen har nå

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).

bestemt at den ønsker at kvinnekonvensjonen skal innarbeides ved inkorporasjon. Inkorporasjonen skal skje gjennom likestillingsloven. Spørsmål knyttet til innarbeidingen av kvinnekonvensjonen i norsk lov vil bli nærmere omtalt i en odelstingsproposisjon om endringer i likestillingsloven, som ventelig vil fremmes i løpet av høsten 2004.

Rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet er fulgt i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering(Holgersenutvalget).

Regjeringen går inn for at Likestillingsombudet, Likestillingscenteret og Senter mot etnisk diskriminering (SMED) blir samlet i et nytt felles organ – Likestillings- og diskrimineringsombudet. Det nye ombudet skal håndheve likestillingsloven og en ny lov mot etnisk diskriminering, og ha en rolle som pådriver og veileder. Bakgrunnen er en anbefaling fra en tverrdepartemental arbeidsgruppe om felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet. Rapporten³ er ledd i oppfølgingen av NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering. Begge utredningene vil bli fulgt opp med et lovforslag.

Likestillingsloven og Holgersenutvalgets forslag til ny lov mot etnisk diskriminering i NOU 2002:12 er i store trekk like, med en del mindre forskjeller i enkelte materielle og prosessuelle bestemmelser. En del av disse ulikhetene foreslår departementet blir fjernet gjennom en harmonisering av de to lovene. Det tas sikte på å opprette et felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet fra 1. januar 2006. Det vil bli fremmet et eget lovforslag som hjemler opprettelsen og virksomheten til håndhevingsapparatet. Det er derfor viktig å sikre like gode regler i forhold til de ulike diskrimineringsgrunnlag. Like regler vil også lette saksbehandlingen i et organ som skal håndtere flere lover. Det er en forutsetning at en harmonisering løfter den ”svakeste” loven på nivå med den sterkeste. Fra rapporten vedrørende felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet siteres fra side 45:

”Det er imidlertid arbeidsgruppens klare oppfatning at en av de viktigste forutsetninger for å kunne lykkes med å etablere et felles håndhevingsapparat, er at diskrimineringslovene må være mest mulig harmoniserte. Spesielt viktig vil det være at håndhevingsmyndigheten blir mest mulig lik etter de to lovene, slik at diskrimineringsvernet blir det samme uavhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag som påberopes.”

Det fremgår av Ot. prp. nr. 104 (2002-2003)⁴ at det tas sikte på at alle grunnlagene for forskjellsbehandling i det nye kapitlet i arbeidsmiljøloven skal være underlagt det nye håndhevingsapparatet når dette blir operativt.

³ Felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet – rapport fra en tverrdepartemental arbeidsgruppe avgitt mai 2003.

⁴ Side 22.

3 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF

3.1 Innledning

Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår, er en del av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalens vedlegg XVIII om helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av kvinner og menn. Direktivet ble endret 23. september 2002 ved Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF (likebehandlingsdirektivet).

3.2 Innholdet i direktiv 2002/73/EF

Endringsdirektivet 2002/73/EF tar sikte på å implementere den foreliggende rettspraksis fra EF-domstolene og justeringer i forhold til EUs diskrimineringspakke som inneholder blant annet to nye direktiver om diskriminering - rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering) og rådsdirektiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet.

Direktivet inneholder en fortale og forslag til nye artikler som delvis erstatter artikler i rådsdirektiv 76/207/EØF. De nye artiklene gjelder i hovedsak bestemmelser om formålet med direktivet, begrepet forskjellsbehandling, og adgang til særbehandling. Videre er det bestemmelser om håndheving, sanksjoner og avsluttende bestemmelser.

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

3.3 Generelle bestemmelser

Formålet med direktivet er å styrke likestillingen mellom kjønnene. I direktivets forord vises det blant annet til at likestilling mellom kvinner og menn utgjør et grunnleggende prinsipp etter Amsterdamtraktaten art. 2 og 3 nr. 2 og i henhold til EF-domstolens rettspraksis. Det følger av traktatbestemmelsene at likestilling mellom kvinner og menn er et mål for Fellesskapet, som uttrykkelig blir pålagt å fremme likestilling i all sin virksomhet. Det vises videre til art. 141, særlig nr. 3, som gjelder krav om likestilling på arbeidslivets område.

Direktivet fastsetter at medlemsstatene aktivt skal ta hensyn til målet om likestilling ved utarbeidingen og gjennomføringen av lover og forskrifter. Det samme gjelder i forhold til politikktutforming og aktiviteter innen direktivets anvendelsesområde. Direktivet forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I artikkel 2 defineres hva som skal regnes som direkte og indirekte forskjellsbehandling, trakassering og seksuell trakassering. Videre anses også instruks om å forskjellsbehandle en person på grunn av kjønn som forskjellsbehandling i henhold til direktivet. Medlemsstatene må også innføre bestemmelser som beskytter mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver fordi en arbeidstaker eller arbeidstakerrepresentant har påklaget eller forfulgt en sak om forskjellsbehandling. Kvinnens rett til å vende tilbake til samme stilling etter avsluttet fødselspermisjon

klargjøres. Stillingsvern gis også menn i de statene som har regler om særskilt farspermisjon.

Bestemmelsen om positiv særbehandling i rådsdirektiv 76/207/EØF er endret, ved at det er inntatt en henvisning til den tilsvarende bestemmelsen i Amsterdamtraktaten art. 141 (4). Direktivet fastslår også at det adgang til å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet ved ansettelse, når et bestemt kjønn er en avgjørende faktor for utøvelsen av bestemte typer stillinger. Forbudet mot forskjellsbehandling gjelder også ved medlemskap og deltaking i en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon eller en organisasjon der medlemmene har et bestemt yrke.

3.4 Håndheving

Medlemsstatene pålegges å sikre at alle som føler seg skadelidende i forhold til direktivets bestemmelser skal ha tilgang til rettergang og/eller forvaltningsmessige fremgangsmåter også etter at forholdet som forskjellsbehandlingen skal ha inntruffet under, har opphørt. Medlemsstatene vil ha adgang til å sette visse frister for saksanlegg. Medlemsstatene forpliktes til å opprette ett eller flere uavhengige organer som skal arbeide for gjennomføringen av likebehandlingsprinsippet og støtte individer som mener seg diskriminert.

3.5 Dialog med partene i arbeidslivet

Det følger av artikkel 8 b at statene i overensstemmelse med nasjonale tradisjoner og nasjonal praksis skal legge til rette for dialog mellom partene i arbeidslivet som fremmer ”likebehandling, herunder gjennom overvåkning av praksis på arbeidsplassen, kollektivavtaler, adferdsregler, forskning, eller utveksling av erfaring samt god praksis.”

3.6 Sanksjoner

Statene må videre sikre faktisk og virkningsfull erstatning eller godtgjøring for det tap og den skade som en person er påført som følge av forskjellsbehandling. EF-domstolen har i sin tolkning av rådsdirektiv 76/207/EØF lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et objektivt erstatningsansvar, dvs. ansvar uten skyld.

Reglene om delt bevisbyrde fastsatt i rådsdirektiv 97/80/EF, som er en del av EØS-avtalen, gjelder for saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn etter blant annet rådsdirektiv 76/207/EØF, og vil også gjelde bestemmelsene i endringsdirektivet. Bestemmelsen gjelder ikke straffesaker. Delt bevisbyrde innebærer at så langt klager legger frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har vært en forskjellsbehandling, påligger det den innklagede å bevise at prinsippet om likebehandling ikke har vært brutt.

3.7 Implementeringsfrist

Fristen for gjennomføring av direktivet er i følge artikkel 2 punkt 1, 5. oktober 2005.

3.8 Departementets forslag til oppfølging av direktivet

Direktivet er en del av i EØS-avtalen. Norsk rett er i hovedsak i samsvar med direktivet, men innlemmelsen krever likevel noen endringer i likestillingsloven. Forslagene til endringer er omtalt i høringsnotatet kapittel 4 om gjengjeldelser, kapittel 5 om instruks, kapittel 6 om trakassering, kapittel 7 om erstatningsansvar og kapittel 8 om bevisbyrde.

4 Forbud mot gjengjeldelser

4.1 Innledning

I dette kapitlet behandles spørsmålet om det bør innføres et forbud mot gjengjeldelse i likestillingsloven, og hvordan et slikt forbud eventuelt bør utformes.

Departementet bruker begrepet gjengjeldelse om det som i dansk og svensk rett benevnes som represalier, og som i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering betegnes som negativ gjengjeldelse. I arbeidsmiljøloven § 54 G anvendes begrepet gjengjeldelse, da det i en normal forståelse av begrepet gjengjeldelse innfortolkes at det dreier seg om noe negativt. Departementet mener at begrepet gjengjeldelse er tilstrekkelig dekkende.

Et vern mot gjengjeldelse vil kunne sikre at den som tar opp en sak om diskriminering, ikke blir utsatt for ufordelaktig behandling fra den som hevdes å ha utøvd diskrimineringen som straff for å ta opp saken. Formålet vil være å beskytte den som har tatt opp diskriminering mot ugunstig behandling som følge av klagen. Vitner i en diskrimineringssak vil kunne ha det samme behovet for vern mot ugunstig behandling.

4.2 Gjeldende rett vedrørende gjengjeldelse - arbeidsmiljøloven

Det er ikke noe forbud mot gjengjeldelse i likestillingsloven. Ved endringslov 2. mars 2004 nr. 58 fikk imidlertid arbeidsmiljøloven et forbud mot gjengjeldelse i § 54 G⁵.

Det fremgår av forarbeidene til endringen i arbeidsmiljøloven (Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)) at det bare er arbeidstakere som er vernet mot gjengjeldelse. Også såkalte "varslere", dvs. arbeidstakere som tar opp forskjellsbehandling uten selv å være direkte rammet, vil imidlertid være en beskyttet gruppe etter bestemmelsen. Det uttales at begrepet "vitner", som brukt i NOU 2002:12 ikke vil være spesifikt nok, da dette vil kunne omfatte en videre krets av personer enn man har ment å beskytte.

Det legges det til grunn at arbeidsmiljøloven § 54 G beskytter mot gjengjeldelse i forhold til ethvert 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. Det fremgår at forbudet skal beskytte mot handlinger og uttalelser som medfører skade eller ubehag for den enkelte. Dette kan være oppsigelse, degradering, mindre spennende arbeidsoppgaver, omplassering, økt arbeidsbelastning, urimelige krav til overtid med mer.

Videre må gjengjeldelsen være en reaksjon fra arbeidsgivers side på en klage innenfor virksomheten eller annen form for rettsforfølging. Det må således foreligge årsakssammenheng mellom den ugunstige behandlingen og det forhold at det er fremmet klage på diskriminering. Det er imidlertid ikke meningen at forbudet mot gjengjeldelser

⁵ "Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage eller på annen måte tatt opp brudd på bestemmelsen i dette kapittel, eller som har gitt uttrykk for at slik sak kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom arbeidstakeren har opptrådt grovt uaktsomt."

skal innskrenke arbeidsgivers styringsrett i forhold til å gi advarsler og gjennomføre oppsigelser på ellers saklig grunnlag.

Tilfeller der klageren eller andre arbeidstakere har opptrådt grovt uaktsomt ved å fremsette en falsk eller useriøs klage, faller utenfor vernet her, selv om klageren faktisk er blitt utsatt for en form for gjengjeldelse.

4.3 Forslag i NOU 2002:12 om rettslig vern mot etnisk diskriminering

I NOU 2002: 12 foreslår utvalget at det innføres et forbud i loven mot negativ gjengjeldelse i forbindelse med en klage om etnisk diskriminering.⁶ Utvalget viser til at en slik regel vil styrke rettssikkerheten til den som blir diskriminert. Personer som mener å ha grunnlag for å klage skal ifølge utvalget kunne ta opp problemet uten frykt for en gjengjeldelse fra motparten.

Utvalget foreslår videre at vernet mot gjengjeldelse skal omfatte både klageren og eventuelle vitner, det vil si alle som har medvirket med opplysninger i saken.

Hovedsiktemålet vil ifølge utvalget være å gi fornærmede i diskrimineringssaker et vern mot negativ gjengjeldelse. Utvalget mener det vil være vanskelig å fastsette nøyaktige grenser for hva som er å anse som en negativ gjengjeldelse i selve lovteksten. Utvalget gir uttrykk for at det vil være nødvendig å trekke en grense mot rettmessige reaksjoner, for eksempel kan klageren ha opptrådt på en slik måte at det gir grunnlag for rettmessig oppsigelse eller andre former for reaksjoner.

Utvalget foreslår at vernet mot gjengjeldelse ikke skal gjelde uten begrensninger. Det kan, ifølge utvalget, ikke utelukkes at fornærmede har et bevisst ønske om å skade motparten nettopp gjennom å reise en diskrimineringssak, selv om vedkommende skulle ha nok innsikt i saken til å vite at forholdet ikke kommer til å bli ansett for å være i strid med lov mot etnisk diskriminering. Den innklagede skal, ifølge utvalget, ha mulighet til å beskytte seg mot eventuelle falske anklager. Utvalget foreslår derfor at vernet mot gjengjeldelse ikke bør gjelde når klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Utvalget foreslår en tilsvarende begrensning av vernet mot gjengjeldelse for et vitne, dersom det har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med sin medvirkning til sakens opplysning.

Utvalget foreslår at reglene om delt bevisbyrde skal gjelde for gjengjeldelser.

Videre foreslår utvalget at reaksjoner i lov mot etnisk diskriminering (pålegg om stansing og retting, tvangsmulkt og oppreisning) også skal kunne ilegges ved brudd på loven i form av gjengjeldelser.

⁶ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering kapittel 13.7

Forslag til lovtekst i utkast til lov mot etnisk diskriminering § 5:

”Det er forbudt å gjøre bruk av negativ gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage for brudd på denne loven, eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med klagen.

Forbudet i første ledd første punktum omfatter også vitner, med mindre vitnet har opptrådt grovt uaktsomt i saken.”

4.4 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF

I henhold til artikkel 7⁷ i direktiv 2003/73 /EF skal medlemsstatene innføre nødvendige bestemmelser for å verne arbeidstakere, herunder arbeidsrepresentanter i henhold til nasjonal lovgivning og /eller praksis, mot oppsigelse eller annen ugunstig behandling når dette er en reaksjon fra arbeidsgiveren på en klage som er fremsatt internt i et foretak eller på rettslige skritt som tar sikte på å sikre at prinsippet om likebehandling overholdes. Direktivet slår dermed fast at et effektivt vern mot diskriminering også må innebære en beskyttelse mot gjengjeldelse. Den vernede personkretsen er arbeidstakere herunder arbeidstakerrepresentanter.

Ufordelaktig behandling eller ufordelaktige følger i denne sammenhengen vil ikke falle inn under direktivets forbud mot forskjellsbehandling i artikkel 2. Gjengjeldelse eller represalier har ikke direkte sammenheng med diskrimineringsgrunnlaget, men har grunnlag i at den enkelte har tatt opp forhold som kan falle innenfor diskrimineringsforbudet.

EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser for likebehandling i arbeidslivet artikkel 11⁸ oppstiller forbud mot avskjed eller annen ufordelaktig behandling fra arbeidsgiveren som følge av at arbeidstakeren har tatt opp, påklaget eller forfulgt en sak om forskjellsbehandling. I henhold til EUs rådsdirektiv 2003/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse artikkel 9⁹ skal medlemsstatene innføre nødvendige bestemmelser for å beskytte enkeltpersoner mot ufordelaktig behandling som gjengjeldelse for at han eller hun har tatt opp, påklaget eller forfulgt en sak om diskriminering.

Forbudet i rådsdirektiv 2002/73/EF svarer langt på vei til forbudet mot represalier i rådsdirektiv 2000/43/EF og 2000/78/EF. Den vernede personkretsen er imidlertid litt forskjellig. I rådsdirektiv 2000/73/EF er den vernede personkretsen begrenset til ansatte herunder arbeidstakerrepresentanter, i 2000/78/EF er personkretsen begrenset til ansatte her er ikke arbeidstakerrepresentanter nevnt, mens rådsdirektiv 2000/43/EF ikke har noen tilsvarende begrensning. Sistnevnte direktiv gjelder både i og utenfor arbeidsforhold.

