

Vedlegg til høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov

Innholdsfortegnelse

1	Grunnlovens diskrimineringsvern	10
1.1	Innledning	10
1.2	Bakgrunnen for grunnlovsforslaget	10
1.2.1	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	10
1.2.2	Menneskerettighetsutvalget.....	10
1.2.3	Behandlingen i Stortinget.....	11
1.3	Hvilken rettslig betydning har Grunnloven § 98?.....	12
1.3.1	Likhetsprinsippet i Grunnloven § 98 første ledd.....	12
1.3.2	I hvilken utstrekning gir Grunnloven § 98 individuelle rettigheter?.....	12
1.3.3	Forholdet til diskrimineringsforbudene i menneskerettskonvensjoner	13
1.3.4	Hvem er vernet av Grunnloven § 98 annet ledd?.....	14
1.3.5	Hvilke forhold er vernet mot diskriminering etter Grunnloven § 98 annet ledd? 14	
1.3.6	Hvem har plikter etter Grunnloven § 98 annet ledd?.....	15
1.3.7	Betydning for avveiningen mot andre grunnlovfestede rettigheter.....	15
1.3.8	Håndheving og sanksjoner	16
2	Internasjonalt vern mot diskriminering	16
2.1	Betydningen av internasjonale menneskerettskonvensjoner som rettskilde i norsk rett 17	
2.1.1	Dualisme og monisme.....	17
2.1.2	Konvensjoner som er inkorporert (eller transformert) i norsk rett.....	17
2.1.3	Konvensjoner som er ratifisert, men ikke gjort til norsk rett	18
2.1.4	Grunnloven.....	19
2.1.5	Videre fremstilling	19
2.2	FN-konvensjoner.....	19
2.2.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.....	20
2.2.2	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	20
2.2.3	FNs konvensjon mot diskriminering av kvinner	20

2.2.4	FNs konvensjon mot rasediskriminering.....	21
2.2.5	FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne	21
2.2.6	FNs barnekonvensjon	22
2.3	ILO-konvensjoner	22
2.4	Europarådskonvensjoner	22
2.4.1	Den europeiske menneskerettskonvensjon.....	23
2.4.2	Den europeiske sosialpakt.....	23
2.4.3	Rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter	24
2.4.4	Den europeiske pakten om religions- eller minoritetsspråk.....	24
2.4.5	Europarådets konvensjonen om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner	24
2.4.6	LHBT-rekommandasjon.....	24
3	EU- og EØS-rett	25
3.1	Diskrimineringsvernet i EU-retten.....	25
3.2	Hvilken betydning har det generelle diskrimineringsvernet i EU-retten for Norge?	26
3.3	Direktiver og forordninger om likestilling og ikke-diskriminering.....	27
3.3.1	Oversikt over relevante direktiver	28
3.3.2	Direktiver om kjønnslikestilling.....	29
3.3.3	Deltidsdirektivet	29
3.3.4	Direktivet om midlertidig tilsetning.....	29
3.3.5	Direktivet om vikararbeid	30
3.3.6	Rammedirektivet	30
3.3.7	Rasediskrimineringsdirektivet.....	30
4	Diskrimineringslovgivningen i andre nordiske land	30
4.1	Sverige	30
4.1.1	Konstitusjonelle regler	30
4.1.2	Diskrimineringsloven	31
4.1.3	Håndheving	33
4.2	Finland	33
4.2.1	Grunnloven.....	33
4.2.2	Reform av diskrimineringslovgivningen.....	34

4.2.3	Diskrimineringsloven	34
4.2.4	Likestillingsloven	37
4.2.5	Håndheving	40
4.3	Danmark	41
4.3.1	Innledning	41
4.3.2	Lover om kjønnsdiskriminering	41
4.3.3	Forskjellsbehandlingsloven	43
4.3.4	Lov om etnisk likebehandling	44
4.3.5	Bevisbyrde og reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudet	44
4.3.6	Håndheving	45
4.4	Island	45
4.4.1	Grunnloven	45
4.4.2	Likestillingslovgivning	45
5	Lovens formål	46
5.1	Departementets forslag	46
5.2	Gjeldende rett	46
6	Lovens virkeområde	47
6.1	Saklig virkeområde – familieliv og andre rent personlige forhold	47
6.1.1	Departementets forslag	47
6.1.2	Gjeldende rett	47
6.1.3	Menneskerettigheter	50
6.1.4	EU- og EØS-rett	53
6.2	Geografisk virkeområde	53
6.2.1	Departementets forslag	53
6.2.2	Gjeldende rett	53
7	Vernet personkrets – juridiske personer	56
7.1.1	Departementets forslag	56
7.1.2	Gjeldende rett	56
7.1.3	Internasjonale forpliktelser og EU-rett	59
7.1.4	Nordisk rett	60
8	Diskrimineringsgrunnlag	61
8.1	Departementets forslag	61

8.2	Diskrimineringsgrunnlagene etter dagens fire diskrimineringslover	61
8.2.1	Kjønn, graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon	61
8.2.2	Etnisitet.....	63
8.2.3	Religion og livssyn.....	68
8.2.4	Nedsatt funksjonsevne.....	69
8.2.5	Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	71
8.3	Aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet	73
8.3.1	Departementets forslag.....	73
8.3.2	Gjeldende rett	73
8.3.3	Menneskerettskonvensjoner	73
8.3.4	Anbefaling fra ministerkomiteen i Europarådet.....	73
8.3.5	EU-direktivforslag fra 2008	74
8.3.6	Andre lands rett	74
8.3.7	Ordninger knyttet til alder	75
8.4	Samlekategori	75
8.4.1	Departementets forslag.....	75
8.4.2	Gjeldende rett	75
8.4.3	Andre lands rett	77
8.5	Sammensatt diskriminering	78
8.5.1	Departementets forslag.....	78
8.5.2	Gjeldende rett	78
8.5.3	Internasjonale regler	78
8.5.4	Andre lands rett	79
9	Forbudet mot diskriminering	80
9.1	Direkte og indirekte forskjellsbehandling.....	80
9.1.1	Departementets forslag.....	80
9.1.2	Gjeldende rett	80
9.1.3	Diskrimineringsforbudene i internasjonale menneskerettskonvensjoner.	91
9.1.4	Diskrimineringsbegrepet i EU-direktiver	93
9.1.5	Nordisk rett.....	95
9.2	Lovlig forskjellsbehandling	96
9.2.1	Departementets forslag.....	96

9.2.2	Gjeldende rett	96
9.2.3	EU- og EØS-rett	104
9.2.4	Menneskerettighetskonvensjoner	109
9.2.5	Nordisk rett.....	109
9.3	Positiv særbehandling	110
9.3.1	Departementets forslag.....	110
9.3.2	Gjeldende rett	110
10	Forbud mot trakassering og seksuell trakassering.....	118
10.1.1	Departementets forslag.....	118
10.1.2	Gjeldende rett	118
10.1.3	Internasjonale forpliktelser.....	123
10.1.4	EU- og EØS-rett	124
10.1.5	Nordiske lands rett	126
11	Forbud mot gjengjeldelse	127
11.1	Departementets forslag.....	127
11.2	Gjeldende rett	127
11.3	EU- og EØS- rett.....	129
12	Forbud mot instruks	130
12.1	Departementets forslag.....	130
12.2	Gjeldende rett	130
12.3	EU- og EØS-rett	130
12.4	Nordisk rett.....	131
12.5	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009:14)	131
12.6	Departementets vurderinger og forslag	131
13	Forbud mot medvirkning.....	132
13.1.1	Departementets forslag.....	132
13.1.2	Gjeldende rett	132
13.1.3	EU- og EØS-rett og nordisk rett.....	133
13.1.4	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009:14)	133
13.1.5	Departementets vurderinger og forslag	133
14	Universell utforming og individuell tilrettelegging	136
14.1	Departementets forslag.....	136

14.2	Universell utforming	136
14.2.1	Hva er universell utforming? Å utforme og legge forholdene til rette for flest mulig	136
14.2.2	Hvorfor universell utforming? Likestilling, inkludering og tilgjengelighet	137
14.2.3	Lovens regler om universell utforming og individuell tilrettelegging	137
14.2.4	Nærmere om plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	138
14.2.5	Universell utforming etter plan og bygningsloven	143
14.2.6	Det skal tas hensyn til universell utforming ved offentlige anskaffelser	143
14.2.7	Universell utforming av IKT	144
14.2.8	Håndheving av reglene om universell utforming av IKT: Likestillings- og diskrimineringsombudets vs. Difis kompetanse	146
14.2.9	Henvisningen til plan- og bygningsloven i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 15	147
14.3	Individuell tilrettelegging	149
14.3.1	Gjeldende rett	149
14.3.2	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	149
14.3.3	Individuell tilrettelegging etter sektorlovgivningen	151
14.3.4	Gir diskriminerings- og tilgjengelighetslovens tilretteleggingsregler selvstendige rettigheter uavhengig av krav i sektorlovgivningen?	153
14.3.5	Plikten til universell utforming og individuell tilrettelegging er uttømmende regulert for de rettssubjekter og på de områder der disse bestemmelsene gjelder	155
14.3.6	Hvilke positive tilretteleggingsplikter kan utledes av det generelle diskrimineringsforbudet?	156
14.3.7	Håndheving	156
14.4	Menneskerettigheter og EU- og EØS-rett	156
15	Aktivt likestillingsarbeid	157
15.1	Arbeidsgivers aktivitets- og redegjøringsplikt	157
15.1.1	Departementets forslag	157
15.1.2	Gjeldende rett	157
15.1.3	Internasjonale regler	160
15.1.4	EU- og EØS-rett	160
15.1.5	Nordisk rett	161
15.2	Aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner	162

15.2.1	Departementets forslag.....	162
15.2.2	Gjeldende rett	162
15.3	Aktivitetsplikt for offentlige myndigheter	163
15.3.1	Departementets forslag.....	163
15.3.2	Gjeldende rett	163
15.4	Plikten til å forebygge og søke å hindre trakassering.....	164
15.4.1	Departementets forslag.....	164
15.4.2	Gjeldende rett	164
15.4.3	Nordisk rett.....	165
15.4.4	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	166
15.4.5	Departementets vurderinger og forslag	166
15.5	Innhold i læremidler og undervisning	168
15.5.1	Departementets forslag.....	168
15.5.2	Gjeldende rett	168
15.5.3	Gir internasjonale menneskerettskonvensjoner føringer om at læremidler og undervisning skal bygge på likestilling?	175
15.5.4	Nordiske lands rett	177
15.6	Kjønnsbalanse i offentlige utvalg.....	178
15.6.1	Departementets forslag.....	178
15.6.2	Gjeldende rett	178
16	Særlige regler i arbeidsforhold	181
16.1	Presisering av diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold	181
16.1.1	Departementets forslag.....	181
16.1.2	Gjeldende rett	181
16.1.3	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	182
16.1.4	Departementets vurderinger og forslag	182
16.2	Innhenting av opplysninger ved ansettelse.....	182
16.2.1	Departementets forslag.....	182
16.2.2	Gjeldende rett	182
16.3	Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker	189
16.3.1	Departementets forslag.....	189
16.3.2	Gjeldende rett	189

16.3.3	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	192
16.3.4	Departementets vurderinger og forslag	192
16.4	Opplysningsplikt om lønn	192
16.4.1	Departementets forslag	192
16.4.2	Gjeldende rett	192
16.4.3	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	194
16.4.4	Departementets vurderinger og forslag	195
16.5	Arbeidstakeres rettigheter ved foreldrepermisjon	195
16.5.1	Departementets forslag	195
16.5.2	Gjeldende rett	195
16.5.3	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	199
16.5.4	Departementets vurderinger og forslag	199
16.6	Lik lønn for arbeid av lik verdi	200
16.6.1	Departementets forslag	200
16.6.2	Gjeldende rett	200
17	Håndheving, bevisbyrde og reaksjoner	204
17.1	Håndhevingsapparatet	204
17.1.1	Ombudet og nemnda	204
17.1.2	Myndighetsområde	204
17.1.3	Likestillings- og diskrimineringsombudet	206
17.1.4	Likestillings- og diskrimineringsnemnda	207
17.1.5	Ny nasjonal institusjon for menneskerettigheter	209
17.2	Bevisbyrde	209
17.2.1	Departementets forslag	209
17.2.2	Gjeldende rett	209
17.2.3	EU- og EØS rett	212
17.2.4	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	212
17.2.5	Departementets vurderinger og forslag	213
17.3	Oppreisning og erstatning	213
17.3.1	Departementets forslag	213
17.3.2	Gjeldende rett	213
17.3.3	EU- og EØS-rett	214

17.3.4	Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)	214
17.3.5	Departementets vurdering og forslag	215
17.4	Håndheving av saker om seksuell trakassering	215
17.4.1	Departementets forslag	215
17.4.2	Gjeldende rett	216
17.4.3	Erfaringer fra andre land for tilsvarende løsninger	216
17.4.4	Tidligere utredninger	218
17.5	Straff for diskriminering	219
17.5.1	Departementets forslag	219
17.5.2	Gjeldende rett	219
17.5.3	Diskrimineringsloven om etnisitet	219

1 Grunnlovens diskrimineringsvern

1.1 Innledning

Grunnloven hadde tidligere ingen generell bestemmelse om likhet og ikke-diskriminering. Ved Stortingets vedtak 13. mai 2014 ble Grunnloven supplert med en rekke menneskerettigheter. Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet ble inntatt i Grunnloven § 98 med følgende ordlyd:

«Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

Ikke-diskrimineringsprinsippet i Grunnloven § 98 opphøyer en sentral menneskerettighet til en del av Grunnloven selv. Dette kapitlet redegjør for bakgrunnen for og innholdet i den nye grunnlovsbestemmelsen.

1.2 Bakgrunnen for grunnlovsforslaget

1.2.1 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

En grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet ble først vurdert av Diskrimineringslovutvalget.

Utvalgets flertall mente en grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering burde gi individer rettigheter som kan påberopes overfor domstolene. Flertallet foreslo derfor å liste opp de ulike diskrimineringsgrunnlagene i Grunnloven. Flertallet understreket at selv om domstolene vil kunne sette til side lover som er i strid med Grunnloven, er det grunn til å tro at dette bare vil skje unntaksvis, og bare dersom det er tale om en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet.¹ Utvalgets mindretall mente på sin side at bestemmelsen burde utformes som en symbolsk bestemmelse etter mønster av dagjeldende Grunnloven § 110c (någjeldende § 92). Mindretallet så det som en lovgiveroppgave å bestemme hvem som skal beskyttes mot diskriminering.

Flertallet foreslo å begrense pliktsubjektene til «statens myndigheter».

1.2.2 Menneskerettighetsutvalget

Menneskerettighetsutvalget ble nedsatt av Stortingets presidentskap 18. juni 2009 for å «utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».

¹ NOU 2009: 14 s. 320.

Menneskerettighetsutvalget foreslo å grunnlovsfeste likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet i en ny § 98 i Grunnloven.²

Å grunnlovsfeste prinsippet om at alle er like for loven ville etter utvalgets oppfatning ikke endre dagens rettsstilstand, men synliggjøre og fremheve at det norske rettssystemet er bygget på prinsippet om at alle er like for loven.³

I likhet med Diskrimineringslovutvalgets flertall, mente menneskerettighetsutvalget at retten til ikke å bli diskriminert burde utformes som en begrensning for lovgiver og en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker. Samtidig understreket utvalget at grensene for hva som utgjør diskriminering, først og fremst bør trekkes av lovgiver. Dersom øvrig regelverk mot formodning skulle mangle, ville grunnlovsbestemmelsen kunne prøves direkte av domstolene.⁴

Menneskerettighetsutvalget gikk ikke inn for å liste opp ulike diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven. Utvalget var usikre på hvilke grunnlag som burde tas med, og hvor langt de ulike grunnlagene strekker seg.⁵ I tillegg mente utvalget at Grunnlovens usaklighetsvurdering ikke burde låses fast til bestemte diskrimineringsgrunnlag, men i noen grad være åpen for uventede situasjoner og endringer over tid.⁶

Utvalget foreslo følgende bestemmelse:

«Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

1.2.3 Behandlingen i Stortinget

Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité foreslo i Innst. 186 S (2013–2014) en grunnlovsfesting av likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet.

Komiteen presiserte at en grunnlovsfesting av *likhetsprinsippet* først og fremst ville ha til formål å kodifisere et tolkningsprinsipp for rettsanvendere, og ikke en skranke for lovgiver. Derimot mente komiteen at retten til *ikke å bli diskriminert* skulle leses som en «skranke for lovgiver og en individuell rettighet».⁷

Komiteens flertall, alle unntatt Venstre og Sosialistisk Venstreparti, mente en opplisting av diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven ville gjøre bestemmelsen mer rigid. Dette ville øke faren for å utelate fremtidige grunnlag for diskriminering som nå er vanskelig å forutse. Flertallet gikk derfor inn for å utforme Grunnloven § 98 i tråd med menneskerettighetsutvalgets forslag. Komiteens mindretall, Venstre og Sosialistisk

² Dokument 16 (2011–2012) s. 139 flg.

³ Dokument 16 (2011–2012) s. 144.

⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 147–148.

⁵ Dokument 16 (2011–2012) s. 149.

⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 150.

⁷ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

Venstreparti, foreslo å liste opp diskrimineringsgrunnlagene i Grunnloven og i tillegg supplere listen med samlekategorien «andre lignende, vesentlige forhold ved en person».

1.3 Hvilken rettslig betydning har Grunnloven § 98?

1.3.1 Likhetsprinsippet i Grunnloven § 98 første ledd

Grunnloven § 98 første ledd slår fast at «Alle er like for loven». Denne bestemmelsen er en kodifisering av gjeldende rett, og innebærer at «lovgever ikke vil ha adgang til å gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet». ⁸ Samtidig presiserte komiteen at bestemmelsen er ment som et «tolkningsprinsipp for rettsanvendere mer enn en som en skranke for lovgiver». Bestemmelsen hindrer ikke positiv forskjellsbehandling som har til formål å utjevne forskjeller på grunn av personlige egenskaper. ⁹

1.3.2 I hvilken utstrekning gir Grunnloven § 98 individuelle rettigheter?

Ordlyden i Grunnloven § 98 tilsier at bestemmelsen gir individuelle rettigheter, jf. uttrykksmåten «intet menneske må utsettes». Bestemmelsen er generelt utformet og gir i prinsippet et helt generelt vern mot alle former for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Bestemmelsen skiller ikke mellom direkte og indirekte diskriminering. Samtidig gjør bestemmelsens generelle utforming at den mister noe av sitt rettighetspreg, fordi den ikke sier noe konkret om hva den enkelte har rett på og overfor hvem.

Menneskerettighetsutvalget uttalte at den nærmere grenseoppgangen for hva som utgjør diskriminering, i første rekke vil være en oppgave for lovgiver, men at grunnlovsbestemmelsen vil måtte prøves direkte for domstolene dersom øvrig regelverk mot formodning skulle mangle. ¹⁰ Kontroll- og konstitusjonskomiteen sa at endringene i Grunnloven ikke er ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, «men å gi én del av denne retten – de mest sentrale menneskerettighetene – grunnlovs rang». ¹¹ Også i drøftelsene om Grunnloven § 98 la komiteen til grunn at en ny Grunnloven § 98 «ikke vil endre dagens rettstilstand, men befeste et vesentlig prinsipp i det norske demokratiet».

Samtidig uttalte Menneskerettighetslovutvalget at «retten til ikke å bli diskriminert bør utformes som en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker». ¹² Dette ble gjentatt av Kontroll- og konstitusjonskomiteen, som uttalte at «Retten til ikke å bli diskriminert skal leses som en skranke for lovgiver og en individuell rettighet». ¹³

⁸ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

⁹ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

¹⁰ Dok.nr. 16 (2011–2012) punkt 26.6.2.3.

¹¹ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

¹² Dokument 16 (2011–2012) på s. 148.

¹³ Innst. 186 S (2013–2014) på s. 25.

Dette må ses i sammenheng med komiteens ønske om at de nye grunnlovsbestemmelsene skulle styrke menneskerettighetenes stilling i Norge, og uttalelsen om at det vil ha «selvstendig betydning for domstolenes håndhevelse av menneskerettighetene at Grunnloven pålegger statsorganene å respektere disse rettighetene».¹⁴ En samlet komité uttalte også i forbindelse med behandlingen av Dokument 12:30 (2011–2012) at «det er riktig å sikre disse rettighetene for fremtiden, og synliggjøre dem i vår grunnlov. Særlig viktig er det å understreke at det påligger staten å sikre, verne og garantere for disse menneskerettighetene».¹⁵

Samlet sett tyder både ordlyden og forarbeidene på at Grunnloven § 98 gir selvstendige rettigheter som kan påberopes utover diskrimineringslovgivningen hvis det lovfestede vernet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling ikke er tilstrekkelig omfattende. Den rettspraksisen som hittil foreligger om Grunnlovens nye menneskerettigheter, tilsier også at Høyesterett tillegger de nye grunnlovsbestemmelsene selvstendig betydning utover krav i lovgivningen.¹⁶

Det er bare «usaklig eller uforholdsmessig» forskjellsbehandling som er forbudt etter Grunnloven § 98 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller derfor – i motsetning til diskrimineringslovgivningen – ikke et vilkår om at forskjellsbehandlingen må være *nødvendig* for å oppnå et saklig formål.

1.3.3 Forholdet til diskrimineringsforbudene i menneskerettskonvensjoner

Det kan spørres om Grunnloven § 98 skal tolkes i lys av diskrimineringsforbudene i menneskerettskonvensjoner som er gjort til norsk rett. Dette gjelder for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 14 som slår fast at utøvelsen av konvensjonens rettigheter skal sikres uten diskriminering. Diskrimineringsvernet etter denne konvensjonen er ikke begrenset til opplistede diskrimineringsgrunnlag, men gir vern mot diskriminering også på grunn av «annen status». Også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 slår fast at partenes lovgivning skal

«forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig».

Grunnloven § 98 er dermed i likhet med mange menneskerettslige diskrimineringsforbud åpent formulert. Høyesterettspraksis om de nye menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven viser at Høyesterett i større grad tolker de nye grunnlovsbestemmelsene om menneskerettigheter i lys av de internasjonale menneskerettighetene.¹⁷ Samtidig innebærer forskjellene mellom Grunnloven § 98 og diskrimineringsforbudene i de ulike

¹⁴ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20–22.

¹⁵ Innst. 186 S (2013–2014) s. 21.

¹⁶ Se særlig Rt. 2015 s. 93 (Maria).

¹⁷ Se særlig Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 64, Rt. 2015 s. 110 avsnitt 46 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40.

menneskerettighetskonvensjonene, blant annet med hensyn til ordlyd, at det ikke uten videre er klart hvilken vekt disse skal ha i grunnlovstolkningen.