⁷ Artikkel 7 i direktivet lyder:

”Medlemsstatene skal innføre i sin nasjonale rettsorden de tiltak som er nødvendige for å verne arbeidstakere, herunder arbeidstakerrepresentanter i henhold til nasjonal lovgivning og/eller praksis, mot oppsigelse eller annen ugunstig behandling når dette er en reaksjon fra arbeidsgiveren på en klage som er fremsatt internt i foretak eller på rettslige skritt som tar sikte på å sikre at prinsippet om likebehandling overholdes ”

⁸ Artikel 11 Beskyttelse mot represalier

”Medlemsstaterne indfører i deres retsorden de nødvendige foranstaltninger til at beskytte arbeidstagerne mod afskedigelse eller anden ufordelaktig 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.”

⁹ Artikel 9 Repressalier

” Medlemsstaterne indfører i deres retsorden de nødvendige foranstaltninger til at beskytte enkeltpersoner mod ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger som reaktion på en klage eller enhver form for retsforfølgning med det formål at sikre, at prinsippet om ligebehandling iagttages.”

4.5 Departementets vurdering og forslag

For å oppfylle direktivets krav og få til en harmonisering med reglene i arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets¹⁰ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering foreslår departementet å innføre et forbud mot gjengjeldelse i likestillingsloven. Forskjellsbehandling på grunn av kjønn vil, som nevnt i kapittel 2, også være forbudt etter arbeidsmiljøloven, men vil kun reguleres av likestillingsloven. Det er derfor viktig at den som blir diskriminert på grunnlag av kjønn ikke har et dårligere vern enn de andre diskrimineringsgrunnlagene.

Etter direktivet er medlemsstatene bare forpliktet til å la bestemmelsen gjelde i arbeidsforhold. Dette er også i samsvar med arbeidsmiljøloven. Barne- og familiedepartementet er imidlertid av den oppfatning at bestemmelsen bør gjelde både *i og utenfor arbeidsforhold*, da det også vil være behov for en slik bestemmelse på andre områder eksempelvis i organisasjoner og skoler. Å la bestemmelsen komme til anvendelse også utenfor arbeidsforhold er naturlig i og med at likestillingsloven gjelder både i arbeidslivet og i hele samfunnet forøvrig. Dette vil også være i samsvar med forslaget til Holgersenutvalget.

Det vises for øvrig til at Likestillingsombudet har bedt departementet vurdere om det bør tas inn et forbud mot gjengjeldelser i likestillingsloven. Ombudet er ikke kjent med at gjengjeldelse er noe stort problem, men hun mener likevel at det er ingen tvil om at noen arbeidstakere unnlater å ta opp saker av frykt for reaksjoner fra arbeidsgiver. Et forbud mot gjengjeldelser kan etter Ombudets mening kanskje gi en større trygghet for disse personene.

Et slikt forbud vil styrke rettsikkerheten for den som blir diskriminert, slik at problemer knyttet til kjønnsdiskriminering kan tas opp og forfølges uten frykt for gjengjeldelse fra motparten. En slik regel vil dermed medvirke til en mer effektiv gjennomføring av loven ved at flere ”tør å klage” og det følgelig kan bli ryddet opp i flere kjønnsdiskriminerende forhold.

Noen gjengjeldelser vil allerede kunne rammes av andre lover for eksempel arbeidsmiljølovens bestemmelser om usaklig oppsigelse. Allikevel er det viktig å få et eksplisitt forbud mot gjengjeldelse, noe som vil bidra til en viktig synliggjøring i likestillingsloven.

Hva regnes som gjengjeldelse?

Hvilke handlinger som regnes som gjengjeldelser vil måtte bero på en konkret vurdering. I de land som har regler om forbud mot gjengjeldelser er det i stor grad overlatt til domstolene eller særskilte tilsynsorganer å avgjøre hvilke handlinger som er å anse som gjengjeldelser. Forbudet skal imidlertid beskytte mot handlinger og uttalelser som medfører skade eller ubehag for den enkelte. Typetilfeller som vil kunne rammes av forbudet kan være oppsigelse, degradering, mindre spennende arbeidsoppgaver, omplassering, økt arbeidsbelastning, urimelige krav til overtid med mer, etter at det er fremmet klage om diskriminering. Det er imidlertid ikke meningen at forbudet mot gjengjeldelser skal innskrenke arbeidsgivers styringsrett i forhold til muligheten til å for

¹⁰ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

eksempel å gi advarsler og gjennomføre oppsigelser på saklig grunnlag i henhold til bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Det vil følgelig være nødvendig å trekke en grense mot rettmessige reaksjoner. For eksempel kan det tenkes at en arbeidstaker som mener seg utsatt for kjønnsdiskriminering, uavhengig av klagen, kan ha opptrådt på en slik måte at det gir grunnlag for rettmessig oppsigelse eller andre former for reaksjoner.

Når det gjelder negative kommentarer eller trakasserende ytringer, vil det måtte bero på en konkret vurdering. Hvor graverende ytringen er, og om den har bidratt til å skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende miljø må vektlegges. Arbeidsgiveren må kunne ta til motmæle ved en påstand om diskriminering, men dette må skje i ordnede former. Dersom arbeidsgiveren for eksempel på eget initiativ bringer saken opp i allmøte i sterkt klandrende ordelag, vil en slik adferd etter en konkret vurdering kunne betraktes som gjengjeldelse.

For at et forhold skal kunne betegnes som gjengjeldelse, kreves at det foreligger 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. Tiden som har gått fra klagen og til den ugunstige behandlingen må kunne telle med i vurderingen. Hvis det for eksempel har gått flere år mellom klagen og den ugunstige behandlingen, kan dette tale for at det ikke foreligger noen årsakssammenheng, og dermed ikke gjengjeldelse.

Forbudet mot gjengjeldelse omfatter ikke den innklagedes rettmessige og lovlige reaksjonsmuligheter, selv om det foreligger årsakssammenheng med klagen. I samsvar med dette må den part som har fått en klage mot seg, ha full adgang til å forsvare seg mot klagen, til å gå til motsøksmål, til å innkalle "uvennlige" vitner og til å fremlegge dokumenter som taler i klagerens disfavør.

Det er et vilkår for at forbudet mot gjengjeldelse skal komme til anvendelse at det er fremmet klager eller at det er gitt uttrykk for at klage vil bli fremmet. Følgelig er det etter departementets vurdering tilstrekkelig at det er gitt uttrykk for at klage vil bli fremmet og dermed ikke noe vilkår om at formell klage faktisk er fremmet. Det må legges til grunn en vid forståelse av hva som skal anses som klage, slik at både klager til arbeidsgiver eller overordnet, klage til fagforening, klage til håndhevingsapparatet, til Stortingets ombudsmann for forvaltningen, til andre forvaltningsmyndigheter og forberedelser til søksmål for domstolene vil være omfattet.

Hvem er omfattet av forbudet mot gjengjeldelse?

Både den som konkret blir utsatt eller mener seg utsatt for forskjellsbehandling og andre som tar opp forskjellsbehandlingen uten selv å bli direkte rammet, foreslås beskyttet av bestemmelsen.

Etter departementets vurdering bør også eventuelle vitner omfattes av forbudet mot gjengjeldelse slik at vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønn skal fungere mest mulig effektivt. Slike vitner kan for eksempel være personer som arbeider på samme arbeidsplass som fornærmede. Det vil være vanskelig å bevise at det har forekommet diskriminering, dersom vitnene frykter for gjengjeldelser og nekter å gi opplysninger til de organer som skal behandle diskrimineringsaken. Begrepet vitner må forstås i vid forstand. Begrepet omfatter ikke bare vitner i en sak for Klagenemnda for likestilling eller eventuelt

en rettssak for domstolene, men også enhver som bidrar til at en sak om diskriminering blir opplyst.

Når det gjelder vern av den som selv er part i diskrimineringssaken, er det ikke gitt at selve forbudet mot diskriminering vil ramme forholdet, da gjengjeldelsen nettopp har sitt grunnlag i at det diskriminerende forhold ble tatt opp, og ikke i det opprinnelige forholdet.

På denne bakgrunn foreslår departementet å innføre et forbud i likestillingsloven mot å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på loven eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Vitner skal også være omfattet av forbudet.

Unntak fra forbudet mot gjengjeldelse

Av arbeidsmiljøloven § 54 G fremgår det at vernet mot gjengjeldelse ikke skal gjelde dersom klageren eller vitnet har opptrådt grovt uaktsomt. Formålet med å begrense vernet, er å hindre at det fremmes useriøse eller falske anklager om diskriminering. Det samme er foreslått i Holgersenutvalget¹¹. I prosessretten finnes det allerede regler om beviskrav, bevisførsel og rettslig interesse som i noen grad antagelig kan avhjelpe at det fremmes useriøse eller falske anklager om diskriminering. Departementet ser imidlertid at det kan være hensiktsmessig å markere at vernet mot gjengjeldelse ikke skal være altomfattende og på den måten bidra til å forhindre at for eksempel en arbeidsgiver blir utsatt for useriøse og falske anklager om kjønnsdiskriminering. Den vernede interessen som skal beskyttes er fornærmedes og ev. andres frihet til å forfølge en diskrimineringssak. Den er ikke like beskyttelsesverdig når klageren eller vitnet har opptrådt grovt uaktsomt

Departementet foreslår derfor at forbudet ikke skal gjelde dersom klageren eller vitnet har opptrådt grovt uaktsomt. Hvorvidt klageren eller vitnet har opptrådt grovt utaktsomt må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet. Bedømmelsen må skje med grunnlag i klagerens og vitnets situasjon og forutsetninger. Denne begrensning i vernet mot forbudet mot gjengjeldelse setter selvfølgelig ikke til side eventuelle regler i annen lovgivning som setter forbud mot eller gir et vern mot selve gjengjeldeshandlingen.

Delt bevisbyrde

Departementet foreslår at reglene om delt bevisbyrde skal gjelde også ved gjengjeldelse, både når gjengjeldelsen skjer i og utenfor arbeidslivet. Den som anser seg utsatt for gjengjeldelse og fremmer en slik sak, må da i første omgang kunne vise til omstendigheter som gir grunn til å anta at vedkommende har vært usatt for en lovstridig gjengjeldelse. Det vil si at den som har blitt utsatt for ufordelaktig behandling som vedkommende anser som gjengjeldelse, må fremskaffe opplysninger om faktiske forhold som gir grunn til å tro at den ufordelaktige behandlingen skyldes gjengjeldelse. Dette vil ordinært innebære å fremlegge opplysninger om at vedkommende har klaget eller tatt skritt for å klage over kjønnsdiskriminering, eventuelt har opptrådt som vitne i en diskrimineringssak og deretter blitt utsatt for en ugunstig behandling. Dersom dette er sannsynliggjort går bevisbyrden over på motparten som må sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted noen gjengjeldelse i strid med loven. Det vil si at den ugunstige behandlingen likevel ikke har noen sammenheng med den forutgående klagen/diskrimineringssaken. Det må også være opp til denne parten å sannsynliggjøre at saksøkeren har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse

¹¹ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

med fremsettelse av den opprinnelige klagen og derfor ikke er vernet av forbudet mot gjengjeldelse. Dette er også nærmere omtalt i kapitel 9 samt i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 12.

Reaksjoner ved brudd på bestemmelsen

Departementet foreslår videre at likestillingslovens reaksjonssystem også skal komme til anvendelse på gjengjeldelse. Det medfører at vedkommende som har vært utsatt for gjengjeldelse bl.a. vil kunne ha krav på erstatning. I arbeidsforhold vil det foreligge et objektivt erstatningsansvar, mens utenfor arbeidsforhold vil de alminnelige regler om skadeerstatning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av likestillingsloven komme til anvendelse. Det er særlig alvorlig å bli utsatt for gjengjeldelse i arbeidsforhold, og det må derfor stilles høyere krav til arbeidsgivere og deres opptreden overfor sine ansatte.

4.6 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår at § 3 får et nytt femte ledd som lyder:

Det er ikke tillatt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på denne loven, eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med klagen. Forbudet omfatter også vitner, med mindre vitnet har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med saken

5 Forbud mot å gi instruks om å forskjellsbehandle

5.1 Innledning

Departementet foreslår å innta en eksplisitt bestemmelse i likestillingsloven om at instruks om å forskjellsbehandle eller trakassere en person på grunnlag av kjønn er forbudt.

I likestillingsloven finnes det ingen bestemmelse som innebærer et uttrykkelig selvstendig forbud mot å diskriminere gjennom instruks, ordre eller lignende. Instruks er imidlertid en handling som også er omfattet av likestillingsloven § 3 selv om det ikke er eksplisitt uttalt. Dette fremgår av forarbeidene til sist endring av likestillingsloven hvor det vises til at det gjennom praksis er fastslått at ikke bare de handlinger som *har* medført at noen har kommet i en dårligere stilling, men også de som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven.

5.2 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF

Det fremgår av artikkel 2 punkt 4 at en instruks om å forskjellsbehandle en person på grunnlag av kjønn skal anses som forskjellsbehandling i henhold til direktivet. Instruks er ikke definert i direktivet. Meningen må imidlertid være å ramme ordre, retningslinjer, formaninger, oppfordringer etc. overfor en eller flere personer om å diskriminere på bakgrunn av kjønn, ut fra den tanke at ikke bare den som diskriminerer, men også de som initierer eller beordrer diskrimineringen bør rammes av forbudet.

5.3 Arbeidsmiljøloven

Ved endringslov 2. mars 2004 nr. 58 fikk arbeidsmiljøloven en bestemmelse i § 54 C nr. 4¹² som forbyr instruks om å forskjellsbehandle blant annet på grunn av religion, livssyn, hudfarge og nasjonal eller etnisk opprinnelse, etter mønster fra den tilsvarende bestemmelsen i EUs rådsdirektiv 2000/78/EF.

I forarbeidene¹³ fremgår det at det er selve det å gi instruks om å forskjellsbehandle som er forbudt, uavhengig av om instruks 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 det å gi ordren eller instruks som i seg selv utgjør diskrimineringen.

Det uttales videre i forarbeidene at brudd på forbudet mot instruks om forskjellsbehandling, som faktisk fører til at noen krenkes, i likhet med brudd på de øvrige diskrimineringsforbud vil kunne håndheves ved krav om økonomisk og ikke-økonomisk erstatning. Ved instruks som ikke har medført faktisk diskriminering vil denne sanksjoneringsform ikke være effektiv. Det anføres at straffeansvar vil være den aktuelle sanksjonsform. Arbeidsmiljøloven § 85 vil være anvendbar.

¹² § 54 C nr. 4 lyder slik:

”Enhver instruks om å forskjellsbehandle personer av grunner nevnt i § 54 B nr. 1 anses som forskjellsbehandling.”

¹³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) side 37 flg.

Det fremgår også av forarbeidene at instruks om å trakassere også omfattes, selv om dette sannsynligvis ikke forekommer ofte. Det kan likevel ikke sies å være noen grunn til å behandle instruks om trakassering annerledes enn instruks om direkte og indirekte forskjellsbehandling.

I den grad det er tillatt å forskjellsbehandle etter unntaksbestemmelsen vil det også være tillatt å instruere om å forskjellsbehandle.

5.4 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Utvalget konstaterer at instruks om å diskriminere eller trakassere noen på grunn av etnisitet i mange tilfeller vil kunne rammes av de alminnelige reglene om diskriminering og trakassering. Likevel foreslås det å si eksplisitt i lovteksten at de generelle reglene om diskriminering og trakassering skal gjelde tilsvarende for instruks om å diskriminere eller trakassere noen på grunnlag av etnisitet.¹⁴ Med dette ønsker utvalget å klargjøre at en instruks om å diskriminere vil rammes av forbudet selv om den ikke har hatt en konkret diskriminerende virkning, det vil si også når den er fremsatt av instruksgeberen uten at noen har foretatt den handling instruks krever utført. I slike situasjoner vil handlingen være fullbyrdet fra instruksgeberens side, og utvalget anser det rimelig å ramme disse tilfellene på samme måte som der instruksens innhold faktisk blir gjennomført.

5.5 Departementets vurdering og forslag

Selv om departementet er av den oppfatning at instruks allerede er omfattet av likestillingsloven § 3 kan det likevel være hensiktsmessig å innføre et eksplisitt forbud mot instruks om å forskjellsbehandle eller trakassere en person på grunnlag av kjønn. Dette vil også være i samsvar med EU- rettens krav til uttrykkelighet – ved at så mye som mulig skal kunne leses direkte ut av ordlyden. En slik lovendring vil samsvare med endringen som nylig er vedtatt i arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets¹⁵ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering. En tydeliggjøring av dette vil kunne ha en preventiv effekt, samtidig som det ikke bør ses bort fra symbolverdien av en slik bestemmelse.

Ved dette forslag til lovendring vil det bli klargjort at instruks om diskriminering på grunn av kjønn rammes. Dette vil være uavhengig av om den har fått en konkret diskriminerende virkning eller ikke. Det er instruks i seg selv som er klanderverdig, uansett om instruks følges opp eller ikke. Gjerningsbeskrivelsen vil med andre ord være oppfylt fra instruksgeberens side *i og med* instruks, uavhengig av om den handling, unnlattelse mv. instruks krever er foretatt. Det er instruks i seg selv som utgjør diskrimineringen. Instruks om å trakassere vurderes på samme måte, selv om dette er noe mindre praktisk

Med instruks forstås ordre, retningslinjer, formaninger, befalinger etc. overfor en eller flere personer om å diskriminere. Implisitt i begrepet instruks ligger at det må foreligge et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold mellom den som gir instruks og

¹⁴ jf. NOU 2002:12 kapittel 13.5, s. 245.

Utvalget foreslår følgende bestemmelse inntatt i lovutkastet § 3 bokstav c:

”Bokstav a og b gjelder tilsvarende for instruks om å diskriminere eller trakassere noen på grunn av etnisitet.”

¹⁵ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

den som utfører den. Særlig aktuelt er forholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, men også andre relasjoner vil være omfattet.

I den grad den handling eller unnlatelse det instrueres om faller inn under det som er tillatt indirekte forskjellsbehandling etter unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd vil det også være tillatt å instruere om sådan handling eller unnlatelse. Da trakasseringsforbudet er absolutt, vil det i praksis aldri kunne være saklig å instruere om å trakassere.

Som det fremgår av det som tidligere er skrevet, vil dette kun være en tydeliggjøring av gjeldende rett. Reglene om delt bevisbyrde og reaksjonene ved brudd på loven vil følgelig komme til anvendelse på vanlig måte.

5.6 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår en ny bestemmelse i likestillingsloven § 3 første ledd som skal lyde:

En instruks om å forskjellsbehandle eller trakassere en person på grunnlag av kjønn er ikke tillatt.

6 Utvidelse av likestillingsloven til også å omfatte trakassering på grunn av kjønn

6.1 Innledning

I dette kapittelet foreslår departementet å utvide bestemmelsen om seksuell trakassering i likestillingsloven til også å omfatte trakassering på grunn av kjønn.

6.2 Gjeldende rett

Likestillingsloven

Etter likestillingsloven § 3 er det ikke tillatt med direkte eller indirekte forskjellsbehandling av menn eller kvinner. Likestillingsloven inneholder en egen bestemmelse om seksuell trakassering. Etter likestillingsloven § 8 a første ledd er det ikke tillatt å utsette en annen for seksuell trakassering. Av rettssikkerhetshensyn håndheves denne bestemmelsen av domstolsapparatet. Seksuell trakassering defineres som uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.

I tillegg er det i § 8 a tredje ledd en verneregel om seksuell trakassering. Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner har ansvar for å forebygge og søke å hindre at seksuell trakassering skjer innenfor sitt ansvarsområde. Vurderingstema blir om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge og søke å forhindre at seksuell trakassering skjer innenfor sitt område. Vernebestemmelsen håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling.

Det følger av § 8 a femte ledd at likestillingslovens hovedregel om delt bevisbyrde og objektivt ansvar ved overtredelse av diskrimineringsforbudet, ikke gjelder saker om seksuell trakassering. For slike saker kommer de alminnelige regler om skadeserstatning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse til anvendelse. I forhold til bevisbyrdekrav, vil de alminnelige prosessregler gjelde. Det vil si saksøker har bevisbyrden, og eventuell tvil om faktum i en sak går i disfavør av saksøker. Se nærmere om dette i kapittel 8.

Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 12 har et generelt forbud mot trakassering på alle grunnlag. Ved endringslov 2. mars 2004 nr. 58 fikk arbeidsmiljøloven et nytt kapitel om likebehandling i arbeidslivet. I § 54 C nr 3 anses trakassering av grunner nevnt i § 54 B nr 1¹⁶ som forskjellsbehandling. Det anses som trakassering når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.

Presiseringen i § 54 C nr 3 var nødvendig på bakgrunn av at arbeidsmiljøloven § 12 trolig ikke ville tilfredsstille rammedirektivets krav (Rådsdirektiv 2000/78 /EF om forbud mot

¹⁶ § 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.

diskriminering i arbeidslivet) til effektiv sanksjonering. I tillegg følger arbeidsmiljøloven § 12 de ordinære bevisbyrderegler, slik at det er den som påstår seg trakassert som må sannsynliggjøre dette for eksempel i et erstatningssøksmål mot arbeidsgiver. Etter rammedirektivet skal imidlertid personer som mener seg krenket av forbudet mot forskjellsbehandling i form av trakassering kunne påberope seg delt bevisbyrde.

6.3 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF

I fortalen til direktivet nummer 8, heter det at trakassering på grunnlag av kjønn og seksuell trakassering strider mot prinsippet om likebehandling av kvinner og menn, og det er derfor hensiktsmessig å definere disse begrepene og forby slike former for forskjellsbehandling. Etter nummer 9 oppmuntres arbeidsgivere til å forebygge forskjellsbehandling.

I direktivets artikkel 2 nummer 3 fremgår det at trakassering og seksuell trakassering skal anses som forskjellsbehandling på grunn av kjønn og derfor skal forbys. Det at en person avviser eller godtar en slik adferd skal ikke brukes som grunnlag for en beslutning som berører vedkommende. Et eksempel på dette kan være en kvinne som jobber i brannvesenet og blir nektet å klatre i stiger, med den begrunnelse fra leder at kvinner er uegnet til dette. Dersom kvinnen ikke motsier lederen, innebærer ikke dette at leder rettmessig kan beslutte at hun ikke skal klatre i stiger.

I artikkel 2 nr 2 defineres trakassering¹⁷ og seksuelle trakassering¹⁸.

6.4 Forslag i NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Utvalget foreslår i utkast til ny lov mot etnisk diskriminering § 3 et forbud mot at noen blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville bli behandlet i en tilsvarende situasjon på grunn av sin etnisitet.

Selv om trakassering i utgangspunktet faller inn under lovens hovedregel om forbud mot etnisk diskriminering, foreslår likevel utvalget i § 3 bokstav b¹⁹ en eksplisitt bestemmelse om trakassering. Utvalget legger til grunn at beskyttelsen i en ny norsk lov bør være minst like omfattende som minimumskravet etter rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse.

¹⁷ ”Uønsket adferd som er knyttet til en persons kjønn og som har som formål eller virkning å krenke en persons verdighet og skape en truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehaglig miljø.”

¹⁸ Når det inntreffer en form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adferd av seksuell karakter som har som formål eller virkning å krenke en persons verdighet og skape en truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø.”

¹⁹ ”Trakassering på grunnlag av etnisitet er forbudt. Med trakassering menes gjentatte eller vedvarende handlinger, unnløtelser eller ytringer rettet mot noen på grunn av deres etnisitet og som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.”

Trakasseringsbestemmelsen forutsetter at handlingen eller ytringen er uønsket fra fornærmedes side. Handlingen, unnlåtelsen eller ytringen må rettes mot en eller flere personer.

6.5 Departementets vurdering og forslag

Departementet foreslår et utrykkelig forbud mot trakassering på grunn av kjønn i likestillingsloven. Formålet er å presisere at trakassering er en del av forbudet mot forskjellsbehandling. Dette er nødvendig for å oppfylle direktivet og EU-rettens krav til uttrykkelighet. Videre har departementet vektlagt behovet for en harmonisering med reglene i arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets²⁰ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering. Både arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets forslag inneholder et eksplisitt forbud mot trakassering.

Trakassering vil antagelig omfattes av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3. Hvis for eksempel arbeidsgiver trakasserer arbeidstakere av det ene kjønn vil det sannsynligvis omfattes, men det kan være mer uklart om trakassering mellom arbeidskollegaer omfattes. Departementet ønsker å fjerne denne uklarheten og presisere at vernet mot trakassering gjelder uavhengig av hvem som trakasserer. I tillegg fremgår det av arbeidsmiljøloven § 54 B annet ledd at likestillingsloven kommer til anvendelse dersom forskjellsbehandlingen i arbeidslivet skyldes kjønn. Det blir da et problem når likestillingsloven ikke inneholder noe eksplisitt vern mot trakassering på grunn av kjønn. Uten den foreslåtte endringen i likestillingsloven, vil personer i arbeidslivet som blir trakassert på grunn av kjønn ikke være like godt vernet som ved trakassering på andre grunnlag.

Hva regnes om trakassering på grunn av kjønn ?

Departementet foreslår en definisjon av trakassering som ligger nær opp til direktivets definisjon. Direktivet²¹ definerer trakassering som uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet. I tillegg er det et vilkår for trakassering at den aktuelle adferd *har til hensikt eller fører til* at en annens verdighet krenkes. Departementet finner at dersom verdigheten til en person krenkes, vil dette i praksis alltid være nedverdiggende eller ydmykende for den krenkede, jf. direktivets formulering om at det skapes et ”truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø.” Departementet legger derfor frem forslag om en definisjon hvor dette er utelatt.

Begrepet trakassering på grunnlag av kjønn, også sett i forhold til begrepet seksuell trakassering, kan være noe vanskelig å få tak i. Eksempel på trakassering på grunn av kjønn er at kvinnelige arbeidstakere stemples som udugelige fordi de er kvinner eller mobbes på annen måte fordi de er kvinner.

Trakassering kan være særskilt plagsom for fornærmede, og dels fordi den kan gjenta seg over et lengre tidsrom. Trakassering utgjør en særlig form for diskriminering. Begrepet

²⁰ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

²¹ ”Trakassering”: uønsket adferd som er knyttet til en persons kjønn og som har som formål eller virkning å krenke en persons verdighet og skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø.

favner om en rekke ulike forhold, som har det til felles at handlemåten er sjikanøs eller plagsom, at den er uønsket fra fornærmedes side samt at den gjentar seg eller har en vedvarende karakter. Trakasseringsbegrepet blir gjerne sett i sammenheng med ubalanse i makt mellom den (eller de) som trakasserer på den ene siden og den trakasserte på den annen. Maktubalansen kan være formell (offiseren som sjikanerer en underordnet) eller uformell (arbeidsfellesskapet som mobber en kollega).

Det forutsettes at handlingen eller ytringen er uønsket fra fornærmedes side. Det er den utsatte personens subjektive opplevelse av situasjonen som skal være utslagsgivende for om adferden må kunne betegnes som trakassering. Departementet finner det vanskelig å oppstille objektive normer for hva som oppfattes som trakassering. Det vises til direktivet som benytter begrepene ”uønsket adferd” og ”(...) med det formål eller virkning (..) ” legger opp til at det er den enkeltes subjektive oppfatning som er det sentrale. Imidlertid vil adferd som er plagsom og irriterende, men ikke av en viss alvorlighetsgrad ikke kvalifisere til trakassering.

Både handling og ytring som har til formål å virke krenkende og selve virkningen er hver for seg tilstrekkelig for at det skal foreligge trakassering. Det vil si at forsøk på trakassering vil kunne rammes. Gjentatte handlinger, ytringer osv som faktisk virker skremmende, nedverdiggende i seg selv, vil også kunne utgjøre trakassering selv om gjerningsmannen ikke har til formål å utløse slike virkninger. I slike tilfeller må det legges stor vekt på fornærmedes subjektive oppfatning av krenkelsen.

Anvendelsesområdet

Departementet har videre vurdert anvendelsesområdet for forbudet mot trakassering på grunn av kjønn, og foreslår at forbudet mot trakassering på grunn av kjønn skal gjelde *både i og utenfor arbeidslivet*.

Etter direktivet er det kun en forpliktelse til å etablere forbud mot trakassering på grunn av kjønn innen arbeidslivets område.

Etter likestillingsloven § 8a første ledd²² gjelder forbudet mot seksuell trakassering både i og utenfor arbeidslivets område. Det bør ikke være forskjell i anvendelsesområdet for de to trakasseringsgrunnlagene i likestillingsloven. Det vil si at forbudet mot trakassering på grunn av kjønn også bør gjelde lærer – student relasjoner, i foreningslivet, i klientforhold etc.

Departementet viser videre til Holgersenutvalgets²³ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering hvor §§ 2 og 3 gjelder forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet på alle samfunnsområder. Departementet ser ingen grunn til at det skal være et svakere vern mot trakassering på grunn av kjønn enn ved trakassering på grunn av etnisitet.

Håndhevelse

Departementet foreslår at forbudet mot trakassering på grunn av kjønn håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling.

²² ”Det er ikke tillatt å utsette en annen for seksuell trakassering”

²³ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Av rettssikkerhetshensyn håndheves forbudsbestemmelsen om seksuell trakassering i § 8 a første ledd av domstolsapparatet. I Ot.prp.nr 77 (2000-2001) fremgår det at saker der en person anklages for å ha utøvd seksuell trakassering har en helt annen karakter enn andre saker om forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Det ble derfor fremmet forslag om at Likestillingsombudet ikke skulle håndheve bestemmelsen, men heller gi bistand og veiledning og føre generelt tilsyn med bestemmelsen. Departementet foreslår ingen endringer i dette.

Videre foreslår departementet en felles forbudsbestemmelse om seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn. Det er et argument for at trakassering på grunn av kjønn bør behandles likt som saker om seksuell trakassering. I så fall kan det hevdes at forbudet mot trakassering på grunn av kjønn også bør håndheves at domstolene.

Imidlertid finner ikke departementet at de samme særskilte rettssikkerhetshensyn i forhold til seksuell trakassering gjør seg gjeldende i saker om trakassering på grunn av kjønn. Det er grunn til å tro at det er en større belastning å bli anklaget for seksuell trakassering enn å bli anklaget for å ha mobbet en kvinnelig eller mannlig arbeidstaker. I tillegg vil trakassering som finner sted i arbeidslivet og trakassering på grunn av etnisitet, bli håndhevet av administrative organer. Etter Holgersenutvalgets forslag til lov mot etnisk diskriminering er det også adgang til å bringe diskrimineringsaker inn for retten. Det kan videre hevdes at terskelen for å gå til domstolene med en sak om trakassering på grunn av kjønn, antagelig er høyere enn terskelen for å henvende seg til Likestillingsombudet eller Klagenemnda for likestilling med en slik sak. Kravet om domstolsbehandling kan faktisk gi et svakere vern i saker om trakassering på grunn av kjønn enn i trakasseringssituasjoner regulert i annet lovverk.

På denne bakgrunn foreslås en tilføyelse i § 8 a fjerde ledd om at Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling også skal håndheve forbudet mot trakassering på grunn av kjønn.

Forholdet til vernebestemmelsen

Departementet foreslår at dagens vernebestemmelse utvides til også å omfatte trakassering på grunn av kjønn.

Arbeidsmiljøloven inneholder en generell vernebestemmelse om trakassering i arbeidslivet på flere grunnlag. Arbeidstilsynet håndhever denne. Den generelle vernebestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 12 vil antagelig også omfatte trakassering på grunn av kjønn. Departementet viser til Ot.prp.nr. 77 (2000-2001)²⁴ når det gjelder begrunnelse for innføring av egen vernebestemmelse om seksuell trakassering i likestillingsloven i 2002. Disse argumentene kan i hovedsak anføres i forhold til trakassering på grunn av kjønn. Forslaget innebærer at en person som mener at arbeidsgiver forsømmer sin plikt til å forebygge trakassering på arbeidsplassen, som i dag vil kunne henvende seg til både Arbeidstilsynet og Likestillingsombudet.