1.3.4 Hvem er vernet av Grunnloven § 98 annet ledd?

Grunnloven § 98 annet ledd gir bare fysiske personer et diskrimineringsvern, jf. uttrykksmåten «intet menneske». Juridiske personer (virksomheter og organisasjoner) er ikke vernet. Som begrunnelse fremhevet Menneskerettighetsutvalget at det i første rekke er likheten og menneskeverdet som skal ivaretas av diskrimineringsforbudet.¹⁸

1.3.5 Hvilke forhold er vernet mot diskriminering etter Grunnloven § 98 annet ledd?

Det grunnlovsfestede vernet mot diskriminering er etter ordlyden ikke knyttet til bestemte diskrimineringsgrunnlag, men utformet som et generelt forbud mot all usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Menneskerettighetsutvalget og Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall gikk – i motsetning til Diskrimineringslovutvalget – ikke inn for å liste opp bestemte diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven. Komiteens flertall mente en opplisting ville øke faren for å utelate fremtidige grunnlag som nå er vanskelige å forutse, og foreslo en åpen bestemmelse for å «sikre at diskriminering som åpenbart er usaklig og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person, blir omfattet».¹⁹ Uttrykket «forhold ved en person» kan tyde på at en forskjellsbehandling må kunne knyttes til ett eller flere grunnlag for å være vernet mot diskriminering, og at det ikke er tilstrekkelig å vise til at forskjellsbehandlingen er usaklig i et konkret tilfelle.

Med diskrimineringsgrunnlag menes tradisjonelt at forskjellsbehandlingen må kunne spores til forhold som er knyttet til et menneskes egenskaper eller identitet og som det er knyttet fordommer til. Det kan imidlertid være ulike oppfatninger om hvilke forhold dette er. Ut fra forarbeidene synes de fleste grunnlagene som i dag har et vern mot diskriminering å ha et vern også etter Grunnloven § 98, mens den nærmere rekkevidden av vernet er uklar. Grenseoppgangen for hva som utgjør usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, vil trolig i første rekke være en oppgave for Stortinget som lovgiver. Det er imidlertid ikke gitt at ethvert grunnlag som i dag er vernet gjennom diskrimineringslovgivningen, også vil ha et diskrimineringsvern etter Grunnloven på samme måte.²⁰ En slik tolkning ville føre til at ethvert nytt grunnlag som inntas i lovgivningen automatisk innebærer en tilsvarende utvidelse av grunnlovsvernet. Et slikt resultat ville ikke være i tråd med Grunnloven § 121 om hvordan grunnlovsendringer skal skje.

¹⁸ Dok.nr. 16 (2011–2012) kapittel 26.6.2.8 s. 152.

¹⁹ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

²⁰ For eksempel gjør Grunnloven ingen unntak for bestemte samfunnsområder, men forbudet mot diskriminering på grunn av alder i diskrimineringslovgivningen gjelder i dag bare gjelder i arbeidslivet.

Oppfatningen av hva som utgjør usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, kan endre seg over tid. Forarbeidene viser at bestemmelsen er gitt en fleksibel utforming særlig av hensyn til fremtidige endringer i samfunnsutviklingen. Bestemmelsen kan på den måten fungere som en rettslig standard som endrer seg i takt med samfunnsutviklingen. Et fleksibelt diskrimineringsvern følger dermed direkte av Grunnloven selv. Dersom det viser seg at nye grupper får behov for diskrimineringsvern og lovgiver har forsømt seg med å følge opp med lovgivning, kan Grunnloven § 98 gi et selvstendig vern.

1.3.6 Hvem har plikter etter Grunnloven § 98 annet ledd?

Utgangspunktet er at menneskerettighetene i Grunnloven først og fremst skaper forpliktelser for offentlige myndigheter. Private vil imidlertid kunne være pliktsubjekt dersom det følger av en nærmere tolkning.

Grunnloven § 98 vil ha betydning som en skranke for lovgiver²¹ og for det offentlige i deres myndighetsutøvelse. Staten kan også ha en positiv forpliktelse etter Grunnloven til å forhindre diskriminering mellom private gjennom lovgivningen. Sikringsplikten er forankret i Grunnloven § 92, som slår fast at «statens myndigheter» skal respektere og «sikre» menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter. Dette innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at private har plikter etter Grunnloven § 98.

Grunnloven § 98 annet ledd sier ingenting om hvem som har plikt til å avstå fra diskriminering. Derimot slår den fast at intet menneske må «utsettes» for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Ordlyden stenger derfor ikke i seg selv for at *alle*, både fysiske og juridiske personer (organisasjoner, virksomheter, offentlige myndigheter mv.), forpliktet til å respektere diskrimineringsforbudet.

Samtidig gir forarbeidene svake holdepunkter for å si at § 98 pålegger private plikter. Menneskerettighetsutvalget drøftet spørsmålet, men kom frem til at «det på området for diskriminering kun bør være offentlige instanser som er pliktsubjekt etter Grunnloven».²² Spørsmålet ble ikke berørt av Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité.

1.3.7 Betydning for avveiningen mot andre grunnlovfestede rettigheter

Diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98 gjør ingen unntak for bestemte samfunnsområder eller situasjoner, for eksempel for forskjellsbehandling i privatlivet eller i tros- og livssynssamfunn. Tvert imot forutsetter Grunnloven at det må gjøres reelle avveininger mellom diskrimineringsvernet og andre menneskerettigheter med grunnlovs rang, som yringsfriheten i Grunnloven § 100, religionsfriheten i Grunnloven § 16 og retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102. Det betyr imidlertid ikke at lovgiver er avskåret fra å avgrense eksempelvis lovens saklige virkeområde ut fra det som etter en

²¹ Med skranke menes at lovgiver ikke kan vedta lover eller iverksette praksiser som strider mot det grunnlovsfestede forbudet mot diskriminering.

²² Dokument 16 (2011–2012) punkt 26.6.2.4. på s. 148.

generell vurdering er saklig og forholdsmessig av hensyn til å beskytte for eksempel retten til privatliv.²³

1.3.8 Håndheving og sanksjoner

Ombudet og nemnda har ikke kompetanse til å håndheve Grunnloven. Den som mener seg diskriminert i strid med Grunnloven § 98, må reise søksmål for domstolene.

Grunnlovsbestemmelsen fastsetter ingen sanksjoner ved brudd på bestemmelsen. Den som vinner frem med en påstand om brudd på det grunnlovsfestede diskrimineringsforbudet, er henvist til å kreve erstatning etter alminnelige erstatningsregler.

2 Internasjonalt vern mot diskriminering

Mange internasjonale avtaler inneholder bestemmelser som forbyr diskriminering. Slike regler kan være forankret i prinsipper om effektiv ressursutnyttelse, rettfærdighetsbetraktninger eller menneskerettigheter. Ikke-diskriminering er anerkjent som folkerettslig sedvanerett.

Menneskerettighetene bygger på at alle mennesker er like mye verdt, og skal ha like rettigheter og muligheter. Forbudet mot diskriminering er en naturlig følge av denne grunnleggende tanken. Ikke-diskriminering er derfor et grunnleggende menneskerettslig prinsipp som skal innfortolkes ved anvendelsen av alle menneskerettighetene.

Prinsippet om ikke-diskriminering kommer både direkte og indirekte til uttrykk i menneskerettskonvensjonene. De fleste menneskerettskonvensjonene inneholder spesifikke bestemmelser om at ingen skal diskrimineres, og fastslår den enkeltes rett til ikke å bli diskriminert. I flere av konvensjonene er retten til ikke å bli diskriminert inntatt i konvensjonenes fortale og i spesifikke bestemmelser. Norge har også sluttet seg til en rekke menneskerettskonvensjoner som tar sikte på å verne menneskerettighetene til en avgrenset krets av personer, for eksempel FNs konvensjon om rettighetene for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Disse konvensjonene er basert på en erkjennelse av at menneskerettighetene ikke har blitt ivaretatt for alle, og presiserer og utdyper hvordan menneskerettighetene skal forstås og gjennomføres for grupper som har opplevd å få sine rettigheter tilsidesatt.

Flere sentrale menneskerettskonvensjoner, for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, har ikke uttømmende oppregninger av diskrimineringsgrunnlag. Det innebærer at også diskrimineringsgrunnlag som ikke er uttrykkelig listet opp i konvensjonen kan fanges opp av en samlekategori.

Norge har ratifisert og inkorporert en rekke generelle menneskerettskonvensjoner som har hatt betydelig innflytelse på norsk diskrimineringslovgivning. I tillegg er Norge bundet av

²³ Høyesterett har for øvrig uttalt at det gjelder «en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning» ved inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, jf. Rt. 2014 s. 1105, Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 60, Rt. 2015 s. 155 (Rwanda) avsnitt 52.

internasjonale traktater der hovedformålet med avtalen er noe annet enn beskyttelse av menneskerettighetene, men der deler av avtalen også innebærer en beskyttelse mot diskriminering. Dette gjelder for eksempel EØS-avtalen.

Konvensjonsbestemmelsene forplikter Norge til å innføre et likebehandlingsprinsipp på ulike måter. Diskrimineringsvernets tradisjonelle fokus er statens plikt til å unnlate å diskriminere. Staten skal respektere den enkeltes rett til likebehandling. Dette er en såkalt «negativ forpliktelse» for avtalepartene. Staten skal for eksempel ikke vedta diskriminerende lovgivning eller utøve forvaltning på en diskriminerende måte.

I tillegg pålegger menneskerettskonvensjonene statene en plikt til aktivt å sørge for at likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet ivaretas, såkalte «positive plikter». Statene har også en plikt til å beskytte den enkelte mot å bli diskriminert i forhold mellom private parter. Staten kan dermed ha en plikt til å forby diskriminering mer generelt, og vil ha en plikt til å sikre at dette forbudet respekteres i praksis.

Statene er også forpliktet til å iverksette aktive tiltak for å fremme likestilling og motarbeide diskriminering. Denne plikten kan oppfylles ved hjelp av lovgivning eller andre tiltak.

2.1 Betydningen av internasjonale menneskerettskonvensjoner som rettskilde i norsk rett

2.1.1 Dualisme og monisme

Menneskerettskonvensjoner er folkerettslige avtaler.²⁴ Utgangspunktet i norsk rett er dualismen, som innebærer at folkeretten og nasjonal rett er to atskilte rettssystemer. Motsetningen er monismen, som innebærer at folkeretten og nasjonal rett er en del av samme rettssystem. Det må derfor skilles mellom menneskerettskonvensjoner som er gjort til norsk rett gjennom inkorporasjon (en henvisning til den folkerettslige traktaten) eller transformasjon (oversettelse av den folkerettslige traktaten), og på den annen side menneskerettskonvensjoner som er ratifisert av Norge, men ikke gjort til norsk rett.

2.1.2 Konvensjoner som er inkorporert (eller transformert) i norsk rett

Noen konvensjoner er inkorporert i ordinære lover eller forskrifter (uten å ha forrang fremfor norske regler ved motstrid). Dette gjelder for eksempel FNs rasediskrimineringskonvensjon som er gjort til norsk lov gjennom diskrimineringsloven om etnisitet § 5.

Andre konvensjoner er inkorporert i norsk rett og samtidig gitt forrang fremfor norske regler ved motstrid mellom konvensjonen og andre norske regler.