Departementet ønsker ikke å gjøre noen forskjell mellom de to trakasseringssituasjonene; og foreslår derfor en utvidelse av innholdet i vernebestemmelsen. Det vil si at vernebestemmelsen skal omfatte en plikt til å forebygge og søke å forhindre at seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn oppstår innenfor virksomhetens område. I de

²⁴ side 74 flg.

tilfeller hvor den ansvarlige får kjennskap til at trakassering forekommer, må den ansvarlige utrede hva som har skjedd og søke å hindre videre trakassering.

Departementet foreslår ingen andre endringer i vernebestemmelsen. Det vil si anvendelsesområde, ansvarsforhold, og håndheving av bestemmelsen blir som etter gjeldende rett.

6.6 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår at § 8 a skal lyde:

§ 8 a Seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn

Det er ikke tillatt å utsette en annen for seksuell *eller annen trakassering på grunn av kjønn*.

Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer. *Med trakassering på grunn av kjønn menes uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.*

Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner har ansvar for å forebygge og søke å hindre *at trakassering etter denne lov* skjer innenfor sitt ansvarsområde.

Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling håndhever bestemmelsen i tredje ledd etter regelen i §§ 12 og 13. *Det samme gjelder forbudet mot trakassering på grunn av kjønn i første ledd.*

7 Erstatningsansvar

7.1 Innledning

Departementet foreslår å skjerpe erstatningsansvaret ved at likestillingsloven § 17 første ledd om objektivt erstatningsansvar også skal komme til anvendelse ved seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn som finner sted i arbeidslivet. Det vil si at arbeidsgiver som trakasserer arbeidstaker eller arbeidssøker blir ansvarlig uten krav til skyld. Begrunnelsen for forslaget til endring er at implementeringen av direktivet i likestillingsloven krever objektivt erstatningsansvar i slike saker.

Departementet foreslår også en presisering i ordlyden i § 17, slik at det går tydeligere frem av lovens ordlyd at den som har blitt utsatt for forskjellsbehandling på grunn av kjønn kan få oppreisning på objektivt grunnlag.

7.2 Gjeldende rett

Likestillingslovens erstatningsregler ble skjerpet på arbeidslivets område ved lovendring av 14. juni 2002 med ikrafttredelse 1. juli 2002. Det følger nå av likestillingsloven § 17 at det er et objektivt erstatningsansvar ved brudd på lovens diskrimineringsforbud. Videre er det heller ikke et vilkår for erstatning at det påvises økonomisk tap, slik at erstatning også ytes for selve krenkelsen av retten til likebehandling – såkalt oppreisning. Det er kun domstolene som kan idømme erstatningsansvar.

Formålet med endringene i erstatningsreglene var en mer effektiv gjennomføring av likestillingsprinsippet og å få norsk rett i samsvar med EØS-avtalen. Ved brudd på likestillingsloven utenfor ansettelsesforhold, i saker om seksuell trakassering og ved diskriminering i arbeidsforhold der søksmålet rettes mot andre enn arbeidsgiver (for eksempel organisasjoner eller tariffparter) gjelder alminnelige erstatningsregler.

Etter likestillingsloven § 8 a femte ledd heter det at reglene om objektivt ansvar etter § 17 første ledd ikke kommer til anvendelse i saker om seksuell trakassering. Det vil si at for saker om seksuell trakassering er hovedvilkårene for å ilegge erstatningsansvar at det er utvist skyld, at det kan påvises økonomisk tap og at det er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet. Det er den skadelidte som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Skyldkravet innebærer et krav om at skadevolderen har opptrådt uaktsomt eller med forsett. Om det foreligger erstatningsbetingende uaktsomhet, må avgjøres etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. I tillegg kreves det som nevnt at det påvises årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det tap som er lidt. De alminnelige erstatningsregler kommer til anvendelse både i forhold til forbudsbestemmelsen om seksuell trakassering etter § 8 a første ledd, og i forhold til vernebestemmelsen om seksuell trakassering etter § 8 a tredje ledd.

7.3 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF

Det fremgår av direktivet artikkel 6 nr. 2²⁵ at medlemslandene skal fastsette regler som gir en faktisk og virkningsfull erstatning eller godtgjøring. Det fremgår videre at erstatningen skal stå i rimelig forhold til overtredelsen og være avskrekkende. Når det gjelder sanksjoner i form av erstatning har EF-domstolen generelt lagt til grunn at erstatningen skal sikre enn 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 forbudet mot kjønnsdiskriminering i arbeidsforhold krever et objektivt ansvar, dvs. et ansvar uten skyld. En av flere saker som illustrerer dette er Dekker-saken (C-177/88), som gjaldt diskriminering av en kvinnelig arbeidssøker på grunn av graviditet. Det fremgår av dommen at enhver tilsidesettelse av diskrimineringsforbudet skal pådra arbeidsgiver fullt ansvar. Dette er bakgrunnen for at det med virkning fra 1. juli 2002 ble innført i likestillingsloven objektivt erstatningsansvar i arbeidsforhold for økonomisk og ikke-økonomisk tap. For nærmere omtale av dette se Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 13.

Rådsdirektiv 76/207/EØF omhandlet ikke seksuell trakassering, og det forelå derfor ingen forpliktelse til å innføre objektivt ansvar her. Dette sett i samsvar med særskilte rettssikkerhetshensyn, medførte at alminnelige erstatningsregler skulle gjelde i saker om seksuell trakassering. I og med at endringsdirektivet 2002/73/EF fastslår at seksuell eller annen trakassering er ulovlig forskjellsbehandling, er det etablert en helt annen forpliktelse i forhold til erstatningsansvar enn da vi fikk bestemmelsen om seksuell trakassering i 2002.

Utenfor arbeidslivets område foreligger det ingen rettspraksis fra EF-domstolen som gir en nærmere fortolkning av hvilke sanksjoner statene er forpliktet til å innføre.

7.4 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljølovens nye kapittel 10 § 54 J²⁶ inneholder en bestemmelse om virkninger av forskjellsbehandling/diskriminering, herunder trakassering. ”Hovedregelen” er oppreisning

²⁵ Artikkel 6 nr. 2²⁵ lyder:

”Medlemsstatene skal innføre i sin nasjonale rettsorden de tiltak som er nødvendige for å sikre faktisk og virkningsfull erstatning eller godtgjøring etter medlemsstatenes forgodtbefinnende for det tap og den skade en person er påført som følge av forskjellsbehandling i strid med artikkel 3, på en måte som er avskrekkende og står i forhold til den skade som er lidt; slik erstatning eller godtgjøring skal ikke begrenses ved fastsetting av en høyeste grense på forhånd, unntatt i tilfeller når arbeidsgiveren kan bevise at den eneste skaden søkeren har lidt som følge av forskjellsbehandling i henhold til dette direktiv, er at hans/ hennes jobbsøknad ikke er tatt i betraktning.”

²⁶ ”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.”

på objektivt grunnlag ved brudd på likebehandlingskapittelet, men bestemmelsen regulerer også erstatning for økonomisk tap.

Det fremgår av forarbeidene 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 særlige 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.

Det fremgår videre av forarbeidene at man med ”oppreisning” mener 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 preventivt og som vil være en rimelig oppgjørsform for den krenkede.

Etter arbeidsmiljøloven vil således mennesker som blir utsatt for trakassering innen arbeidslivet både kunne få erstatning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap. Når det gjelder oppreisning er det ikke krav til skyld. Det vil si at enhver overtredelse av diskrimineringsforbudet i utgangspunktet kan medføre oppreisning.

Når det gjelder erstatning for økonomisk tap henviser bestemmelsen til de alminnelige erstatningsregler. Dette innebærer at arbeidsgiver kan bli erstatningsansvarlig etter alminnelige ulovfestede erstatningsregler. (Arbeidsmiljøloven har imidlertid regler om objektivt erstatningsansvar utenfor likebehandlingskapitlene. Slike regler finnes blant annet ved usaklig oppsigelse (§ 62) hvor det er objektivt erstatningsansvar for både økonomisk og ikke-økonomisk tap.)

7.5 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

I NOU 2002:12 foreslår utvalget en egen bestemmelse i lovutkastet § 16²⁷ om oppreisning ved brudd på det generelle diskrimineringsforbud i § 3 og forbudet mot negativ gjengjeldelse i § 5. Utvalget foreslår at objektiv oppreisning skal være hovedreaksjonen for brudd på loven og at oppreisningsordningen skal gjelde både i tilfeller av diskriminering og ved brudd på forbudet mot negativ gjengjeldelse.

Det stilles ikke krav om at den som har diskriminert må ha utvist erstatningsbetingende uaktsomhet. Retningslinjene for utmåling av oppreisningen er skjønnsmessige, blant annet skal det tas hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Utvalget begrunner forslaget med at oppreisning fremstår som en særlig hensiktsmessig hovedreaksjon, da det ofte er vanskelig å påvise økonomisk tap i trakasseringstilfellene. Krav om økonomisk tap

²⁷ ”Den som handler i strid med §§ 3 eller 5 kan pålegges å betale oppreisning til fornærmede. Oppreisningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig”.

kan i mange tilfeller medføre at ofre for etnisk diskriminering ikke får en gjenoprettelse for den krenkelse de har vært utsatt for. Utvalget foreslår at både håndhevingsorganet og domstolene skal kunne ilegge erstatning.

Utvalget foreslår at erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på loven kan kreves etter de alminnelige erstatningsregler.

7.6 Departementets vurdering og forslag

7.6.1 Erstatningsansvar ved trakassering

Departementet foreslår at regelen om objektivt ansvar for økonomisk tap og oppreisning får anvendelse i saker om brudd på forbudet mot seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn som finner sted i arbeidslivet. Som en følge av dette forslaget må § 8 a femte ledd om å unnta seksuell trakassering fra regelen om objektivt ansvar i § 17 første ledd oppheves.

Dette er nødvendig for å gjøre norsk rett i samsvar med direktivets krav om at sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning. Videre stiller EF-domstolen krav til effektiv gjennomføring av forbudet mot forskjellsbehandling. Når direktivet samtidig fastslår at seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn anses som forskjellsbehandling, må regelen om objektivt ansvar innenfor arbeidslivet også komme til anvendelse i saker om seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn.

I Ot.prp.nr 77 (2000-2001) fremgikk det at forslaget til skjerpet erstatningsregel ikke skulle gjelde for saker om seksuell trakassering; verken for forbudsbestemmelsen eller vernebestemmelsen. Begrunnelsen var at rettssikkerhetshensyn talte mot et ansvar uavhengig av skyld i denne type saker som har en annen karakter enn andre tilfeller av kjønnsdiskriminering, blant annet fordi det oppleves som særskilt belastende å få en påstand om seksuell trakassering mot seg. Departementet er klar over at man ved å innføre objektivt erstatningsansvar bryter med hovedregelen i erstatningsretten. Imidlertid er dette en nødvendig endring på bakgrunn av direktivet, og hensynet til en effektiv gjennomføring av forbudet mot forskjellsbehandling. Dette veier tungt i forhold til muligheten for at arbeidsgivere kan bli utsatt for uriktige påstander om trakassering med påfølgende objektivt erstatningsansvar. Departementet viser også til at det bare er domstolene som kan ilegge erstatning og ikke det forvaltningsrettslige håndhevingsapparatet.

Det kan anføres i denne sammenheng at det ikke bør være forskjell på de rettigheter fornærmede har ut fra hva slags forskjellsbehandling vedkommende har blitt utsatt for. Det bør således ikke være forskjell på den mulighet fornærmede har for å få erstatning ut fra om arbeidsgiveren forskjellsbehandlet/diskriminerte arbeidstakeren eller trakasserte denne. Forslaget om at regelen om objektivt erstatningsansvar også skal gjelde i saker om trakassering, gjør at det ikke lenger vil være forskjell i virkninger av brudd på likestillingsloven.

Videre finner departementet at oppreisning for ikke-økonomisk tap fremstår som en hensiktsmessig og effektiv reaksjon i saker om trakassering. Oppreisning gir skadelidte en erstatning for selve krenkelsen, og ikke for de økonomiske følgene av krenkelsen. Denne typen forskjellsbehandling er svært belastende, og kanskje spesielt i denne typen saker vil

den ikke-økonomiske skaden kunne være betydelig. Etter departementets mening vil de alminnelige erstatningsreglene ikke gi anvisning på tilstrekkelig effektive sanksjoner for brudd på loven. I mange tilfeller kan det være problematisk å føre tilstrekkelige bevis for at man har lidt et økonomisk tap. Kravet om å påvise årsakssammenheng kan også være vanskelig å oppfylle. Videre vil skadelidte i mange tilfeller ikke være påført noe økonomisk tap, fordi et slikt tap ofte ikke vil være en typisk følge av seksuell trakassering eller annen trakassering på grunn av kjønn.

Det vil ikke være en forutsetning at det kan påvises forsett eller erstatningsbetingende uaktsomhet hos arbeidsgiver. Det er grunn til å tro at et objektivt ansvar for økonomisk tap vil medføre en større aktsomhet og bevissthet hos arbeidsgiver. Når det ikke lenger vil være et krav til skyld hos den som trakasserer, styrker det forholdet at trakasseringen vurderes etter den fornærmedes subjektive oppfatning. Den som trakasserer blir dermed ansvarlig, selv om vedkommende gjorde dette uaktsomt så lenge den fornærmede fant dette uønsket. Det vises til direktivets krav om at det er tilstrekkelig at den uønskede adferden har til hensikt eller virkning å krenke en persons verdighet.

Departementet mener det er rimelig at man i disse tilfellene kan få en kompensasjon for den krenkelsen som diskrimineringen innebærer. Med ”oppreisning” mener departementet et vederlag, fastsatt av domstolene, som kompensasjon for den krenkelsen som er påført fornærmede. Det er imidlertid, i likhet med den alminnelige erstatningsretten, alltid et krav om at det må foreligge årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og krenkelsen.

I følge Ot.prp.nr 77 (2000-2001 ²⁸) omfatter bestemmelsen bare arbeidsgiveres forskjellsbehandling av arbeidssøkere og arbeidstakere. Det objektive erstatningsansvaret vil derfor gjelde arbeidsgivers trakassering av underordnede og søkere til stillinger i virksomheten. Dersom arbeidskollegaer står for trakasseringen, vil de alminnelige erstatningsregler gjelde, jf. at § 17 første ledd gjelder arbeidstaker eller – søker som har blitt trakassert uten hensyn til *arbeidsgivers* skyld. Etter direktivet er vi kun forpliktet til å innføre objektivt erstatningsansvar ved trakassering som skjer *i arbeidsforhold*. Departementet forslår derfor at den skjerpede erstatningsbestemmelsen ikke bør få anvendelse *utenfor arbeidslivet*. Her vil de alminnelige regler om skadeserstatning komme til anvendelse. En arbeidsgiver blir således ansvarlig ved trakassering av underordnet i forhold til økonomisk tap og oppreisning, uten krav til skyld. For det tilfelle at trakasseringen for eksempel begås av lærer mot elev, mellom elever eller i organisasjonslivet vil de alminnelige erstatningsregler komme til anvendelse.

Vernebestemmelsen

Departementet foreslår ingen endring i forhold til vernebestemmelsen. Det vil si at alminnelige regler om erstatning kommer til anvendelse ved overtredelse av vernebestemmelsen.

²⁸ side 105

7.6.2 Oppreisning – tydeliggjøring av gjeldende rett

Departementet foreslår en endring i likestillingsloven slik at det går uttrykkelig frem av lovens ordlyd at den som har blitt utsatt for forskjellsbehandling på grunn av kjønn kan få oppreisning.

Likestillingsombudet har kommet med flere forslag²⁹ til endringer i likestillingsloven på bakgrunn av høringen av NOU 2003:2³⁰ og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)³¹.

Likestillingsombudet uttaler følgende: ”I den foreslåtte § 58 J om virkninger av forskjellsbehandling fremgår det eksplisitt at man har krav på oppreisning, mens retten til oppreisning bare fremgår av forarbeidene til likestillingsloven § 17. Etter mitt syn vil det være en klar fordel om retten til oppreisning fremgikk direkte av lovens ordlyd.”

Det fremgår tydelig av forarbeidene til likestillingsloven § 17 at brudd på loven kan gi rett til oppreisning. Fra Ot. prp. nr. 77 (2000 -2001) side 103 flg. siteres:

”Etter alminnelige erstatningsregler skal skadelidte som hovedregel påvise et økonomisk tap for å få rett til erstatning. Det kreves også at det påvises årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den skadevoldende handlingen. Dekning av ikke-økonomisk tap kan etter skadeserstatningsloven gis når det anses som rimelig å gi skadelidte et økonomisk plaster på såret (oppreisning). Dette får konsekvenser når de samme prinsippene anvendes på brudd på likestillingsloven.

For det første kan det i mange tilfeller være problematisk å føre tilstrekkelige bevis for at man har lidt et økonomisk tap. For det andre - og i sammenheng med det første - vil kravet om å påvise årsakssammenheng ofte kunne være vanskelig å oppfylle. Det kan for eksempel tenkes at en kvinnes søknad til en stilling overhodet ikke blir vurdert fordi hun er gravid. I disse tilfellene skal den forbigåtte kvinnen etter dagens regler føre bevis for at hun etter all sannsynlighet ville fått stillingen om hun ikke hadde vært gravid. For det tredje vil det kunne forekomme tilfeller der man ikke har lidt noe økonomisk tap. Dette gjelder for eksempel hvis man er blitt forbigått ved en ansettelse og kort tid etter blir tilbudt en annen stilling.

Det er rimelig at man i alle disse tilfellene kan få en kompensasjon for den krenkelsen av en rettighet som kjønnsdiskriminering innebærer, ikke minst hvis saken har vært en belastning for den som er rammet. En hensikt med rett til oppreisning vil være å markere at det er begått et brudd på diskrimineringsforbudet og at vedkommende som er blitt rammet av dette har vært utsatt for en belastning.

I denne sammenheng må man etter departementets syn ikke bare vurdere likebehandlingsprinsippet som en rettighet for den enkelte. Også i et bredere likestillingsperspektiv vil det være av betydning at kjønnsdiskriminering er sanksjonert ut fra erstatningens preventive virkning og ut fra lovens symbolverdi. Her må det tas i betraktning at likestillingslovens formål ikke bare retter seg mot rettferdighet mellom to parter, men like mye mot å fremme likestilling som et allment samfunnsmessig mål. I dette perspektivet er det også et poeng at en som tar belastningen med å føre en sak i dag ofte ikke vil ha noe å vinne på det; dette kan medvirke til at ulovlige handlinger ikke angripes.

²⁹ jf. brev av 23. august 2003 til Barne- og familiedepartementet

³⁰ NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

³¹ 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.

EF-domstolen har i sin praksis lagt til grunn at enhver overtredelse av likebehandlingsprinsippet skal være ansvarspådragende, og at hvis overtredelsen er sanksjonert med erstatning så skal denne overstige et symbolsk beløp. Erstatningen skal ha et slikt nivå at den virker reelt avskrekkende.

Departementet mener på denne bakgrunn at det er uheldig at det er et vilkår for erstatning at det påvises økonomisk tap. Dette svekker effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet. Det er derfor behov for en regel som sanksjonerer også de tilfeller der det ikke foreligger økonomisk tap eller der det innebærer en for stor bevisbyrde for klager å påvise slikt tap. Departementet foreslår på denne bakgrunn at det lovfestes en rett til oppreisning som kompensasjon for den krenkelse som diskrimineringen innebærer.”

Likestillingsombudet har, som nevnt, påpekt at det ville være en klar fordel om retten til oppreisning fremkom direkte av lovens ordlyd. Departementet slutter seg til denne vurderingen og foreslår en endring i likestillingsloven slik at det går uttrykkelig frem av lovens ordlyd at den som har blitt utsatt for kjønnsdiskriminering kan få oppreisning. Dette vil sikre det reviderte likestillingsdirektivet sitt krav til effektiv sanksjonering og få til en harmonisering i forhold til arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets³² forslag til lov mot etnisk diskriminering. En slik endring vil også være mer brukervennlig og oppfylle EU-rettslige krav om at mest mulig skal kunne leses direkte ut av ordlyden.

Endringen får ingen materiell betydning, men er kun en tydeliggjøring av gjeldende rett.

Slik oppreisning vil, som i dag, bare kunne idømmes av domstolene.

7.7 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår etter dette at § 17 skal lyde:

§ 17 Erstatningsansvar

Arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt forskjellsbehandlet i strid med bestemmelsene i denne lov har krav på erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgiverens skyld. Erstatningen fastsettes til det beløp som under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens eller arbeidssøkerens forhold og omstendigheter for øvrig er rimelig. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendigheter for øvrig.

For øvrig gjelder de alminnelige erstatningsregler om skadeserstatning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av denne lovs bestemmelser.

³² NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

8 Delt bevisbyrde

8.1 Innledning

Departementet foreslår å utvide regelen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 til også å gjelde utenfor arbeidslivet. Etter departementets vurdering kan de samme hensyn anføres i forhold til delt bevisbyrde utenfor arbeidslivet som innenfor arbeidslivet. Det er ofte den som påstås å ha utsatt noen for forskjellsbehandling som har best forutsetning til å opplyse saken ved at de er nærmest til å forklare grunnen til sin handling. En slik utvidelse av anvendelsesområdet for delt bevisbyrde vil medvirke til å fremme en effektiv håndheving av lovens regler og harmonisere med Holgersenutvalgets³³ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering.

Departementet foreslår i tillegg at likestillingslovens regel om delt bevisbyrde i § 16 også skal komme til anvendelse for saker om seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn. Dette er nødvendig for å oppfylle direktivets krav til effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Videre har departementet vektlagt behovet for en harmonisering med Holgersenutvalgets forslag.

8.2 Gjeldende rett

I norsk rett er det på enkelte områder fastsatt andre og mer lempelige bevisregler enn det som ellers gjelder for sivile saker. Dette gjelder blant annet i likestillingsloven hvor det anses for å være et særlig behov for å sikre et effektivt vern mot forskjellsbehandling fordi styrkeforholdet mellom de involverte partene som regel er skjevt.

Prinsippet om delt bevisbyrde har i en rekke år vært lagt til grunn ved behandlingen av saker etter likestillingsloven begrenset til arbeidslivets område. Regler om delt bevisbyrde ble først tatt inn i likestillingsloven ved lovendring av 30. juni 1995 nr. 43. Reglene fra 1995 var knyttet til de bestemmelsene som regulerer ansettelse, avlønning og visse sider ved arbeidsgiveres forpliktelser i relasjon til opplæring og videreutdanning (§§ 4-6). Ved en lovendring våren 2002 ble reglene om bevisbyrde tatt ut av de nevnte paragrafene. Ny § 16 gir anvisning på delt bevisbyrde i alle saker som gjelder ansettelser og arbeidsforhold.

Bestemmelsen i likestillingsloven § 16³⁴ innebærer at kravene til hvordan klager må sannsynliggjøre at forskjellsbehandling har funnet sted er noe redusert, i hvert fall i forhold til ordlyden i de tidligere bestemmelsene. Dersom det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling, går bevisbyrden over på arbeidsgiver, som da må sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen likevel ikke skyldes arbeidstakeren eller arbeidssøkerens kjønn.

Regelen om delt bevisbyrde kommer ikke til anvendelse i saker om seksuell trakassering, og den ordinære prosessregelen hvor saksøkeren har bevisbyrden følges. I dette ligger at saksøkeren både har bevisføringsplikt og tvilsrisiko. Bevisføringsplikten innebærer at den

³³ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

³⁴ Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling ved ansettelser eller i arbeidsforhold må arbeidsgiver sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov.

som reiser saken må fremlegge tilstrekkelig dokumentasjon for at det har skjedd en forskjellsbehandling. Det generelle utgangspunktet er videre at retten skal bygge på overvektsprinsippet, noe som innebærer at retten skal legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig. At saksøker har tvilsrisikoen, innebærer at det går ut over denne parten når spørsmålet om hva som er mest sannsynlig fortsatt fremstår som uklart etter at alle bevisene er vurdert.

Ved lovendringen i 2002 ble det besluttet at regelen om delt bevisbyrde ikke skulle komme til anvendelse i saker om seksuell trakassering. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 12.7.2.) begrunnes dette med at rettssikkerhetshensyn tilsa at delt bevisbyrde ikke skulle anvendes i forhold til forbudet mot seksuell trakassering. Departementet begrunnet sin avgjørelse med at en påstand om seksuell trakassering er svært stigmatiserende og belastende for den saken gjelder, og at slike saker burde følge den ordinære prosessregel hvor saksøker har bevisbyrden.

Departementet fant etter en samlet vurdering at delt bevisbyrde heller ikke skulle få anvendelse for vernebestemmelsen om seksuell trakassering. Departementet anførte at flere grunner talte for delt bevisbyrde; saksøktets utsatte posisjon i disse sakene, sakenes følelsesladde karakter, samt arbeidsgivers muligheter til å fremskaffe dokumentasjon. Det som talte mot var hensynet til likeartede bevisbyrde regler, jf at delt bevisbyrde etter § 16 gjaldt arbeidslivets område og at vernebestemmelsen ville gjelde både i og utenfor arbeidslivet. Seksuell trakassering ble trukket frem som et område hvor ulike regler ville gi spesielt urimelige resultater ved at det i saker om seksuell trakassering mellom arbeidsgiver/ansatt ville gjelde en regel om delt bevisbyrde, mens bevisbyrden ville påhvile klager dersom den seksuelle trakasseringen har foregått mellom lærer og student. Videre vektla departementet at bevistemaet i disse sakene ville være et annet enn det som gjelder øvrige saker som faller inn under regelen om delt bevisbyrde. Et annet argument mot delt bevisbyrde var videre forholdet til arbeidsmiljøloven hvor delt bevisbyrde ikke fikk anvendelse i trakasseringssaker. Departementet fant at selv om det kunne sies å foreligge sterke grunner for en regel om delt bevisbyrde i saker om vern mot seksuell trakassering, ble det likevel under tvil konkludert med at delt bevisbyrde ikke skulle komme til anvendelse. Departementet ville imidlertid holde muligheten åpen for på et senere tidspunkt å vurdere å utvide bevisbyrderegelen til å omfatte vernebestemmelsen.

8.3 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73 /EF

Regelen om delt bevisbyrde fastsatt i rådsdirektiv 97/80/EF (bevisbyrdedirektivet), som er en del av EØS-avtalen, gjelder for saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn etter direktiv 76/207/EF, og vil derfor også gjelde bestemmelsene i endringsdirektivet 2002/73/EF.

Hovedbestemmelsen i rådsdirektiv 97/80/EØF som Stortinget vedtok i desember 1999; lyder i norsk oversettelse som følger:

”Medlemsstatene skal i samsvar med nasjonal rettsorden gjere dei tiltak som er naudsynte for å sikre at når personar som meiner at dei har lidd urett fordi prinsippet om lik handsaming ikkje har vorte handheva i deira tilfelle, legg fram for ein domstol eller ei anna forsvarleg styresmakt fakta som gjev grunn til å tru at det har funne stad direkte eller indirekte skilnadshandsaming, ligg det på den saksøkte å prove at prinsippet om lik handsaming ikkje er vorte brote.”

Bevisbyrdedirektivet er en kodifisering av den praksis som har utviklet seg ved EF-domstolen. Domstolen har ved flere anledninger lagt vekt på hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet, og har derfor lagt bevisbyrden på arbeidsgiveren hvis ytre omstendigheter tyder på at handlingen er i strid med diskrimineringsforbudet.

8.4 Arbeidsmiljøloven

Etter arbeidsmiljøloven § 54 I³⁵ om bevisbyrde som trådte i kraft 1. mai 2004 gjelder delt bevisbyrde i saker om forskjellsbehandling ved ansettelse, under arbeidsforholdets gang og ved opphør av arbeidsforholdet. Regelen omfatter også saker om trakassering, instruks og gjengjeldelser.

Etter tidligere § 55 A i arbeidsmiljøloven, nå § 54 I, var det også en regel om delt bevisbyrde, men den gjaldt kun ved ansettelser. Regelen om delt bevisbyrde i § 54 I gis følgelig et større virkeområde enn etter tidligere rett. I Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) om likebehandling i arbeidslivet kapittel 8.9.5 vises det til forarbeidene til § 55 A for forståelse av § 54 I. Det vises også til at den samme argumentasjonen som gjorde seg gjeldende ved innføringen av bestemmelsen om delt bevisbyrde i arbeidsmiljøloven § 55 A er like aktuell i forhold til den nye bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 54 I.

Det fremgår av forarbeidene til § 54 I³⁶ at ordlyden i § 55 A ble ansett for å være i tråd med artikkel 10 i direktivet om likebehandling i arbeidslivet. Det ble likevel foreslått og vedtatt en endring i ordlyden i § 54 I for å forhindre eventuelle misforståelser i forhold til beviskravet for arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven § 12 inneholder et generelt forbud mot trakassering i arbeidslivet. Dette forbudet følger ordinære bevisbyrderegler.

8.5 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Utvalget³⁷ foreslår en generell regel om delt bevisbyrde i saker om etnisk diskriminering, som skal gis anvendelse for alle typer diskriminering, herunder trakassering og instruks om å diskriminere eller trakassere. Utvalget går videre inn for at regelen om delt bevisbyrde skal gjelde når det tas opp en sak om påstått gjengjeldelse i strid med loven.

Bakgrunnen for utredningens forslag om delt bevisbyrde er de særlige forhold som gjør seg gjeldende i diskrimineringssaker. Utvalgets utgangspunkt er at den som mener seg

³⁵ 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 forskjellsbehandling i strid med dette kapittel.

³⁶ Ot.prp. nr 104 (2002-2003)

³⁷ § 6 Bevisbyrde

”Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det funnet sted diskriminering i strid med § 3, skal slik diskriminering anses som bevist, med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted diskriminering i strid med denne lov.”

diskriminert ofte vil ha vanskelig for å kunne føre tilstrekkelig bevis for sammenhengen mellom vedkommendes etnisitet og forskjellsbehandlingen. En regel om delt bevisbyrde vil ifølge utvalget medvirke til å fremme en effektiv håndheving av lovens regler, og vil kunne være av stor betydning for å sikre at loven fungerer i samsvar med intensjonene.

Utvalget viser til at regelen om delt bevisbyrde allerede er innført for likebehandling i arbeidslivet ved ansettelser, jf. arbeidsmiljøloven § 55 A (nå § 54 I). Det vises til at ansettelsesprosesser normalt vil være lukket og at styrkeforholdet mellom partene går i arbeidsgivers favør.

Utvalget foreslår at delt bevisbyrde skal gjelde på alle områder. Som eksempel på andre områder med behov for delt bevisbyrde viser utvalget til at en boligsøkende langt på vei kan sammenlignes med en arbeidssøker, når det gjelder forholdet til den andre part og derved til den som treffer avgjørelsen. Også i forhold til andre tilbud av varer og tjenester, vil de samme betraktningmåter langt på vei være relevante. Utvalget tar utgangspunkt i at det er den som råder over noe som andre ønsker og melder sin interesse for, som har kontrollen med saken og kjenner grunnlaget for den avgjørelsen som treffes. Utvalget viser videre til at EUs regler om diskrimineringsvern inkluderer delt bevisbyrde generelt for alle områder som omfattes av direktivet.

Utvalget foreslår at kravet til sannsynliggjøring fra den som mener seg utsatt for diskriminering formuleres likt med kravet i likestillingsloven § 16. Dersom det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering har forekommet, går bevisbyrden over på saksøkte. En slik formulering tar høyde for at håndhevingsorganet kan ha relevante opplysninger i saken uten at det er saksøker som har frembrakt disse. Kravet til hva saksøkte må sannsynliggjøre knyttes til at det "(...) ikke har funnet sted diskriminering i strid med denne lov". Regelen omfatter således direkte og indirekte diskriminering. Bakgrunnen for utvalgets forslag om at delt bevisbyrde også skal gjelde i saker om instruks og trakassering er at ulikheter i bevisbyrderegelen ifølge utvalget vil kunne by på problemer i forhold til håndhevingen.