²⁴ Traktater skal tolkes i samsvar med Wien-konvensjonen av 1969. I Rt. 1994 s. 610 *Bølgepappsaken*, som gjaldt opplesning av politiforklaringer, uttalte Høyesterett at den folkerettslige regelen måtte være tilstrekkelig «klar» for å gå foran norsk rett ved motstrid. Dette klarhetsprinsippet ble forlatt ved plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 *Bøhler*.

Flere av de mest sentrale menneskerettskonvensjonene er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. Samtlige av disse konvensjonene gir et diskrimineringsvern. Dette gjelder:

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fra 1950
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966
- FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966
- FNs kvinnediskrimineringskonvensjon fra 1979
- FNs barnekonvensjon fra 1989

Ifølge menneskerettsloven § 3 skal bestemmelser i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 (konvensjonene nevnt i kulepunktene ovenfor) ved «motstrid» gå foran bestemmelser i annen lovgivning, dvs. at konvensjonsbestemmelsene har forrang i tilfelle det blir konstatert at disse er i konflikt med annen lovgivning. Forutsetningen for at man skal kunne konstatere motstrid, er at reglene fremstår som uforenlige etter at de er tolket. Det er imidlertid sjelden at motstridsspørsmålet kommer på spissen, fordi Høyesterett som regel foretar en harmoniserende tolkning av den folkerettslige og norske regelen.

Sektormonisme

Enkelte andre lover bestemmer at de skal gjelde med de begrensninger som følger av, eventuelt i samsvar med, Norges folkerettslige forpliktelser. Dette omtales gjerne som sektormonisme. Eksempler på slike lover er straffeloven, straffeprosessloven og tvisteloven.

2.1.3 Konvensjoner som er ratifisert, men ikke gjort til norsk rett

Noen konvensjoner er gjennomført ved ratifikasjon og konstatering av rettsharmoni. Selv om en ratifisert konvensjon ikke inkorporeres i norsk lovgivning, vil den likevel være et moment ved tolkningen av norske regler i kraft av prinsippet om at norsk rett antas (presumeres) å samsvare med folkeretten (presumsjonsprinsippet).

Presumsjonsprinsippet innebærer at folkeretten er en viktig rettskilde ved tolkningen av norsk rett, fordi det er nærliggende å anta at norske myndigheter ikke ønsker å bryte folkerettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft vil blant annet avhenge av om norske myndigheter har vært bevisst på motstriden eller ikke²⁵, hva slags rettighet saken gjelder og om en løsning i samsvar med folkeretten vil være til skade for private parter som kan ha innrettet seg etter de norske reglene.²⁶

²⁵ Ved bevisst motstrid har lovgiverne vært klar over hva som følger av den folkerettslige regelen, men likevel valgt å vedta en norsk regel som er i strid med folkeretten. Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken) er et eksempel på bevisst motstrid.

²⁶ Prinsippene er forankret i plenumsdommen Rt. 2000 s. 1811 Finanger I, som er et eksempel på ubevisst motstrid mellom EØS-retten og norsk rett. Saken har likevel betydning også for menneskerettighetenes gjennomslagskraft i norsk rett.

Konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk lov, vil som hovedregel ikke kunne danne grunnlag for å sette til side norsk lov dersom det konstateres motstrid mellom norsk lov og konvensjonens bestemmelser. Straffeloven, straffeprosessloven og tvisteloven er imidlertid praktisk viktige unntak.

2.1.4 Grunnloven

Grunnloven § 92 pålegger statens myndigheter å «respektere og sikre» menneskerettighetene både i Grunnloven og internasjonale traktater. Den uttrykkelige henvisningen til hvor menneskerettighetene er nedfelt kom inn med grunnlovsrevisjonen i 2014.

2.1.5 Videre fremstilling

I dette kapitlet redegjøres det nærmere for de mest sentrale menneskerettskonvensjonene som inneholder regler om ikke-diskriminering, som Norge har sluttet seg til. EØS-avtalen og det EU-rettslige regelverket inneholder også regler som pålegger statene å etablere et diskrimineringsvern.

2.2 FN-konvensjoner

Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet er kommet til uttrykk, både direkte og indirekte, i en rekke konvensjonsforpliktelser. FN-pakten fra 1945 fastsetter at en av FNs oppgaver «er å fremme og oppmuntre til respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter for alle, uten forskjellsbehandling på grunn av rase, kjønn, språk og religion.»²⁷

FNs Verdenserklæring fra 1948 lister opp de sentrale menneskerettighetene. Ifølge artikkel 2 skal menneskerettighetene utøves og praktiseres uten noen form for diskriminering. Bestemmelsen lyder som følger:

«Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.»

Verdenserklæringen slår videre fast i artikkel 7 både likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Artikkel 7 lyder som følger:

«All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.»

Dette prinsippet er videreført og utdypet i FNs menneskerettskonvensjoner.

²⁷ FN-pakten artikkel 1 nr. 3 og 13 nr. 1 b og 55 bokstav c).

2.2.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP) omhandler de såkalte sivile og politiske rettighetene som er opplistet i Verdenserklæringen.

SP har flere bestemmelser som forbyr diskriminering og pålegger statene å etablere et lovbestemt vern mot diskriminering. Etter artikkel 2 nr. 1 forplikter statene seg til å respektere og sikre rettighetene etter konvensjonen, uten forskjellsbehandling av noe slag.

Det følger av artikkel 26 at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby enhver form for forskjellsbehandling. Bestemmelsen forbyr diskriminering på et generelt grunnlag, og er ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen. Vernet gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1972. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang foran andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonene, jf. menneskerettsloven § 3.

2.2.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966 (ØSK) omhandler de såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene som er opplistet i Verdenserklæringen. Mange av rettighetene i ØSK er knyttet til ytelser fra staten.

Etter ØSK artikkel 2, skal statene garantere at konvensjonens rettigheter blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1972. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang foran andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonene, jf. menneskerettsloven § 3.

2.2.3 FNs konvensjon mot diskriminering av kvinner

Formålet med FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner fra 1979 (FNs kvinneskjemningskonvensjon) er å sikre likebehandling av kvinner når det gjelder tilgangen til menneskerettighetene. Konvensjonens fortale uttaler at «enhver har krav på alle de rettigheter og friheter som er nevnt i (Verdens)erklæringen, uten forskjell av noen art, heller ikke på grunn av kjønn». Konvensjonen inneholder en rekke bestemmelser som tolker hvordan menneskerettighetene skal forstås og anvendes for å sikre menneskerettighetene for kvinner. Statene har en klar plikt til både å ta tak i faktisk og strukturell diskriminering og nøytralisere diskriminerende holdninger og normer.

Konvensjonen forplikter statene til å jobbe mot diskriminering av kvinner, og å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for kvinneskjemning, jf. artikkel 2. Som ledd i dette pålegges statene å nedfelle prinsippet om likestilling i sin nasjonale

lovgivning, å forby all diskriminering av kvinner og å innføre et rettsvern for kvinners rettigheter på lik linje med menns jf. artikkel 2 bokstav a, b og c. Staten skal både avdekke og forhindre diskriminering i egen praksis, forhindre diskriminering i forhold mellom private og iverksette alle tiltak som er nødvendige for å sikre kvinner like rettigheter og muligheter.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1981. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, og har dermed forrang foran nasjonale lover som er i strid med rettighetene etter konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3.

2.2.4 FNs konvensjon mot rasediskriminering

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering fra 1965 (FNs rasediskrimineringskonvensjon) tar sikte på å sikre lik tilgang til menneskerettighetene uavhengig av rase. Konvensjonen understreker at menneskerettighetene skal sikres fullt ut for alle mennesker uten hensyn til rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse.

Konvensjonen forplikter statene til å føre en politikk rettet mot bekjempelse av rasediskriminering. Statene skal sikre likebehandling innenfor egen forvaltning og beskytte den enkelte mot diskriminering fra private, organisasjoner eller grupper. Konvensjonspartene har en plikt til å iverksette nødvendige tiltak og vedta lover for å avskaffe alle former for rasediskriminering.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1970. Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 5. Siden konvensjonen ikke er inkorporert gjennom menneskerettsloven, har den ikke forrang ved motstrid med andre lover. Lovgiver fryktet at inkorporasjon gjennom menneskerettsloven kunne føre til en ytterligere kompetanseoverføring fra lovgiver til domstoler og internasjonale håndhevingsorganer.²⁸

2.2.5 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne fra 2006 skal sikre lik tilgang til menneskerettighetene for personer med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonens fortale uttaler at menneskerettighetene er allmenne og udelelige, og at det er nødvendig å sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne kan nyte sine rettigheter fullt ut, uten forskjellsbehandling. Konvensjonen inneholder en rekke bestemmelser som tolker hvordan menneskerettighetene skal forstås når det gjelder mennesker med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonen bygger på en erkjennelse av at de andre FN-konvensjonene har ikke vært tilstrekkelige effektive for å hindre barrierer som først og fremst rammer personer med nedsatt funksjonsevne.²⁹

Konvensjonspartene har plikt til å treffe alle nødvendige tiltak, også gjennom lovgivning, for å virkeliggjøre de rettigheter som er nedfelt i konvensjonen og bekjempe

²⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 8.8.3 og NOU 2003 19 *Makt og demokrati*.

²⁹ Se også konvensjonens fortale bokstav k).

diskriminering av personer med nedsatt funksjonsevne, jf. artikkel 4. Statene skal respektere den enkeltes rett til ikke å bli diskriminert, beskytte personer med nedsatt funksjonsevne mot diskriminering fra andre, og iverksette tiltak for å fremme likestilling. Konvensjonen omfatter både sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Norge ratifiserte konvensjonen i 2013. Konvensjonen er ikke inkorporert i norsk lov.

2.2.6 FNs barnekonvensjon

FNs konvensjon om barnets rettigheter fra 1989 skal sikre barns grunnleggende rettigheter. Artikkel 2 sier at barn ikke skal diskrimineres på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendom, funksjonshemming, fødsel eller annen status.

Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang foran nasjonale lover som er i strid med rettighetene etter konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3.

2.3 ILO-konvensjoner

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

Gjennom ILO er det vedtatt en rekke konvensjoner av betydning for vernet mot diskriminering:

- ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke
- ILO-konvensjon nr. 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere for arbeid av lik verdi
- ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser
- ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater. Konvensjonens artikkel 3 slår fast at urfolk fullt ut skal nyte godt av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, uten hinder eller diskriminering, samt at bestemmelsene i konvensjonen skal anvendes uten diskriminering for kvinner og menn tilhørende disse folk.

Oppregningen er ikke uttømmende, men de nevnte konvensjonene regnes som særlig aktuelle i et diskrimineringsperspektiv.

2.4 Europarådskonvensjoner

I 1949 stiftet ti stater i Europa den mellomstatlige organisasjonen Europarådet. Formålet med organisasjonen er å sikre respekt for menneskerettigheter, demokrati og rettsstat i Europa. Europarådet vedtok i 1950 Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

2.4.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950 (EMK) inneholder, med noen mindre avvik, de samme rettighetene som FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (se over). Etter EMK artikkel 14 skal utøvelsen av konvensjonens rettigheter sikres uten noen som helst diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen mening, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status. Konvensjonen fastslår dermed retten til ikke-diskriminering innen de områdene som er omfattet av konvensjonen.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1952. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har dermed forrang foran andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonene, jf. menneskerettsloven § 3. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) behandler tvister mellom privatpersoner og statens myndigheter.

EMK tilleggsprotokoll nr. 12

Tilleggsprotokoll nr. 12 til den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er fra 2003. Norge har undertegnet, men ikke ratifisert protokollen.