8.6 Departementets vurdering og forslag

8.6.1 Delt bevisbyrde også utenfor arbeidsforhold

Departementet foreslår at delt bevisbyrde også skal gjelde utenfor arbeidslivet. Dette vil medvirke til å fremme en effektiv håndheving av lovens regler. De samme hensyn kan anføres i forhold til delt bevisbyrde utenfor arbeidslivet som innenfor arbeidslivet. Det er ofte den som påstås å ha utsatt noen for forskjellsbehandling som har best forutsetning til å opplyse saken ved at de er nærmest til å forklare grunnen til sin handling. Dette er like aktuelt når eksempelvis en student blir forskjellsbehandlet, som når en arbeidstaker blir det.

På dette grunnlag kan ikke departementet se at det er noen vesentlig ulempe å innføre en generell regel om delt bevisbyrde.

8.6.2 Delt bevisbyrde ved seksuell trakassering og trakassering på grunn av kjønn

Departementet foreslår at delt bevisbyrde i forhold til seksuell trakassering eller annen trakassering på grunn av kjønn skal gjelde både i og utenfor arbeidslivet. Likestillingsloven § 8 a femte ledd foreslås derfor opphevet.

Departementet fremhever også at innføringen av delt bevisbyrde er nødvendig for å gjøre likestillingsloven i samsvar med kravene i direktiv 2002/73/EF. Bevisbyrdedirektivet er en kodifisering av den praksis som har utviklet seg ved EF-domstolen hvor hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet er tillagt stor vekt. Direktivet omfatter likebehandling når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår. Implementeringen av endringsdirektivet 2002/73/EF etablerer en forpliktelse til å innføre delt bevisbyrde innen arbeidslivets område ved saker om seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn

En regel om delt bevisbyrde vil etter departementets vurdering styrke vernet mot trakassering og sikre en effektiv håndheving av loven. Departementet mener at dette er en vesentlig forutsetning for at vernet mot diskriminering skal bli effektivt. Departementet legger til grunn at det ofte vil være vanskelig for klager (eller saksøker i en rettssak) å oppfylle sin bevisbyrde etter de alminnelige reglene om sannsynlighetsovervekt i saker om trakassering. Det vil i mange tilfeller være den andre parten, innklagede (eller saksøkte i en rettssak), som har foretatt handlingen og sitter inne med opplysningene og kunnskapen om hva som faktisk har skjedd og hva som har vært avgjørende. Det betyr at denne parten i de fleste tilfeller vil være den som er nærmest til å føre bevis for grunnlaget for avgjørelsen. Ved avgjørelse av saker med delt bevisbyrde er det likevel fortsatt det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn. En slik regel vil også kunne virke preventivt for eksempel i arbeidslivet, fordi arbeidsgiver må være tydelig i sine handlinger og begrunnelser.

Departementet ønsker heller ikke at seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn skal ha et lavere beskyttelsesnivå enn i forhold til trakasseringssituasjoner etter arbeidsmiljøloven og Holgersenutvalgets³⁸ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering.

Hovedargumentet mot delt bevisbyrde er den særskilte belastningen og stigmatiseringen en anklage om seksuell trakassering gir, og det stiller særskilte krav til rettssikkerhet. Imidlertid vil det normalt være den som påstås å ha trakassert som vil være den parten som sitter inne med mest informasjon og som har mulighet til å fremlegge bevis. Departementet vurderer derfor etter en interesseavveining at rettssikkerheten vil være tilstrekkelig ivarett ved at denne parten bærer tvilsrisikoen i saker om trakassering. I saker der det ikke er et ulikt styrkeforhold, for eksempel mellom private parter, viser departementet til at delt bevisbyrde uansett ikke innebærer noe betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle regler. I praksis vil det også etter disse reglene fungere slik at dersom klager har fremlagt opplysninger som underbygger hans krav, vil innklagede for å ivareta sine interesser måtte fremlegge motbevis. Departementet understreker at påstand mot påstand ikke vil være tilstrekkelig til å bevise at trakassering har forekommet. Klagerens påstand må også her støttes av sakens ytre omstendigheter. I og med forutsetningen om at klager først må etablere en presumsjon for at det er skjedd en trakassering, vil en regel om delt bevisbyrde

³⁸ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

bidra til å forhindre at en innklagede risikerer grunnløse søksmål med påstand om trakassering.

Departementet foreslår også at regelen om delt bevisbyrde skal gjelde trakassering som finner sted *utenfor arbeidslivet*. Et skille mellom i og utenfor arbeidslivet vil fremstå som urimelig ved at det i saker om seksuell trakassering mellom arbeidsgiver/ansatt vil gjelde en regel om delt bevisbyrde, mens bevisbyrden vil påhvile klager dersom den seksuelle trakasseringen for eksempel har foregått mellom lærer og student.

Departementet foreslår ingen endring i hvem som skal håndheve forbudsbestemmelsen. Det er følgelig som i dag kun domstolene som kan håndheve denne.

Vernebestemmelsen

Departementet finner det naturlig at regelen om delt bevisbyrde også får anvendelse på vernebestemmelsen, da det er arbeidsgiver som har best forutsetning for å dokumentere hva som er gjort for å hindre og forebygge trakassering på arbeidsplassen. Vernebestemmelsen blir i dag håndhevet av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling, og gjelder *både innenfor og utenfor* arbeidslivets område. Dette foreslås opprettholdt.

8.6.3 Delt bevisbyrde ved gjengjeldelse og instruks

Departementet foreslår i likhet med utvalget i NOU 2002:12 at regelen om delt bevisbyrde også skal gjelde ved påstand om *gjengjeldelse*. Sammenhengen med forutgående diskriminerings sak er nær i slike tilfeller, og gjengjeldelser ligger nært opp til diskriminering. Det er derfor etter departementets syn naturlig å legge til grunn den samme bevisregelen i saker om forskjellsbehandling og i saker om gjengjeldelse.

En slik regel er etter departementets syn nødvendig for å sikre et effektivt vern for personer som rammes av gjengjeldelser. I saker om gjengjeldelse viser departementet til at bevistemaet i første omgang vil være hvorvidt klager har vært utsatt for ugunstig behandling som følge av en forutgående sak om diskriminering. Innklagede må da sannsynliggjøre at den ugunstige behandlingen ikke har sammenheng med den forutgående diskriminerings saken for å fri seg fra anklagen.

Departementet foreslår i kapittel 5 å lovfeste at det er forbudt å instruere om forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Dette er kun en kodifisering av gjeldende rett og følgelig er dette allerede omfattet av reglene om delt bevisbyrde. Hensynet bak bestemmelsen om å ramme instruks om å diskriminere like hardt som den diskriminerende handlingen, taler naturlig nok for en sammenfallende løsning for bevisbyrden i slike saker.

8.6.4 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår etter dette følgende bestemmelse om delt bevisbyrde:

§ 16 Bevisbyrde

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling, *må den som har utført handlingen sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov.*

Første ledd gjelder tilsvarende når noen mener seg utsatt for gjengjeldelse etter § 3 femte ledd eller trakassering etter § 8 a.”

9 Reaksjoner på overtredelser av likestillingsloven

9.1 Innledning

I dette kapittelet behandles forslag til en ny forvaltningsrettslig reaksjon ved brudd på likestillingsloven og hvorvidt straffebestemmelsen i likestillingsloven § 18 første ledd skal utvides. Departementet foreslår at Klagenemnda for likestilling gis mulighet til å pålegge tvangsmulkt, men ønsker ikke å utvide likestillingsloven § 18 til også å omfatte fengselsstraff.

9.2 Gjeldende rett.

Klagenemnda for likestilling – Nemnda - kan med hjemmel i likestillingsloven § 13 første ledd forby en handling som er i strid med likestillingsloven §§ 3-8 dersom den finner at hensynet til likestilling mellom kjønnene tilsier et slikt inngrep. Et slikt forbudsvedtak innebærer både en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling, og samtidig et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen. Videre kan Nemnda gi påbud om tiltak som er nødvendige for å sikre at en handling opphører eller ikke gjentar seg.

Likestillingsombudet har ikke kompetanse til å treffe vedtak, med et unntak som følger av likestillingsloven § 12. Likestillingsombudet kan i følge nevnte bestemmelse treffe tilsvarende vedtak som Nemnda, dersom Ombudet ikke oppnår frivillig ordening og det antas å medføre ulemper eller skadevirkninger å avvente Nemndas vedtak. Denne myndigheten blir i liten grad benyttet.

Verken Nemnda eller Ombudet har hjemmel til å endre eller oppheve vedtak truffet av andre forvaltningsmyndigheter. Nemnda/Ombudet kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe forvaltningsvedtak må nyttes for ikke å komme i strid med likestillingsloven, jf. likestillingsloven § 13 annet ledd.

Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak om pålegg med hjemmel i likestillingsloven §§ 12 eller 13 eller som medvirker til dette kan bli *straffet med bøter*, jf. likestillingsloven § 18 første ledd. Overtredelse av § 18 påtales ikke av det offentlige uten Nemndas begjæring med mindre det kreves av allmenne hensyn, jf. § 19 første ledd.

Overtredelse foretatt av person i underordnet stilling straffes ikke dersom overtredelsen vesentlig skyldes underordningsforholdet til den som handlingen er utført for, jf. § 18 annet ledd. Forsettlig eller uaktsom overtredelse av pålegg i sammenheng med opplysningsplikten i likestillingsloven § 15 straffes med bøter eller fengsel inntil 3 måneder eller begge deler, jf. § 18 tredje ledd.

Påtalemyndigheten kan i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen opphører og for å hindre at den gjentas, jf. § 19 annet ledd.

Håndhevingsorganene etter likestillingsloven har ikke mulighet til å treffe vedtak om tvangsmulkt. Hvorvidt håndhevingsorganene skulle få en slik mulighet ble kort omtalt i Ot. prp nr. 77 (2000 -2001) på side 106.³⁹

9.3 Tvangsmulkt

9.3.1 Innledning

Det er, som tidligere nevnt, ikke mulig å ilegge tvangsmulkt etter likestillingsloven. Departementet foreslår at Klagenemnda skal gis en slik myndighet.

9.3.2 Europaparlaments – og rådsdirektiv 2002/73/EF

Det fremgår av direktivet artikkel 8 d at medlemsstatene selv kan bestemme hvilke sanksjoner som skal anvendes. Sanksjonene må imidlertid være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.

9.3.3 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

I NOU 2002:12 foreslår utvalget en egen bestemmelse i lovutkastet § 15⁴⁰ som gir håndhevingsorganene adgang til å pålegge tvangsmulkt.

Av forslaget fremgår det at hvis det er pålagt stansing eller retting etter § 14, og den frist som er fastsatt i medhold av § 14 siste punktum er oversittet, kan tilsynet treffe vedtak om tvangsmulkt.

Formålet med bestemmelsen er å skape bedre sikkerhet for at påleggene blir gjennomført. Tilsynsmyndigheten bør ifølge Holgersenutvalget ha en utstrakt grad av skjønn ved fastleggingen av mulkten. Utvalget foreslår derfor ikke å lovfeste noen nedre eller øvre grense for tvangsmulktens størrelse, men overlater dette til praksis.

Utvalget legger til grunn at tvangsmulkten skal være grunnlag for tvangsinndrivelse ved at den vil være tvangsgrunnlag for utlegg, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-2 bokstav d.

Situasjonene der det er aktuelt med tvangsmulkt kan ifølge utvalget variere, og at det bør være rom for skjønn med hensyn til å fastsette fristens lengde og det legges opp til et

³⁹ ”Departementet finner det ikke hensiktsmessig å gå inn på en ordning tilsvarende den adgangen Markedsrådet har til å ilegge tvangsmulkt. Departementet vil ikke trekke inn en ny ordning som ikke har vært gjenstand for høring. En ordning med tvangsmulkt vil heller ikke passe inn i likestillingslovens system. Dersom den foreslåtte endring ikke skulle innebære en mer effektiv sanksjonering av likestillingsloven, vil det imidlertid være nærliggende å vurdere andre tiltak ved en senere anledning. ”

⁴⁰ § 15 Tvangsmulkt

”Diskrimineringstilsynet kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å gjennomføre pålegg etter § 14, dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet. Tvangsmulkten skal normalt løpe fram til pålegget er oppfylt. Tvangsmulkten tilfaller staten.

Ilagt mulkt kan nedsettes eller frafalles når særlige grunner taler for det. ”

betydelig spillerom for tilsynsmyndigheten eller domstolene. Det fremgår videre at ilagt mulkt kan nedsettes eller frafalles når særlige grunner taler for det, for å skape fleksibilitet og større muligheter for å få den diskriminerende part i tale.

I pålegget bør det ifølge utvalget gis opplysning om at pålegget vil kunne følges opp med tvangsmulkt og at tvangsmulkten er tvangsgrunnlag for utlegg.

9.3.4 Markedsrådets adgang til å ilegge tvangsgebyr

Etter markedsføringsloven § 16 skal det som hovedregel knyttes tvangsgebyr til de vedtak som fattes av Markedsrådet og Forbrukerombudet etter henholdsvis markedsføringsloven §§ 12 og 14. Tvangsgebyrvedtaket retter seg ikke mot den allerede foretatte handlingen, men mot en gjentakelse eller fortsettelse av denne. I vedtaket skal det angis hvem som vil bli ilagt tvangsgebyr i tilfelle overtredelse og størrelsen på tvangsgebyret (engangsbeløp, løpende så lenge det ulovlige forhold varer eller for hver ny overtredelse). Når særlige grunner tilsier det, kan tvangsgebyr unnlates.

Dersom vedtaket ikke blir overholdt, utferdiger Forbrukerombudet forelegg om tvangsgebyr, med mindre særlige grunner tilsier det. Vedtak eldre enn tre år kan ikke være grunnlag for forelegg, og forelegg kan heller ikke utferdiges for overtredelser som er avsluttet for mer enn to år siden.

Et vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom forelegget ikke vedtas, skal Forbrukerombudet reise søksmål for å fastslå plikten til å betale tvangsgebyret. Dette kan unnlates dersom særlige hensyn tilsier det.

Utferdigelsen av forelegg og beslutning om søksmål kan ikke påklages.

9.3.5 Departementets vurdering og forslag

Departementet foreslår at Klagenemnda for likestilling – Nemnda - skal kunne ilegge tvangsmulkt.

Siden det tas sikte på å opprette et felles håndhevingsapparat for diskriminering på grunnlag av kjønn og etnisitet, vil det etter departementets vurdering være hensiktsmessig med samme reaksjonsmuligheter ved brudd på pålegg etter henholdsvis likestillingsloven og en ny lov mot etnisk diskriminering jf. Holgersenutvalgets⁴¹ forslag. Hensynet til brukerne tilsier at lovene bør gi like godt vern for de ulike diskriminerte gruppene. Like regler er også viktig av hensyn til ikke å komplisere saksbehandlingen i et organ som skal håndtere flere lover. Det er en forutsetning at en harmonisering av likestillingsloven og forslag til ny lov mot etnisk diskriminering løfter den ”svakeste” loven opp på nivå med den beste loven når det gjelder vern mot diskriminering. I dette tilfeller har Holgersenutvalget i sitt forslag til ny lov mot etnisk diskriminering mer effektive regler enn likestillingsloven og departementet foreslår derfor en endring i likestillingsloven.

Tvangsmulkt er en innarbeidet forvaltningsrettslig reaksjon ved brudd på plikter fastsatt av forvaltningsmyndigheter. Det helt dominerende formålet med regler om tvangsmulkt er å fremtvinge oppfyllelse, herunder at lovlig tilstand gjenoprettes eller opprettholdes.