Protokollen gir et generelt vern mot diskriminering på alle samfunnsområder og på alle diskrimineringsgrunnlag, med et tillegg om «annen status» som gir vern også til grunnlag som ikke er listet opp (samlekategori). Protokollen ble utarbeidet fordi diskrimineringsvernet etter konvensjonens artikkel 14 er begrenset til de rettigheter konvensjonen beskytter. Diskrimineringsvernet etter protokollen er derimot generelt og gjelder også utenfor de områdene rettighetene i konvensjonen gjelder.

Tilleggsprotokollen etablerer ikke nye klageordninger (i motsetning til for eksempel tilleggsprotokollen til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ØSK, og tilleggsprotokollen til FNs barnekonvensjon). Den utvider imidlertid det menneskerettslige diskrimineringsvernet i konvensjonen og gir dermed mulighet for ofre for diskriminering til å bringe flere typer saker til Den europeiske menneskerettsdomstol.

Både EMK artikkel 14 og tilleggsprotokollen gir et vern mot diskriminering for juridiske personer, det vil si ikke-fysiske personer av ulik art som for eksempel organisasjoner, politiske partier eller foretak. Protokollen innebærer en utvidelse av diskrimineringsvernet for juridiske personer.

2.4.2 Den europeiske sosialpakt

Den Europeiske sosialpakt er fra 1961 og ble revidert i 1996. Konvensjonens innhold tilsvarer langt på vei ØSK. Etter den europeiske sosialpakten skal staten ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper som rett til arbeid, rettferdige arbeidsvilkår, trygge og sunne arbeidsforhold mv. Ved revisjonen av sosialpakten i 1996 kom det inn en bestemmelse om ikke-diskriminering. Del V artikkel E slår fast at rettighetene i sosialpakten skal sikres uten diskriminering på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen overbevisning, nasjonal bakgrunn eller sosial opprinnelse, helse, tilhørighet til en nasjonal minoritet, fødsel eller annen status.

2.4.3 Rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter

Etter Europarådets rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter fra 1995 forplikter partene seg til å garantere retten til likhet for loven og til lik beskyttelse for loven for personer som tilhører nasjonale minoriteter. I denne forbindelse skal enhver diskriminering basert på tilhørighet til en nasjonal minoritet være forbudt.

Konvensjonen trådte i kraft i 1998, og ble ratifisert av Norge 17. mars 1999.

2.4.4 Den europeiske pakten om religions- eller minoritetsspråk

Den europeiske pakten om religions- eller minoritetsspråk ble ratifisert av Norge i 1993. Samisk, kvensk, romanes og romani er beskyttet av pakten. Norge har påtatt seg ulike forpliktelser for de ulike språkene. Paktens artikkel 7 nr. 2, som gjelder alle språkene, forplikter partene til å fjerne enhver uberettiget forskjell mv. i sammenheng med bruken av et religions- eller minoritetsspråk som har til hensikt å motvirke eller sette i fare opprettholdelsen eller utviklingen av et regions- eller minoritetsspråk.

2.4.5 Europarådets konvensjonen om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner

Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner ble vedtatt av Europarådets ministerkomité 7. april 2011. Konvensjonen bygger på en forståelse av vold mot kvinner som en alvorlig form for diskriminering, som hindrer lik tilgang til menneskerettighetene for kvinner. Ved å ratifisere konvensjonen forplikter statene seg på å avdekke og forhindre vold mot kvinner i egen praksis, beskytte den enkelte mot vold fra andre personer og foretak, og iverksette tiltak som er nødvendige for å forebygge og bekjempe vold mot kvinner og vold i nære relasjoner.

Artikkel 4 pålegger statene å bekjempe diskriminering mot kvinner, og sier at statene skal gjennomføre konvensjonen uten diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk holdning, livssyn, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødested, seksuell orientering, kjønnsidentitet, alder, helsetilstand, funksjonsnedsettelse, sivil status, status som innvandrer eller flyktning, eller annen status.

Norge undertegnet konvensjonen i 2011, men har foreløpig ikke ratifisert konvensjonen.

2.4.6 LHBT-rekommandasjon

Europarådets ministerkomité vedtok 31. mars 2010 enstemmig en anbefaling til medlemsstatene om å sikre effektiv lovgivning for å bekjempe diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og kjønnsidentitet.

3 EU- og EØS-rett

3.1 Diskrimineringsvernet i EU-retten

Selv om Norge ikke medlem av EU, har EUs regelverk og EU-domstolens praksis utøvet betydelig innflytelse på norsk rett. Store deler av EU-retten er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen. Andre direktiver er Norge ikke bundet av gjennom medlemskapet i EØS, men har likevel bestemt at norsk rett skal være i samsvar med EU-retten.

Grunnlaget for EU-samarbeidet er traktater som er inngått mellom medlemsstatene. De to sentrale traktatene som definerer EUs myndighetsområde, organisering og arbeidsmetode er traktaten om Den europeiske union (TEU) og traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). Disse traktatene bestemmer på hvilke områder og i hvilken grad medlemsstatene har overført kompetanse til EU.

For at nye stater skal bli tatt opp som medlemmer i EU, stilles det krav om at medlemsstatene respekterer og sikrer menneskerettighetene. EU har utarbeidet et eget menneskerettsdokument – Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter. Pakten inneholder både sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. (Pakten er inspirert av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). I tillegg inneholder pakten bestemmelser som er hentet fra Europarådets sosialpakt og EFs pakt om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere fra 1989.) Med Lisboa-traktaten fra 2009 ble pakten om grunnleggende rettigheter gjort til bindende rett i Den ajourførte traktaten om Den europeiske union art. 6. Bestemmelsen sier videre at de grunnleggende rettigheter, slik de er sikret i EMK og forvaltningsmessige tradisjoner som er felles for medlemsstatene, skal inngå i unionsretten som allmenne prinsipper.

Avdeling III i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter inneholder bestemmelser om likestilling. Pakten slår fast at alle er like for loven, og at enhver forskjellsbehandling på grunn av kjønn, rase, hudfarge, etnisk eller sosial opprinnelse, genetiske egenskaper, språk, religion eller tro, politiske eller andre meninger, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering er forbudt. Artikkel 23 åpner for at positive tiltak kan anvendes for å oppnå likestilling av kvinner og menn.

Hovedtraktatene har også enkelte bestemmelser om likestilling. Traktaten om unionens virkemåte artikkel 8 bestemmer at unionen i all sin virksomhet skal bestrebe seg på å fjerne forskjellsbehandling mellom kvinner og menn. Traktatens artikkel 19 gir EU myndighet til å iverksette konkrete tiltak for å bekjempe diskriminering på ulike grunnlag.

Flere nye rettsakter fra EU (direktiver, forordninger, enkeltvedtak og ikke-bindende retningslinjer) henviser uttrykkelig til grunnrettighetspakten. Dette gjelder blant annet Tjenestedirektivet (2006/123/EF) og Datalagringsdirektivet (2006/24/EF). Direktivene presiserer at innholdet i direktivene skal tolkes på en slik måte at de ikke kommer i konflikt med de rettigheter som er nedfelt i pakten.

Forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet overfor borgere av EU eller EØS-land kan være i strid med EØS-avtalen og reglene om fri bevegelighet for personer. Etter EØS-

avtalen artikkel 4, som er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven, skal enhver forskjellsbehandling av EU- eller EØS-borgere på grunnlag av nasjonalitet være forbudt innenfor avtalens virkeområde (med forbehold av de særbestemmelser som følger av avtalen selv). Det samme følger av TEUV artikkel 18.

Begrepet nasjonalitet betyr i denne sammenheng tilknytning til EU/EØS-land, og tar sikte på å hindre at et medlemsland favoriserer egne borgere på bekostning av borgere fra andre EU/EØS-stater. Hensynet bak dette diskrimineringsforbudet er å sikre fri bevegelighet som en forutsetning for utvikling av EUs indre økonomiske marked.

3.2 Hvilken betydning har det generelle diskrimineringsvernet i EU-retten for Norge?

Den EU-rettslige diskrimineringslovgivningen er nedfelt i direktiver. Direktiver er sekundærlovgivning og må derfor utledes av en traktatbestemmelse. De ulike ikke-diskrimineringsdirektivene i EU har hjemmel i ulike traktatbestemmelser. Den sentrale traktatbestemmelsen når det gjelder kjønnslikestilling er Lisboa-traktaten (TFEU) artikkel 157, mens forbudet mot diskriminering på grunn av rase, religion, funksjonshemming, alder og seksuell orientering er nedfelt i TFEU annen del artikkel 19.

For at EU/EØS-retten skal bli gjeldende rett i Norge, som kan gi rettigheter og plikter, må den gjennomføres av norsk lovgiver, som lov eller forskrift. EØS-avtalens hoveddel ble gjennomført av Stortinget som norsk lov i 1992. Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. EØS-avtalens hoveddel omfatter traktatsbestemmelser, direktiver og praksis fra EF-domstolen som var en del av EU-retten da avtalen ble inngått. Også praksis fra EF-domstolen fra tiden etter at EØS-avtalen ble inngått er relevante.³⁰ Men deretter må hver eneste EU-rettsakt som inngår i EØS, Schengen og de andre avtalene gjennomføres særskilt.

Prinsippet i EØS-avtalen er at nye EU-rettsakter som er relevante for EØS skal tas inn i avtalen. Dette gjelder alle rettsakter som knytter seg til EUs indre marked og som skal sikre fri bevegelse av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital. At et direktiv er EØS-relevant, har betydning for EFTA-domstolens kompetanse og i spørsmål om forrang etter EØS-loven § 2. EFTA-statene (Norge) har også forpliktet seg til å tolke EØS-retten i tråd med den underliggende EU-retten.³¹ Dette omtales gjerne som homogenitetsmålsettingen.

Direktivene som ikke omfattes av EØS-avtalen er i utgangspunktet ikke bindende for Norge, og Norge er ikke forpliktet til å implementere slike direktiver i norsk lovgivning. Norge kan likevel velge å implementere direktivenes krav i lovgivningen.

Ikke alle ikke-diskrimineringsdirektivene er EØS-relevante. Direktiv 2006/54 som gjelder kjønnslikestilling er utledet av Amsterdam-traktaten 141, nå TFEU artikkel 157. EØS-avtalen har en bestemmelse som tilsvarer denne i avtalens artikkel 69 og 70. Direktivet ble

³⁰ ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2.

³¹ EØS-avtalen artikkel 6.

inntatt i EØS-avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning i 2008 og er altså EØS-relevant. EUs ikke-diskrimineringspakke med direktiv 2000/78 og 2000/43, som omhandler blant annet etnisitet, alder og funksjonsnedsettelse, er derimot ikke EØS-relevant. Direktivene er utledet av artikkel 13, nå TFEU artikkel 19, og det finnes ingen bestemmelse som tilsvarer denne i EØS-avtalen.

Fordi Norge frivillig har valgt å implementere de to nevnte direktivene, er Norge ikke rettslig bundet av selve direktivene eller den tilhørende rettspraksisen fra EU-domstolen. Lovgiver har imidlertid lagt til grunn at norsk regelverk skal være minst på høyde med nivået i de to direktivene. I Gjensidige-dommen uttalte Høyesterett at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes slik at de blir forenlige med rammedirektivet (2000/78/EF).³² Høyesterett har derfor tatt utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser i sin tolkning av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13.³³

Norge er følgelig folkerettslig bundet av direktivet som gjelder kjønnsdiskriminering, og dermed også praksisen fra EU-domstolen som knytter seg til tolkningen av dette direktivet. De som mener norsk rett og praksis er i strid med direktivet, kan bringe en sak inn for EFTA-domstolen. Det betyr også at direktivbestemmelsene har forrang fremfor likestillingsloven, jf. EØS-loven § 2. De to direktivene som gjelder de andre diskrimineringsgrunnlagene er vi ikke direkte bundet av på samme måte, men det er bestemt at vårt nasjonale regelverk skal være minst på høyde med direktivbestemmelsene. Hvis noen mener at norsk diskrimineringslovgivning eller norsk rettspraksis er i strid med disse to direktivene, kan vedkommende ikke bringe saken inn for EFTA-domstolen. De to direktivene har heller ikke forrang foran diskrimineringsloven om etnisitet eller seksuell orientering, arbeidsmiljøloven kapittel 13 eller diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Grunnrettighetspakten

Også Grunnrettighetspakken faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, og er ikke gjort til en del av EØS-avtalen. Diskrimineringsforbudet i grunnrettighetspakten er derfor ikke relevant for tolkningen av EØS-retten generelt. Samtidig vil grunnrettighetspakten være en tolkningsfaktor i de tilfeller der direktiver som omfattes av EØS-avtalen henviser til grunnrettighetspakten. Homogenitetsmålsettingen vil også kunne medføre at grunnrettighetspakten indirekte vil påvirke hvordan direktiver som er gjennomført i norsk rett må tolkes.

3.3 Direktiver og forordninger om likestilling og ikke-diskriminering

I tillegg til det generelle diskrimineringsvernet som er nedfelt i grunnrettighetspakten har EU vedtatt en rekke rettsakter som skal sikre likestilling og hindre diskriminering på ulike

³² Rt. 2011 s. 964 avsnitt 44.

³³ Se blant annet Kystlink-dommen i Rt. 2010 s. 202, Helikopter Service-dommen i Rt. 2012 s. 219, Gjensidige-dommen i Rt. 2011 s. 964 og SAS-dommen i Rt. 2011 s. 609.

områder. En del av disse rettsaktene bidrar til å sikre fri bevegelse av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital, og er derfor tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett.

Direktivene har et noe ulikt anvendelsesområde:

- Diskriminering på grunn av rase og etnisitet er i utgangspunktet forbudt på alle samfunnsområder. Rasediskrimineringsdirektivet har dermed det videste anvendelsesområdet av EUs likestillingsdirektiver.
- Kjønnsskimming er forbudt i arbeidslivet (Likestillingsdirektivet) og ved adgang til og levering av varer og tjenester (direktiv 2004/113/EF).
- Rammedirektivet (seksuell orientering, funksjonshemming, religion, livssyn og alder) gjelder kun i arbeidslivet.

3.3.1 Oversikt over relevante direktiver

Det er vedtatt en rekke direktiver om likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet, som er del av EØS-avtalen. I tillegg har EU vedtatt en rekke direktiver som skal sikre likestilling som ikke omfattes av EØS-avtalen. Selv om Norge ikke er forpliktet til å implementere slike direktiver har Norge i enkelte tilfeller valgt å implementere direktivenes krav i lovgivningen.

- Direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse er innlemmet i EØS-avtalen
- Direktiv 2004/113/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester er innlemmet i EØS-avtalen
- Direktiv 97/81/EF (deltidsdirektivet) til vern mot forskjellsbehandling av deltidsansatte er innlemmet i EØS-avtalen.
- Direktiv 99/70/EF (direktivet om midlertidig ansettelse) til vern mot forskjellsbehandling av midlertidig ansatte er innlemmet i EØS-avtalen.
- Direktiv 2008/104/EF (vikarbyrådirektivet) om vikararbeid, som nedfeller prinsippet om likebehandling av vikarbyråansatte og arbeidstakere ansatt i brukervirksomheten hvor vikaren er utleid er innlemmet i EØS-avtalen
- Direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til sysselsetting og arbeid (rammedirektivet), som nedfeller et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder er ikke innlemmet i EØS-avtalen. Norge har likevel valgt å gjennomføre direktivet i norsk rett
- Direktiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet (rasediskrimineringsdirektivet) er ikke innlemmet i EØS-avtalen. Norge har likevel valgt å gjennomføre direktivet i norsk rett.

3.3.2 Direktiver om kjønnslikestilling

3.3.2.1 Arbeidslivet

Direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse forbyr direkte og indirekte diskriminering, trakassering på grunn av kjønn, seksuell trakassering og instruks om diskriminering, jf. artikkel 2. Direktivet gir adgang til positiv særbehandling, jf. artikkel 3. Statene skal innføre et vern mot gjengjeldelse til beskyttelse av arbeidstakere som påklaget en sak om forskjellsbehandling, jf. artikkel 24. Direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven.

3.3.2.2 Varer og tjenester

Direktiv 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester artikkel 2 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, samt forbud mot trakassering, herunder seksuell trakassering. Instruks om direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn anses som forskjellsbehandling, jf. artikkel 4 nr. 4. Direktivet gir adgang til positiv særbehandling, jf. artikkel 6. Etter artikkel 10 skal statene innføre et vern mot gjengjeldelse for personer som klager på forskjellsbehandling i strid med direktivet. Direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven.

3.3.3 Deltidsdirektivet

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

Direktivet har som primært formål et fleksibelt og velfungerende arbeidsliv for både arbeidsgivere og arbeidstakere. Ikke-diskriminering er et virkemiddel som skal anvendes for å oppnå dette.

Direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven.

3.3.4 Direktivet om midlertidig tilsetting

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

Direktivet har som primært formål et fleksibelt og velfungerende arbeidsliv for både arbeidsgivere og arbeidstakere. Ikke-diskriminering er et virkemiddel som skal anvendes for å oppnå dette.

Direktivet er en del av EØS-avtalen og er gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven.

3.3.5 Direktivet om vikararbeid

Direktiv 2008/104/EF om vikararbeid ble vedtatt 19. november 2008. Direktivet har til formål blant annet å beskytte vikaransatte og forbedre kvaliteten av vikararbeid ved å sikre at prinsippet om likebehandling skal gjelde for vikaransatte, jf. artikkel 2. Direktivet kommer til anvendelse for arbeidstakere som er ansatt i vikarbyrå og som utsendes til en brukervirksomhet for midlertidig arbeidsoppdrag, jf. artikkel 1.

Direktivet er en del av EØS-avtalen og ble gjennomført i norsk rett ved endringer i arbeidsmiljøloven, tjenestemannsloven og ferieloven.

3.3.6 Rammedirektivet

EUs direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet (rammedirektivet) omfatter forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen. Norge har imidlertid likevel valgt å gjennomføre/speile regelverket i norsk rett gjennom bestemmelser i diskrimineringslovgivningen.

3.3.7 Rasediskrimineringsdirektivet

EUs direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av alle uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse pålegger å innføre vern mot diskriminering på grunn av rase og etnisk opprinnelse. Direktivet omfatter ikke forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Nasjonalitet betyr i denne sammenhengen tilknytning til et EU/EØS-land. Direktivet er ikke del av EØS-avtalen. Direktivet er likevel gjennomført i norsk rett gjennom diskrimineringsloven om etnisitet.

4 Diskrimineringslovgivningen i andre nordiske land

4.1 Sverige

4.1.1 Konstitusjonelle regler

Sverige har fire grunnlover: Regeringsformen, Successionsordningen, Tryckfrihetsförordningen og Trandefrihetsgrundlagen. Ingen av grunnlovene inneholder noe generelt forbud mot diskriminering. I Regeringsformen (1974:152) er det likevel fastsatt enkelte bestemmelser om likestilling og ikke-diskriminering.

Regeringsformen Kapittel 1 gir noen generelle føringer for offentlig forvaltning. 2 kap. 2 § slår fast at offentlig myndighet skal utøves med respekt for alle menneskers likeverd og for den enkeltes frihet og verdighet. Offentlige myndigheter skal arbeide for deltakelse og likestilling, og mot diskriminering på grunn av kjønn, hudfarge, nasjonalitet eller etnisk opprinnelse, språklig eller religiøs tilhørighet, funksjonsnedsettelse, seksuell legning, alder eller andre omstendigheter som gjelder den enkelte som person. Ifølge forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen er formålet med oppregningen å markere målsetningen om inkludering og likestilling er viktigst for grupper som sammenlignet med andre grupper har en utsatt posisjon i samfunnet.³⁴ Oppregningen er likevel ikke uttømmende, men skal anses som eksempler på grunner til å skille mennesker fra hverandre som i dag risikerer eller faktisk utsettes for diskriminering (Prop. 2001/02:72 s. 49).

I tillegg inneholder Regeringsformen kapittel 2 bestemmelser som legger rammer for utformingen av lover og forskrifter. 12 og 13 §§ forbyr lover og forskrifter som kan innebære at noen diskrimineres på grunn av etnisk opprinnelse, hudfarge eller annet liknende forhold, seksuell legning eller kjønn. Etter 19 § skal svenske lover og forskrifter utformes i tråd med Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

4.1.2 Diskrimineringsloven

4.1.2.1 Diskrimineringsforbud

Den svenske diskrimineringsloven (Diskrimineringslagen (2008:567)) trådte i kraft 1. januar 2009. Loven gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, kjønnsoverskridende identitet eller uttrykk, etnisitet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse, seksuell legning og alder, jf. kapittel 1 § 1. Diskrimineringsgrunnlagene er nærmere definert i lovens 1 kap. 5 §. I Prop. 2011/12:159 s. 26 legges det til grunn at også tilknytningsdiskriminering rammes av forbudet mot direkte diskriminering i den svenske diskrimineringsloven 1 kap. 1 §.

Forbudet mot diskriminering på grunn av alder gjaldt tidligere kun innen arbeidsliv og utdanningssektoren. Ved lov 2012:673 (i kraft fra 1. januar 2013) ble forbudet mot aldersdiskriminering omfattet til også å gjelde varer og tjenester, boliger, folkemøter, offentlige tilsetninger, helsetjenester, sosiale tjenester, helsetjenester, arbeidsledighetstrygd og statlig studiestøtte. Etter 2 kap. 12 b § er det likevel gjort generelle unntak for forsikringstjenester og lovbestemte aldersgrenser. Særbehandling kan også være lovlig hvis det er nødvendig og hensiktsmessig for å oppnå et legitimt formål. Andre unntak er særskilt regulert på hvert enkelte samfunnsområde.

Tidligere var det kun på arbeids- og utdanningsområdet at det gjaldt et diskrimineringsforbud mot manglende tilgjengelighet og tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse. Ved lov 2014:958 (i kraft 1. januar 2015) ble manglende tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse innført som en ny form for diskriminering i diskrimineringsloven 1 kap. 4 nr. 3 §. Bestemmelsen slår fast at manglende tilgjengelighet regnes som diskriminering dersom en person med

³⁴ Prop. 2001/02:72 s. 49.

funksjonsnedsettelse blir vanskeligstilt fordi det ikke er iverksatt rimelige tiltak for å sikre at personen blir satt i en sammenlignbar situasjon som personer uten funksjonsnedsettelse. Hvilke tiltak som er rimelige, vurderes ut fra tilgjengelighetskrav i lover og forskrifter og med hensyn til de økonomiske og praktiske forhold, varigheten og omfanget av hindringen eller tilknytningen mellom den enkelte virksomhetsutøver og personen, i tillegg til andre omstendigheter av betydning. Det nye diskrimineringsforbudet gjelder innen alle samfunnsområder der diskrimineringslovens regler gjelder i dag, med unntak av bosteder og for privatpersoner, jf. 2 kap. 12c §.