⁴¹ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Likestillingsombudet har i sin høringsuttalelse⁴² til NOU 2003:15 Fra bot til bedring uttalt at tvangsmulkt trolig vil kunne fremstå som en egnet og hensiktsmessig administrativ sanksjon ved brudd på likestillingsloven. Ombudet uttaler at dette spesielt vil kunne være aktuelt ved brudd på lovens bestemmelser om likelønn. I samme høringsuttalelse ser ikke ombudet bort fra at administrative sanksjoner kan virke like preventivt som, eller mer preventivt, enn straff.

På denne bakgrunn er det departementet foreslår å innføre adgang til å fastsette tvangsmulkt ved vedtak i Klagenemnda for likestilling. Dette vil sikre at også pålegg etter likestillingsloven blir fulgt opp. Klagenemnda for likestilling har inntil nå manglet virkemidler for å sikre at vedtak følges opp.

Det foreslås ikke at tvangsmulkt skal kunne fastlegges samtidig med pålegget, men kun dersom en eventuell frist for oppfyllelse av pålegget er oversittet. Ett vilkår for å ilegge tvangsmulkt er følgelig at det er fastsatt en frist for oppfyllelse av Nemndas pålegg. Nemnda kan sette frister for avvikling av den ulovlige forskjellsbehandling.⁴³ Ved et pålegg i henhold til likestillingsloven § 13 foreslår departementet at det gis opplysning om at vedtaket vil kunne følges opp med tvangsmulkt, og om at tvangsmulkten vil være tvangsgrunnlag for utlegg. En slik varslingsplikt i forbindelse med Nemndas vedtak foreslås inntatt i en forskrift.

Dersom pålegget ikke er oppfylt innen fristen vil Likestillingsombudet måtte bringe saken inn for Klagenemnda for likestilling på nytt, som så fatter vedtak. Nemnda vil da måtte foreta en konkret vurdering og avveining med hensyn til om tvangsmulkt bør brukes i det enkelte tilfelle. Det foreslås at likestillingsloven skal gi Klagenemnda for likestilling en adgang til å fastsette tvangsmulkt, men ingen plikt. Det foreslås derfor en ”kan”-bestemmelse slik at det ikke er noen automatikk i at tvangsmulkt skal ilegges. Diskrimineringens art og alvorlighetsgrad vil kunne variere sterkt og det bør utvises utstrakt grad av skjønn i fastleggingen av mulkten.

Ved vurderingen om det skal ilegges tvangsmulkt og eventuelt størrelsen på tvangsmulkten, må klagenemnda blant annet se hen til hvilken overtredelse av likestillingsloven som har skjedd, graden av krenkelse, graden av profesjonalitet hos overtrederen, økonomiske evne hos overtrederen og hvordan den diskriminerte part har opplevd selve krenkelsen.

Departementet antar at det vil være mest hensiktsmessig å ilegge en løpende mulkt som løper inntil oppfyllelse skjer. Dette vil legge et press på den som diskriminerer. Nemnda bør ha en utstrakt grad av skjønn ved fastleggingen av mulkten og departementet ønsker ikke å lovfeste noen fast øvre og nedre grense for tvangsmulktens størrelse. Dette overlates til praksis.

Vedtaket fattet av Klagenemnda for likestilling er ikke gjenstand for klage, men kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken jf. likestillingsloven § 13 fjerde ledd. Det samme vil gjelde for vedtak om tvangsmulkt.

⁴² Brev datert 8. mars 2004

⁴³ jf. Forskrift av 15. mars 1979 nr. 2 om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling § 23 annet ledd.

Departementet foreslår videre at tvangsmulkten skal tilfalle statskassen, da dette er det normale, og at tvangsmulkten skal være særlig tvangsgrunnlag for utlegg i medhold av tvangfullbyrdelsesloven § 7-2, jf. § 4-1 tredje ledd.

Departementet foreslår også at Klagenemnda for likestilling skal kunne nedsette eller frafalle ilagt tvangsmulkt når særlige grunner taler for det.

Det foreslås at det gis en forskriftshjemmel i likestillingsloven til gi nærmere regler om tvangsmulktens størrelse og vurderingskriteriene ellers knyttet til hvordan tvangsmulkt skal benyttes.

Lovbestemmelsen som foreslås har tatt utgangspunkt i mønsterbestemmelsen for tvangsmulkt i NOU 2003:15 Fra bot til bedring.

9.3.6 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår at likestillingsloven får en ny bestemmelse § 13 a, som skal lyde:

§ 13 a Tvangsmulkt

Klagenemnda for likestilling kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å gjennomføre pålegg etter § 13 i denne lov, dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet. Tvangsmulkten skal normalt løpe fram til pålegget er oppfylt. Tvangsmulkten tilfaller statskassen og er tvangsgrunnlag for utlegg.

Klagenemnda for likestilling kan nedsette eller frafalle ilagt mulkt når særlige grunner taler for det.

Kongen kan gi regler om tvangsmulktens størrelse, varighet og andre bestemmelser om fastsettelse og gjennomføring.

9.4 Straff for manglende oppfyllelse av pålegg

9.4.1 Gjeldende rett

Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak om pålegg med hjemmel i likestillingsloven §§ 12 eller 13 eller som medvirker til dette straffes med bøter, jf. likestillingsloven § 18 første ledd. Overtredelse av § 18 påtales ikke av det offentlige uten Klagenemnda for likestillings begjæring med mindre det kreves av allmenne hensyn, jf. § 19 første ledd. Påtalemyndigheten kan i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen opphører og for å hindre at den gjentas, jf. § 19 annet ledd. Departementet er ikke kjent med at noen hittil er straffet etter § 18 i likestillingsloven.

9.4.2 Europaparlaments – og rådsdirektiv 2002/73/EF

Det fremgår av direktivets artikkel 8d at medlemsstatene er forpliktet til å fastsette sanksjoner. Det er imidlertid opp til medlemsstatene å fastsette hvilke sanksjoner som skal anvendes. Bestemmelsene forplikter ikke medlemsstatene til å innføre strafferettslige

sanksjoner. Sanksjonene må imidlertid være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.

9.4.3 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Utvalget uttaler⁴⁴ at et pålegg om retting, stansning eller andre tiltak som er styrket ved en løpende tvangsmulkt vil i de fleste tilfeller føre til at en diskriminerende handling eller unnlattelse opphører, og vil virke preventivt i forhold til gjentakelser. I noen saker vil imidlertid heller ikke et slikt pålegg bli fulgt opp. Skal den diskriminerende part i slike saker tvinges til å opphøre diskrimineringen, kreves det enda sterkere virkemidler. Utvalget foreslår at loven for disse tilfeller bør inneholde en straffehjemmel og foreslår følgende bestemmelse i lovutkastet § 20:

”Forsettlig eller uaktsom overtredelse av pålegg gitt med hjemmel i § 14 straffes med bøter eller fengsel i inntil 3 måneder eller begge deler.”

Begrunnelsen er ifølge utvalget at det i noen saker vil være behov for sterkere virkemidler for å få en diskriminerende handling eller unnlattelse til å opphøre

9.4.4 Departementets vurdering og forslag

Departementet ønsker ikke å foreslå noen endring i likestillingsloven § 18.

Brudd på pålegg etter likestillingsloven kan straffes med bøter. I Holgersenutvalgets⁴⁵ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering åpnes det også for fengselsstraff som reaksjon. Dette reiser spørsmål om hvorvidt sanksjoneringen av likestillingsloven bør utvides til også å omfatte fengselsstraff.

En del av de hensyn som gjør seg gjeldende for å foreslå innføring av tvangsmulkt er i og for seg også gyldige her. Trusselen om fengselsstraff vil muligens kunne ha en viss preventiv effekt. Symbolverdien av en slik bestemmelse skal heller ikke undergraves. I de tilfeller den som diskriminerer ikke har mulighet til å betale en tvangsmulkt eller bot vil fengselsstraff kunne være et mer egnet virkemiddel for å ramme de alvorlige overtredelser av pålegg gitt av Klagenemnda for likestilling.

Sanksjonslovutvalget har i NOU 2003:15 Fra bot til bedring⁴⁶ understreket at det grunnleggende spørsmål ved vurderingen av kriminalisering av brudd på særlovgivningen, bl.a. bør knyttes til hvorvidt det er nødvendig med en straff. Nødvendighetskriteriet tilsier at bruken av straff skjer bevisst, og bruken vurderes konkret i forhold til den enkelte lovbestemmelse som regulerer handlinger. Det vises til at det normalt ikke er nødvendig å reagere med straff hvis tilstrekkelig grad av etterlevelse kan oppnås på andre måter, f.eks. ved reaksjoner som ikke er straff eller ved andre tiltak. Etter Barne- og familiedepartementets vurdering bør reaksjonene ved brudd på likestillingsloven i all hovedsak være sivilrettslige. Dette fordi disse vil være mer effektive enn de strafferettslige, blant annet på grunn av de strenge beviskrav som stilles for å kunne benytte straff samt kravene til skyld.

⁴⁴ Side 268

⁴⁵ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

⁴⁶ side 20 og side 143 flg.

Når det nå foreslås å innføre tvangsmulkt ved overtredelse av likestillingslovens diskrimineringsbestemmelser vil det etter departementets vurdering i seg selv virke preventivt. Bruk av tvangsmulkt vil være langt hyppigere brukt og et mer egnet og effektivt virkemiddel som reaksjon på kjønnsdiskriminering. I og med det nå foreslås å innføre tvangsmulkt kan derfor ikke departementet helt se nytten av og behovet for å innføre fengselsstraff som straffereaksjon. Det vises også til at departementet ikke er kjent med at likestillingslovens straffesanksjonsmulighet er blitt benyttet hittil.

10 Andre lovendringer

10.1 Søksmålsfrist

10.1.1 Innledning

Departementet vurderer om det skal innføres en søksmålsfrist i likestillingsloven. Det følger av likestillingsloven § 13 at vedtaket til Klagenemnda for likestilling kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken innenfor rammen av likestillingsloven. Det er ikke satt noen frist for å bringe en sak inn for domstolene.

10.1.2 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

For at en sak skal bli avsluttet innen rimelig tid, mener utvalget det må fastsettes en frist for å reise søksmål til overprøving av vedtak fra Diskrimineringstilsynet eller Klagenemnda. Utvalget foreslår at fristen bør settes til tre måneder, da dette skulle gi de berørte parter tilstrekkelig tid til å vurdere vedtaket og forberede eventuelt søksmål.

10.1.3 Søksmålsfrister i andre lover

I en rekke lover er det frister for når det kan reises søksmål for retten.

Det fremgår av arbeidsmiljøloven⁴⁷ at en arbeidstaker som mener seg usaklig oppsagt innen åtte uker fra forhandlingenes avslutning eller fra oppsigelse fant sted kan reise søksmål for retten. Dersom arbeidstakeren bare krever erstatning, er søksmålsfristen seks måneder regnet fra oppsigelsen fant sted. Partene kan i den enkelte sak bli enige om en lengre søksmålsfrist. Arbeidslivslovutvalget foreslår ingen endringer når det gjelder søksmålsfrister i NOU 2004:5 *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*.

Et annet eksempel som kan nevnes er husleieloven⁴⁸ hvor det fremgår at utleieren må ha reist søksmål for retten mot leieren innen 3 måneder etter at leieren har protestert mot oppsigelsen. Dersom så ikke gjøres faller oppsigelsen bort.

I sivile saker er fristen for å anke avgjørelser av tingsretten inn for lagmannsretten i utgangspunktet 1 måned⁴⁹, mens i straffesaker er fristen kortere. I henhold til straffeprosessloven⁵⁰ er fristen for å anke i straffesaker 2 uker fra den dag dommen ble avsagt.

10.1.4 Departementets vurdering og forslag

Departementet ser at det kan være hensiktsmessig å få avsluttet en sak innen rimelig tid og at det derfor kan være gode grunner for å sette en frist for når et vedtak i Klagenemnda for

⁴⁷ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. § 61 nr 3.

⁴⁸ Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler § 9-8

⁴⁹ lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål § 360

⁵⁰ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker § 310

likestilling kan bringes inne for domstolene. En slik frist vil være en fordel med tanke på borgernes behov for forutberegnelighet og informasjon. Videre vektlegger departementet behovet for harmonisering med Holgersenutvalgets⁵¹ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering. Departementet foreslår å ta inn en bestemmelse i likestillingsloven om at fristen for å bringe et vedtak av Klagenemnda for likestilling inn for domstolene er tre måneder fra underretning er mottatt. Dette skulle gi de berørte parter tilstrekkelig tid til å vurdere vedtaket og forberede et eventuelt søksmål.

10.1.5 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår en tilføyelse i nåværende § 13 fjerde ledd som lyder:

Vedtak av Klagenemnda for likestilling må bringes inn for domstolene innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt.

10.2 Forbud mot medvirkning til diskriminering

10.2.1 Innledning

Departementet foreslår å innføre forbud mot medvirkning i likestillingsloven. Medvirkning er i dag kun regulert i straffebestemmelsen i likestillingsloven § 18 hvor det fremgår at den som forsettlig eller uaktsomt overtrer vedtak som er truffet i medhold av §§ 12 og 13 eller som medvirker til dette, straffes med bøter. For øvrig er det ingen bestemmelser om medvirkning i likestillingsloven. Det nye kapitlet i arbeidsmiljøloven om likebehandling i arbeidslivet inneholder heller ikke en liknende bestemmelse om forbud mot medvirkning til diskriminering

10.2.2 Forslag i NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Utvalget foreslår en egen bestemmelse som forbyr å delta eller tilskynde til brudd på diskrimineringsforbudet i samvirke med andre, jf. utvalgets lovforslag § 3 bokstav d. Begrunnelsen for forslaget er at diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere eller trakassere, er særlig alvorlig når det skjer i samvirke med andre. I de fleste tilfeller hvor diskriminering utøves av flere i fellesskap, vil hver enkelt som tilskynder til eller deltar i slike handlinger overtre ett eller flere av forbudene i § 3 bokstav a til c. Det kan ifølge utvalget likevel tenkes at den enkeltes rolle er så tilbaketrasket at disse bestemmelsene ikke kan anvendes direkte, selv om vedkommende har tilskyndet til handlingen. Utvalget mener at det er viktig at det sivilrettslige forbudet mot diskriminering rekker minst like langt som det strafferettslige forbudet (jf. utvalgets forslag til straffebestemmelse for organisert rasistisk virksomhet i § 21), og foreslår derfor en egen bestemmelse i § 3 bokstav d.⁵²

⁵¹ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

⁵² d) Det er forbudt i samvirke med andre å delta i eller tilskynde til brudd på reglene i bokstav a, b og c.

Utvalget legger dessuten til grunn at en særskilt bestemmelse om forbud mot diskriminering i samvirke i § 3 vil gi et signal om en streng praksis ved utmåling av oppreisning.

10.2.3 Departementets vurdering og forslag

For å få til en harmonisering med Holgersenutvalgets⁵³ forslag til ny lov mot etnisk diskriminering foreslår departementet å innføre et særskilt forbud mot medvirkning i likestillingsloven. Det vil synliggjøre at heller ikke medvirkning til kjønnsdiskriminering er tillatt.

Begrepet medvirkning er innarbeidet i andre sammenhenger, særlig i strafferetten. Medvirkning foreligger tradisjonelt når flere personer har samvirket om et lovbrudd på den måten at det foruten den person som har utført den gjerning loven beskriver, også har deltatt en eller flere andre med råd og tilskyndelser.

Rammene for når det foreligger medvirkning kan ikke fastlegges generelt, men vil måtte bero på en konkret tolkning sett i forhold til brudd på forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn. Både fysisk og psykisk medvirkning vil kunne rammes av forbudet. Fysisk medvirkning kan det være tale om dersom deltakeren bidrar til eller på en eller annen måte legger forholdene til rette for den diskriminerende handlingen, trakasseringen eller instruksene. Psykisk medvirkning kan det være tale om dersom deltakelsen oppfattes som en form for støtte eller aksept til å foreta en bestemt diskriminerende eller trakasserende handling, som senere gjennomføres. Medvirkning til en unnlattelse i strid med likestillingsloven kan også rammes.

Det foreslås at reglene om delt bevisbyrde og reaksjonene ved brudd på loven skal komme til anvendelse på vanlig måte der det har skjedd medvirkning til forskjellsbehandling eller trakassering på grunnlag av kjønn.