Diskrimineringsforbudet er særskilt regulert på det enkelte samfunnsområde; arbeid, utdanning, arbeidsmarkedstiltak, start og drift av næringsvirksomhet, medlemskap i arbeidslivets organisasjoner, varer og tjenester, bolig, helse, omsorg og sosiale tjenester, folketrygd og studiestøtte, verneplikt og siviltjeneste og offentlig ansettelse.

Diskrimineringsforbudet omfatter direkte og indirekte diskriminering, manglende tilgjengelighet, trakassering, seksuell trakassering og instruks om å diskriminere, jf. 1 kap. 4 §. Det er også forbud mot gjengjeldelse, jf. 2 kap. 18 og 19 §§.

Det er lovfestet en rekke unntak og særregler. Innen de fleste samfunnsområder er det adgang til tiltak for å fremme likebehandling mellom kvinner og menn.

4.1.2.2 Plikt til aktive tiltak

Arbeidsgivere

Den svenske diskrimineringslagen kapittel 3 regulerer aktivitetsplikten. Arbeidsgiver plikter, i samarbeid med arbeidstakerne, å iverksette aktive tiltak for å sikre like rettigheter og muligheter i arbeidslivet uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, jf. 2 kap. 1 §. I tillegg har loven en rekke konkrete aktivitetsplikter for arbeidsgiver. Arbeidsgiver skal blant annet arbeide for å utjevne lønnsforskjeller mellom kvinner og menn, forebygge trakassering som har sammenheng med kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning og påse at alle kan søke en stilling ved rekruttering. Aktivitetsplikten omfatter ikke personer med nedsatt funksjonsevne.

Arbeidsgivere som har minst 25 ansatte har plikt til å utarbeide en likestillingsplan, jf. diskrimineringslagen 3 kap. 13 §.

Utdanningsinstitusjoner

Utdanningsinstitusjoner har plikt til å arbeide aktivt og målrettet for å fremme like rettigheter og muligheter uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, jf. 3 kap. 14 §.

Utdanningsinstitusjoner har plikt til å forebygge trakassering på grunn av de nevnte grunnlagene. I tillegg har utdanningsinstitusjoner plikt til å utarbeide likebehandlingsplaner med oversikt over påkrevde tiltak for å fremme like rettigheter.

Opplysningsplikt for arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner

En arbeidssøker som ikke er blitt ansatt eller innkalt til intervju, og en arbeidstaker som ikke er blitt forfremmet, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig redegjør for kvalifikasjonene

til den som ble ansatt, jf. 2 kap. 4 §. Utdanningsinstitusjoner har en tilsvarende opplysningsplikt overfor studenter som ikke har fått studieplass, jf. 2 kap. 8 §.

Diskriminerende avtaler

Loven er ufravikelig, jf. 1 kap. 3 §. 5 kap. 3 § slår fast at dersom noen diskrimineres ved en bestemmelse i en individuell eller kollektiv avtale i strid med loven, kan avtalen endres eller erklæres ugyldig. Dette kan også få til følge at øvrige avtalevilkår endres eller kjennes ugyldig dersom det er urimelig at avtalen gjøres gjeldende.

Bevisbyrde og sanksjoner

I saker om diskriminering og gjengjeldelse i strid med loven, gjelder prinsippet om delt bevisbyrde, jf. 6 kap. 3 §. Den som diskriminerer i strid med loven kan pålegges å betale en såkalt diskrimineringserstatning, jf. 5 kap. 1 §. Med dette menes oppreisning for ikke-økonomisk skade.

4.1.3 Håndheving

Diskrimineringsloven håndheves av Diskrimineringsombudsmannen.

Diskrimineringsombudsmannens tilsyn med diskrimineringsloven er regulert i diskrimineringslovens kapittel 4. I tillegg er Diskrimineringsombudsmannens mandat regulert i egen lov om Diskrimineringsombudsmannen (lag 2008:568 om Diskrimineringsombudsmannen).

Diskrimineringsombudsmannen skal på alle samfunnsområder motvirke diskriminering på grunn av kjønn, kjønnsoverskridende identitet etter uttrykk, etnisitet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering og alder.

Diskrimineringsombudsmannen skal føre tilsyn med at diskrimineringsloven etterleves, og fremme forslag til tiltak og lovendringer som kan motvirke diskriminering.

Ombudsmannen skal gjennom veiledning og på annen måte medvirke til at den som utsettes for diskriminering skal kunne ivareta sine rettigheter.

Ombudsmannen skal søke å oppnå frivillige ordninger mellom partene. Ombudsmannen tar imot klager om diskriminering, men avgjør selv hvilke saker den ønsker å forfølge.

Diskrimineringsombudsmannen har myndighet til å opptre overfor domstolene for personer som mener de har blitt diskriminert, men har ikke kompetanse til å fatte vedtak eller gi uttalelser der det vurderes om en person har blitt utsatt for diskriminering.

4.2 Finland

4.2.1 Grunnloven

Den finske grunnloven 6 § har et alminnelig forbud mot diskriminering. Første ledd slår fast hovedprinsippet om at alle er like for loven. Likhetskravet suppleres med diskrimineringsforbudet i annet ledd. Forbudet innebærer at ingen uten saklig grunn skal forskjellsbehandles på grunn av forhold som gjelder hans eller hennes person, eksemplifisert ved oppregning av diskrimineringsgrunnlag. Oppregningen er ikke

uttømmende. Finland har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

4.2.2 Reform av diskrimineringslovgivningen

Finland fikk ny diskrimineringslov ved lov 1325/2014 (i kraft 01.01.2015) som erstattet den gamle likebehandlingsloven. Diskrimineringslovgivningen består av en generell diskrimineringslov som omfatter en rekke diskrimineringsgrunnlag, inkludert en samlekategori. Kjønnsdiskriminering reguleres av jämställdhetslagen. Også denne ble endret i forbindelse med lovreformen. De to lovene ble samtidig gjort mer like. Et viktig formål med reformen var å bringe diskrimineringslovgivningen mer i samsvar med det grunnlovsfestede vernet mot diskriminering, som gjelder alle samfunnsområder.

Under lovforberedelsen ble det vurdert å slå sammen om jämställdhetslagen og den nye diskrimineringsloven. I proposisjonen fremhevet departementet at den generelle trenden i Europa er å slå sammen bestemmelser om alle typer diskriminering i én felles lov.³⁵ Departementet var imidlertid bekymret for at en sammenslåing av lovene kunne bidra til å gjøre kjønnsdiskriminering mindre fremtredende.³⁶

Reformen innebar en utvidet plikt til å fremme likestilling og mer presise definisjoner av hva som utgjør diskriminering og lovlig forskjellsbehandling. Videre er plikten til rimelig individuell tilrettelegging overfor personer med funksjonsnedsettelse utvidet til å gjelde også tilbydere av varer og tjenester.

Diskrimineringsloven er gitt et videre anvendelsesområde enn tidligere ved at den nå kommer til anvendelse på all privat og offentlig virksomhet, med unntak av virksomhet som hører til privat- og familielivet eller religionsutøvelse.

Ved reformen ble også tilsynsordningene revidert og vedtatt i nye lover. Videre er personer som har blitt utsatt for diskriminering gitt et bedre rettsvern, blant annet ved at den øvre beløpsgrensen for oppreisning er fjernet.

4.2.3 Diskrimineringsloven

Diskrimineringsforbud

Den finske diskrimineringsloven forbyr diskriminering på grunn av alder, etnisk eller nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk, religion, overbevisning, meninger, politisk virksomhet, fagforeningsvirksomhet, helsetilstand, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering eller samlekategorien «någon annen orsak som gäller den enskilde som person», jf. 8 § første ledd. Diskriminering er forbudt uavhengig av om den har sin begrunnelse på et faktum eller en antagelse om personen eller noen annen.

Når det gjelder forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, viser bestemmelsen til likestillingsloven, jf. 3 § annet ledd.

³⁵ RP 19/2014 rd.

³⁶ RP 19/2014 rd, s. 37.

Diskriminering regnes som direkte og indirekte diskriminering, manglende rimelig tilrettelegging, samt trakassering og instruks om å diskriminere, jf. 8 § annet ledd. Det er forbud mot gjengjeldelse etter 16 §.

Direkte diskriminering er definert i 10 § som når noen på grunn av en omstendighet som gjelder han eller henne som person behandles dårligere enn noen annen har blitt behandlet, behandles eller skulle vært behandles i en sammenlignbar situasjon.

Indirekte diskriminering er i 13 § definert som når regler kriterier eller praksis som fremstår som nøytrale, men som kan komme til å forskjellsbehandle noen på grunn av

Virkeområde

Tidligere gjaldt loven i arbeidslivet i vid forstand. Ved vedtagelsen av den nye diskrimineringsloven, ble lovens saklige virkeområde utvidet til både privat og offentlig virksomhet. Loven gjelder likevel ikke i privatlivet og familielivet, og heller ikke for religionsutøvelse, jf. 2 §. Det er ikke problematisert i forarbeidene om dette er i tråd med det grunnlovsfestede vernet mot diskriminering, som i prinsippet omfatter alle samfunnsområder.

Unntak

Diskrimineringsforbudet har et generelt unntak i 9 § som slår fast at «[s]ådan proportionerlig särbehandling som syftar till att främja faktisk likabehandling eller att förhindra eller undeanröja olägenheter som beror på diskriminering är inte diskriminering».

Loven har også et generelt unntak i 11 § om allmenn legitim grunn for særbehandling. Bestemmelsen slår fast at særbehandling ikke er diskriminering dersom behandlingen er foranlediget av en lov og ellers har et godtagbart formål og midlene for å oppnå dette formålet er proporsjonale. Etter 11 § annet ledd er særbehandling også berettiget når det ikke finnes noen bestemmelser om legitim grunn, dersom særbehandlingen har et godtagbart formål med hensyn til de grunnleggende rettigheter, friheter og menneskerettigheter og virkemidlene for å nå målet er forholdsmessige. Etter 11 § annet ledd 1–5 er det et absolutt forbud mot diskriminering ved utøving av offentlig makt eller fullføring av offentlige forvaltningsoppgaver, vilkår for selvstendig yrkes- eller næringsutøvelse, støtte til næringsutøvelse, tilgang til utdanning, inklusiv videreutdanning og omskolering, yrkesveiledning, medlemskap eller engasjement i en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon eller en organisasjon som kun organiserer medlemmer med et visst yrke, eller organisasjonsfordeler og særbehandling på grunn av etnisk utspring.

Adgangen til lovlig forskjellsbehandling inngår som del av selve definisjonen av indirekte diskriminering i diskrimineringsloven 13 §.

I 12 § er det gitt bestemmelser om legitime grunner for særbehandling i yrkesvirksomhet og ved ansettelse. Særbehandling i arbeidsforhold på grunn av etnisk opprinnelse, religion, overbevisning, funksjonsnedsettelse og seksuell legning er tillatt dersom særbehandlingen er foranlediget av virkelige og avgjørende krav som gjelder

arbeidsoppgavens art og utførelse. Særbehandlingen må i tillegg være et forholdsmessig virkemiddel for å oppnå det legitime formålet.

Etter 12 § annet ledd er særbehandling på grunn av alder berettiget dersom det finnes legitime grunner for særbehandlingen, den har et legitimt og nødvendig formål som gjelder sysselsettingspolitikk eller arbeidsmarked, eller særbehandlingen gjelder aldersgrenser som etter lov er en forutsetning for pensjons- eller trygdeytelser («förmåner vid arbetsformåga»).