10.2.4 Forslag til lovtekst

Departementet foreslår et nytt sjettede ledd i § 3 som skal lyde:

Det er ikke tillatt å medvirke til brudd på denne lov.

⁵³ NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

11 Likestillingsloven § 21 – Representasjon av begge kjønn i alle offentlige utvalg m.v.

11.1 Innledning

I dette kapittel diskuteres hvorvidt dispensasjonsadgangen i likestillingsloven § 21 andre ledd bør oppheves. Departementet har ikke konkludert, men ber høringsinstansene komme med synspunkter på spørsmålet.

Det foreslås også å oppheve likestillingslovens § 21 sjette ledd, som ikke har noen funksjon i dag.

11.2 Dispensasjon fra kravet om kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg, styrer, råd m.v.

11.2.1 Gjeldende rett

Likestillingsloven § 21 første ledd lyder:

Når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder mv. skal begge kjønn være representert på følgende måte:

1. *Har utvalget to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.*
2. *Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.*
3. *Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.*
4. *Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har utvalget flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.*
5. *Reglene i nr. 1 til 4 gjelder tilsvarende ved valg av varamedlemmer.*

Forslag til regler om kjønnsrepresentasjon ble fremmet i Ot.prp. nr. 67 (1980-81) og tatt inn i loven ved lov 12. juni 1981 nr. 59. 40-prosentkravet ble innført i 1988. Bakgrunnen for lovendringen var et ønske om en sterkere representasjon av kvinner i alle statlige råd og utvalg mv. Forslaget ble begrunnet i at økt kvinnerepresentasjon var et rettferdskrav og et samfunnsbehov. Med innføringen av kjønnsrepresentasjonsregelen ønsket en å fremskynde utviklingen. Det ble understreket at kvinners særinteresser stort sett blir ivaretatt bedre av kvinner enn av menn, og at kvinner ofte har en annen erfaringsbakgrunn enn menn. Bestemmelsen har hatt store virkninger: Fra 1979 til 1997 økte kvinneandelen i statlige styrer og råd fra 21,8 prosent til om lag 40 prosent. Siden da har kvinneandelen holdt seg rundt 40 prosent. I 2003 var det totalt sett 42 prosent kvinner og 58 prosent menn i de ulike departementenes styrer, råd og utvalg. Enkelte departement har imidlertid en kvinneandel som er vesentlig lavere enn gjennomsnittet. Et eksempel er Forsvarsdepartementet, der kvinneandelen i styrer, råd utvalg m.v. er 19 prosent.

Likestillingsloven § 21 annet ledd gir hjemmel til å fravike hovedregelen dersom det foreligger «*særlige forhold som gjør det åpenbart urimelig å oppfylle kravene*». Lovens

ordlyd innebærer at det skal mye til før dispensasjon kan innvilges, og regelen praktiseres strengt. Barne- og familiedepartementets rundskriv Q 4/1996 inneholder forskrift fastsatt med hjemmel i § 21 femte ledd, med kommentarer. I følge rundskrivet må det ikke ha latt seg gjøre å finne egnede kvinner eller menn til å sitte i vedkommende utvalg, for at det skal godtas at det foreligger en åpenbar urimelighet. Det vil ikke være tilstrekkelig å vise til at det ikke finnes ledende tillitsrepresentanter av dette kjønn på utvalgets arbeidsområde. I følge forskriftens § 3 må det oppnevnte departement be om forslag som inneholder dobbelt så mange kandidater som organisasjonen eller etaten mv. skal være representert med i utvalget, herunder like mange kvinner som menn. Dette skal gjøre det lettere for departementet å oppfylle regelen.

I følge forskriftens § 4 må forslag til utvalg som ikke tilfredsstillter kravet om 40 prosent forelegges Barne- og familiedepartementet for godkjenning. Dersom departementet vurderer at lovens vilkår for å gjøre unntak ikke er oppfylt, må det oppnevnte departement endre sammensetningen av utvalget i tråd med likestillingslovens krav. Forslag til offentlige utvalg og styrer mv. som ikke oppnevnes i statsråd eller i departementene og som ikke tilfredsstillter kravet til minst 40 prosent representasjon, skal forelegges fagdepartementet, jf. forskriftens § 5.

I Ot.prp. nr. 97 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper, lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper og i enkelte andre lover (likestilling i styrer og i statsaksjeselskaper, statsforetak, allmennaksjeselskaper mv.) ble det fremmet forslag om endringer i selskapslovgivningens regler om styresammensetning for alle offentlig eide foretak og for privateide allmennaksjeselskaper. Det ble foreslått regler om kjønnsrepresentasjon, slik at det blant styremedlemmene i disse selskapene skal være et minimumsantall av hvert kjønn, tilnærmet 40 prosent. I Besl. O. nr. 18 (2003-2004) sluttet Stortinget seg til forslagene. Lovendringene åpner for at selskapet kan tvangsoppløses dersom kravet til kjønnsrepresentasjon ikke er oppfylt.

Det ble vurdert om det burde være adgang til å dispensere fra kravet om kjønnsrepresentasjon. Departementet konkluderte imidlertid med at det ikke var ønskelig. Det ble lagt vekt på at en dispensasjonsadgang ville kunne bli administrativt byrdefull og medføre en uthuling av systemet. En dispensasjonsadgang ville også innebære at staten måtte overprøve selskapenes egne vurderinger av hvem som anses som egnet til deltakelse i vedkommende styre. Kravene til kjønnsrepresentasjon må således være oppfylt også innenfor felt med skjev kjønnsbalanse.

I Ot.prp. nr. 97 (2002-2003) fremgår det at departementet tar sikte på å vurdere nærmere om dispensasjonsadgangen i likestillingsloven § 21 bør fjernes. Det vises til at departementet vil sende forslaget ut på høring før det tas endelig stilling til om dispensasjonsadgangen bør oppheves.

Hvert år utgir Statens forvaltningstjeneste på oppdrag for Arbeids- og administrasjonsdepartementet en oversikt over statlige utvalg, styrer og råd mv. Oversikten inneholder også informasjon om kjønnsfordelingen i utvalg mv. fordelt på de ulike departementene og statsministerens kontor. I tillegg utgir Arbeids- og administrasjonsdepartementet hvert fjerde år en stortingsmelding om statlige utvalg, styrer og råd mv. Dette gjør det mulig å følge med på at kravet til kjønnsrepresentasjon overholdes.

11.2.2 Departementets vurdering og forslag

Hensynet til likhet i regelverket kan tale for at dispensasjonsadgangen fjernes. Regelverket om kjønnsrepresentasjon i styrer i allmennaksjeselskaper mv. inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om dispensasjon. Det kan være vanskelig å begrunne at det offentlige skal kunne nyte godt av en rettighet som ikke kommer foretakene til gode. Ved å fjerne dispensasjonsadgangen vil også den delen av offentlig sektor som i dag har skjev kjønnsfordeling i styrer, råd og nemnder m.v. få et sterkt incitament til å arbeide for en jevnere kjønnsbalanse innenfor sine felt.

Departementet har ikke konkludert, men anmoder høringsinstansene om å komme med synspunkter på hvorvidt likestillingsloven § 21 andre ledd bør oppheves, slik at det ikke lenger vil være mulig å dispensere fra hovedregelen om at hvert kjønn skal være representert med minst 40 prosent.

11.3 § 21 sjette ledd

11.3.1 Bakgrunn

Likestillingsloven § 21, sjette ledd lyder:

”Reglene i denne paragraf medfører ingen begrensning i de regler som ellers gjelder om representasjon i offentlig utvalg m.v. etter denne lovs bestemmelse om forskjellsbehandling.”

Bestemmelsen var syvende ledd i § 21 slik den lød da den ble tatt inn i loven i 1981. Forslag til bestemmelse om regler om kjønnsrepresentasjon, ble fremmet i Ot.prp. nr. 67 (1980-81). Forslagene i proposisjonen var basert på innstillingen fra en arbeidsgruppe som hadde vurdert mulighetene for en generell lovfesting av representasjon av begge kjønn i offentlige styrer, utvalg m.v. Arbeidsgruppens innstilling og lovforslag er inntatt i proposisjonen som vedlegg. Arbeidsgruppens forslag til lovtekst, inneholder også en bestemmelse tilsvarende dagens § 21 sjette ledd, men med en noe annen formulering enn den som ble fremmet i proposisjonen og som senere ble inntatt i loven. I arbeidsgruppens innstilling er det ikke redegjort for formålet med bestemmelsen eller i hvilke situasjoner den tenkes brukt. Heller ikke i Ot.prp. nr. 67 (1980-81) er bestemmelsen omtalt, og det er ikke redegjort for hvorfor departementet valgte en annen ordlyd enn den arbeidsgruppen foreslo.

Bestemmelsen har, så vidt departementet kjenner til, aldri vært praktisert. Likestillingsombudet har bedt departementet vurdere å oppheve bestemmelsen da den, etter Ombudets mening, ikke fyller noen funksjon.

11.3.2 Departementets vurderinger og forslag

Bakgrunnen for, og formålet med, likestillingsloven § 21 sjette ledd fremgår ikke av forarbeidene. Bestemmelsen har ingen funksjon i dag. Å ta ut bestemmelsen, som er uten reelt innhold, vil også innebære en lovteknisk forenkling. Departementet ser det som lite hensiktsmessig å opprettholde bestemmelsen, og foreslår derfor å oppheve likestillingsloven § 21 sjette ledd.

12 Administrative og økonomiske konsekvenser

Departementet foreslår en ny bestemmelse i § 13 a hvor Klagenemnda for likestilling gis mulighet for å ilegge tvangsmulkt ved brudd på pålegg. Dette vil kunne gi økte inntekter for staten siden tvangsmulkten skal tilfalle statskassen. Hvilke beløp dette dreier seg om er vanskelig å fastslå nærmere. Det vises til at Klagenemnda for likestilling skal utøve stor grad av skjønn ved fastsettelsen av mulkten. For øvrig vises det til at det vil kreves noe administrasjon for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling å håndtere ordningen med tvangsmulkt. Det vil imidlertid neppe gi administrative merkostnader av betydning.

Forslag til lovendringer i likestillingsloven §§ 3, 8a og 16 kan muligens medføre en viss økning av saker hos Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. Departementet finner det imidlertid lite trolig at de administrative kostnadene vil øke vesentlig.

Endringen i § 17 om objektivt erstatningsansvar i saker om trakassering vil muligens føre til at flere saker blir reist for retten. Heller ikke dette vil gi vesentlige økte administrative kostnader.

Å eventuelt oppheve likestillingsloven § 21 andre ledd, vil innebære at det ikke lenger vil være adgang til å søke om dispensasjon fra likestillingslovens krav om at hvert kjønn skal være representert med minst 40 prosent når det offentlige oppnevner råd, utvalg m.v. Ved å oppheve dispensasjonsadgangen, vil en oppnå en viss ressursbesparelse i det departementenes arbeid med dispensasjonssøknader bortfaller. Enkelte organer vil imidlertid i en overgangsperiode måtte bruke noen flere ressurser på å oppnevne utvalg mv. som er i tråd med lovens krav. Etter hvert som kjønnsbalansen innenfor de ulike sektorer og fagområder blir jevnere, vil det ikke lenger være behov for økt ressursbruk i denne sammenheng. Departementet legger således til grunn at forslaget ikke har økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning.

Forslaget om å oppheve likestillingsloven § 21 sjettede ledd medfører utelukkende en lovteknisk forenkling og har ikke økonomiske eller administrative konsekvenser. Endringen i likestillingsloven § 13 fjerde ledd angående søksmålsfrist vil heller ikke ha slike konsekvenser.

13 Forslag til endringer i likestillingsloven

I lov 9. juni nr. 45 om likestilling mellom kjønnene foreslås følgende endringer (endringene står i kursiv):

§ 3 skal lyde:
(Generalklausul)

Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt. *En instruks om å forskjellsbehandle eller trakassere på grunnlag av kjønn er heller ikke tillatt.*

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

- 1) stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,
- 2) setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Det er ikke tillatt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som har fremmet klage over brudd på denne loven, eller som har gitt uttrykk for at slik klage kan bli fremmet. Forbudet gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med klagen. Forbudet omfatter også vitner, med mindre vitnet har opptrådt grovt uaktsomt i forbindelse med saken

Det er ikke tillatt å medvirke til brudd på bestemmelser i denne lov.

§ 8 a skal lyde:

§ 8 a Seksuell trakassering eller annen trakassering på grunn av kjønn

Det er ikke tillatt å utsette en annen for seksuell eller annen trakassering på grunn av kjønn.

Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer. *Med trakassering på grunn av kjønn menes uønsket adferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet.*

Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner har ansvar for å forebygge og søke å hindre at *trakassering etter denne lov* skjer innenfor sitt ansvarsområde.

Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling håndhever bestemmelsen i tredje ledd etter regelen i §§ 12 og 13. *Det samme gjelder forbudet mot trakassering på grunn av kjønn i første ledd.*

§ 13 fjerde ledd annet punktum skal lyde:

Vedtak av Klagenemnda for likestilling må bringes inn for domstolene innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt.

Ny § 13 a skal lyde:

§ 13 a Tvangsmulkt

Klagenemnda for likestilling kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å gjennomføre pålegg etter § 13 i denne lov, dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet. Tvangsmulkten skal normalt løpe fram til pålegget er oppfylt. Tvangsmulkten tilfaller statskassen og er tvangsgrunnlag for utlegg.

Klagenemnda for likestilling kan nedsette eller frafalle ilagt mulkt når særlige grunner taler for det.

Kongen kan gi regler om tvangsmulktens størrelse, varighet og andre bestemmelser om fastsettelse og gjennomføring.

§ 16 skal lyde:

§ 16 Bevisbyrde

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling, må den som har utført handlingen sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov.

Første ledd gjelder tilsvarende når noen mener seg utsatt for gjengjeldelse jf. § 3 femte ledd eller trakassering jf. § 8 a.

§ 17 skal lyde:

§ 17 Erstatningsansvar

Arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt forskjellsbehandlet eller utsatt for gjengjeldelse eller trakassering i strid med bestemmelsene i denne lov, kan kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Erstatningen fastsettes til det beløp som under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens eller arbeidssøkerens forhold og omstendigheter for øvrig er rimelig. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

For øvrig gjelder de alminnelige regler om skadeserstatning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av denne lovs bestemmelser.

§ 21 skal lyde, dersom andre ledd oppheves.:

§ 21. *(Representasjon av begge kjønn i alle offentlige utvalg m.v.)*

Når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder mv. skal begge kjønn være representert på følgende måte:

1. Har utvalget to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.
2. Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.
3. Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.
4. Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har utvalget flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.
5. Reglene i nr. 1 til 4 gjelder tilsvarende ved valg av varamedlemmer.

Reglene i denne paragraf gjelder ikke for utvalg m.v. som etter lov bare skal ha medlemmer fra direkte valgte forsamlinger.

For utvalg m.v. valgt av folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner gjelder bestemmelsene i kommuneloven.

Kongen gir bestemmelser om håndheving og rapportering og kan gi utfyllende bestemmelser etter denne paragraf.

§ 21 skal lyde, dersom andre ledd **ikke** oppheves.:

§ 21. *(Representasjon av begge kjønn i alle offentlige utvalg m.v.)*

Når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder mv. skal begge kjønn være representert på følgende måte:

1. Har utvalget to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.
2. Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.
3. Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.
4. Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har utvalget flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.
5. Reglene i nr. 1 til 4 gjelder tilsvarende ved valg av varamedlemmer.

Det kan gjøres unntak fra reglene i første ledd når det foreligger særlige forhold som gjør det åpenbart urimelig å oppfylle kravene.

Reglene i denne paragraf gjelder ikke for utvalg m.v. som etter lov bare skal ha medlemmer fra direkte valgte forsamlinger.

For utvalg m.v. valgt av folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner gjelder bestemmelsene i kommuneloven.

Kongen gir bestemmelser om håndheving og rapportering og kan gi utfyllende bestemmelser etter denne paragraf.

14 Vedlegg

14.1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF

14.2 Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the council