Av proposisjonen fremgår det at ettersom lovens virkeområde er så omfattende, er det ikke formålstjenlig at loven selv uttrykker eller eksemplifiserer de lovlige formålene. Loven bruker derfor uttrykket «godtagbart formål».³⁷

Aktivitetsplikt

Etter den finske diskrimineringslagen 5–7 §§ skal myndigheter, utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere bedømme hvordan likestilling oppnås i deres virksomhet og iverksette tiltak som er nødvendige for å fremme likestilling. Tiltakene skal være effektive, formålsrettede og forholdsmessige under hensyn til miljøet i virksomheten, ressursene og øvrige omstendigheter. Aktivitetsplikten gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Arbeidsgivere som regelmessig sysselsetter minst 30 ansatte skal i samarbeid med de ansatte utarbeide en plan med tiltak for å fremme likestilling. Plikten til å utarbeide likestillingsplan gjelder for alle utdanningsinstitusjoner og offentlige myndigheter, med unntak av den evangelisk-lutherske kirken. Også private aktører som utfører offentlige forvaltningsoppgaver og som regelmessig har færre enn 30 ansatte er unntatt fra plikten til å utarbeide en likestillingsplan.

Tilretteleggingsplikt

Etter lovens 15 § er offentlige myndigheter, utdanningsinstitusjoner, arbeidsgivere og tilbydere av varer og tjenester forpliktet til å sørge for egnede og rimelige tilpasninger som gjør det mulig for personer med funksjonsnedsettelse å utføre ærender hos myndigheter, ta utdanning, arbeid, utføre sine arbeidsoppgaver og avansere i arbeidet, samt få tilgang til varer og tjenester som tilbys allmennheten på like vilkår som andre. 15 § annet ledd presiserer at det ved rimelighetsvurderingen skal tas hensyn til kostnader ved tilretteleggingen, virksomhetens økonomiske stilling, samt muligheten til å få offentlig eller annen støtte til tilretteleggingen. Brudd på tilretteleggingsplikten regnes som diskriminering, jf. 8 § annet ledd.

Diskriminerende avtalevilkår

Diskrimineringsloven 25 § første ledd slår fast at avtalevilkår eller bestemmelser i vedtektene eller statuttene til foretak, foreninger eller stiftelser er ugyldige dersom de er diskriminerende eller strider mot forbudet mot gjengjeldelse. Dette kan også få til følge at øvrige avtalevilkår endres av domstolene dersom det er urimelig at avtalen for øvrig gjøres gjeldende, jf. 25 § annet ledd.

³⁷ RP 19/2014 rd s. 141.

Bevisbyrde og sanksjoner

Prinsippet om delt bevisbyrde er lovfestet i 28 § og gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Den som har blitt utsatt for diskriminering eller represalier, har etter lovens 23 § rett til godtgjørelse (oppreisning) av den myndighet, arbeidsgiver, utdanningsinstitusjon eller tilbyder av varer og tjenester som har utsatt vedkommende for diskrimineringen eller represaliene. Dette gjelder uavhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag det er snakk om.

Bestemmelsen innebærer at det kan gis oppreisning uavhengig av skyld på grunnlag av en omvendt bevisbyrde også ved diskriminering som gjelder samlekategorien «någon annen orsak som gäller den enskilde som person». Den delte bevisbyrden gjelder også i saker som gjelder straff for diskriminering. Det fremgår av lovproposisjonen at forslaget ifølge praksis ikke strider mot retten til en rettferdig rettergang i Grunnloven 21 § annet ledd.³⁸

Loven fastsetter ikke lenger et maksimumsbeløp for godtgjørelse (oppreisning). Etter 24 § skal godtgjørelsens størrelse være rettferdig tatt i betraktning hvor alvorlig gjerningen er, herunder dens art, omfang og varighet. Dessuten inneholder 24 § tredje ledd en lempningsregel som slår fast at godtgjørelsen kan settes ned eller falle bort hvis den skulle virke særlig urimelig, under hensyn til om den som har brutt forbudet har prøvd å forhindre eller eliminere konsekvensene av handlingen og med hensyn til vedkommendes økonomiske stilling.

Erstatning for økonomisk tap kan kreves i tillegg til godtgjørelse, jf. 23 § annet ledd. I lovproposisjonen var det foreslått at en eventuell erstatning som er tilkjent etter annen lovgivning skal tas i betraktning ved fastsettelsen av oppreisningens størrelse.³⁹ En slik bestemmelse ble imidlertid ikke vedtatt av Riksdagen.

Straffeansvar for diskriminerende handlinger følger av den finske straffeloven 11 kap. 9 §, og 47 kap. 3 § for diskriminering i arbeidslivet.

4.2.4 Likestillingsloven

Diskrimineringsforbud

Den finske likestillingsloven (lag om jämställdhet mellan kvinnor och män av 8. august 1986/609, endret ved lov 1329/2014) forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av kjønn, jf. 7 §.

Direkte diskriminering omfatter forskjellsbehandling mellom kvinner og menn, at en kvinne stilles dårligere på grunn av graviditet eller fødsel, eller forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. 7 § annet ledd. Kjønnssidentitet og kjønnsuttrykk ble innført som nye diskrimineringsgrunnlag ved lovreformen i 2014.

³⁸ RP 19/2014 rd.

³⁹ RP 19/2014 rd.

Diskrimineringsforbudet er i loven nærmere presisert på arbeidslivets område, samt innen utdanning og for organisasjoner. Lovens saklige virkeområde er derfor snevrere enn i diskrimineringsloven.

Lovens 8 § presiserer innholdet i diskrimineringsforbudet for alle deler av arbeidsforholdet. Etter bestemmelsen anses det som diskriminering blant annet dersom arbeidsgiver ved ansettelse eller tildeling av arbeidsoppgaver forbigår en person på grunn av kjønn, forskjellsbehandler på grunn av graviditet eller fødsel eller noen annen omstendighet som kan henføres til en persons kjønn, eller har ulike lønns- og arbeidsvilkår for kvinner og menn for samme arbeid. Dette samme gjelder diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. 8 § annet ledd. Forbud mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver som reaksjon på klage over diskriminering følger av 8a §.

Paragraf 8b forbyr at en undervisningsinstitusjon ved opptak av studenter, bedømmelsen av studieprestasjoner eller i sin øvrige virksomhet setter noen i en dårligere stilling enn andre på grunn av kjønn. Etter 8c § er det forbud mot at arbeidslivets organisasjoner forskjellsbehandler på grunn av kjønn ved opptak av medlemmer eller ved tildeling av medlemsfordeler.

Saklig virkeområde

Etter lovens 2 § nr. 1 kommer loven ikke til anvendelse på virksomhet tilknyttet religionsutøvelsen til den evangelisk-lutherske kirke, det ortodokse kirkesamfunnet eller andre religiøse samfunn. Lovens 2 § nr. 2 unntar også relasjoner mellom familiemedlemmer og andre forhold i privatlivet fra lovens saklige virkeområde.

Unntak fra diskrimineringsforbudet

Unntatt fra diskrimineringsforbudet er etter 7 § fjerde ledd indirekte forskjellsbehandling som er egnet til å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende.

Etter 9 § er også særlige beskyttelsestiltak for kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel, samt det forhold at verneplikt kun gjelder for menn også unntatt lovens diskrimineringsforbud. Også det at medlemskap i visse organisasjoner forbeholdes det ene kjønn, er unntatt fra diskrimineringsforbudet. Dette gjelder likevel ikke for arbeidslivets organisasjoner. Etter bestemmelsen er lovlig positiv særbehandling unntatt fra lovens diskrimineringsforbud.

Aktivitetsplikt

Den finske jämställdhetslagen inneholder regler om aktive tiltak for å fremme likestilling uavhengig av kjønn. Pliktene gjelder for offentlige myndigheter, arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner. Pliktene i jämställdhetslagen er mer omfattende og konkret utformet enn i diskrimineringslagen.

Myndighetene plikter i all sin virksomhet å fremme likestilling mellom kvinner og menn, samt å endre forhold som hindrer likestilling, jf. 4 §.

Alle arbeidsgivere skal arbeide målrettet og planmessig for å fremme likestilling uavhengig av kjønn, jf. 6 §. Arbeidsgiver skal under hensyn til ressurser og andre relevante omstendigheter arbeide for at både kvinner og menn søker på ledige stillinger,

fremme jevn fordeling av ulike oppgaver for kvinner og menn, samt sørge for at kvinner og menn har like muligheter for forfremmelse. Arbeidsgiver skal dessuten fremme likebehandling av kvinner og menn når det gjelder ansettelsesvilkår, tilrettelegge arbeidsforholdene slik at de er egnet for både kvinner og menn, og gjøre det lettere for kvinner og menn å kombinere arbeid og familieliv.

Arbeidsgivere som regelmessig har minst 50 ansatte, skal i tillegg utarbeide en likestillingsplan annethvert år, jf. 6 a §. I 6 a § tredje ledd er det spesifisert hva likestillingsplanen skal inneholde. Blant annet skal planen inneholde en lønnskartlegging for å sikre like lønnsvilkår for kvinner og menn, jf. 6 a §.

Etter 6 c § skal myndigheter, utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere også arbeide målrettet for å forebygge diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Tiltakene skal inngå i likestillingsplanene.

Myndigheter og «utbildningsanordnare» skal etter 5 § sørge for at begge kjønn har lik mulighet til utdanning og avansement innom yrket, samt at undervisning, forskning og læremidler støtter lovens formål. Med «utbildningsanordnare» menes den som tilbyr undervisning eller utdanning med grunnlag i lov, jf. 3 § fjerde ledd. Ved utdanning og undervisning skal likestilling fremmes under hensyn til barnets alder og modenhet.

Utdanningsinstitusjoner skal årlig utarbeide en likestillingsplan i samarbeid med studentenes og de ansattes representanter, jf. 5 a §. Planen skal inneholde en kartlegging av likestillingssituasjonen, hindringer for likestilling og nødvendige tiltak som planlegges for å fremme likestilling.

Utlysning av stilling eller studieplass

Lovens 14 § har et forbud mot at en stilling eller studieplass utlyses for kun det ene kjønn, med mindre det kan begrunnes i arbeidets art. Det gjelder unntak fra forbudet dersom det kan begrunnes i positiv særbehandling.

Representasjon i offentlige utvalg og andre organer som utøver makt

Loven pålegger kvotering ved oppnevning av offentlige utvalg, jf. 4 a §.

I statlige komiteer, delegasjoner og andre tilsvarende statlige og kommunale organer, unntatt kommunestyrerepresentanter, skal begge kjønn være representert med minst 40 prosent, med mindre særlige grunner taler mot det. Bestemmelsen slår også fast at det skal være en jevn representasjon av kvinner og menn i offentlige organer som utøver myndighet, med mindre særlige grunner taler mot det. Myndigheter og alle parter som utpeker kandidater til de organer som omfattes av bestemmelsen, skal så langt mulig foreslå både en mann og en kvinne for hver stilling.

Opplysningsplikt for arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner

Arbeidsgiver har opplysningsplikt både når det gjelder ansettelse og ved lønnsfastsettelse, jf. 10 §. Utdanningsinstitusjoner har opplysningsplikt overfor studenter som hevder de er blitt diskriminert ved opptak til studier, innretningen av studiet, bedømmelsen av prestasjoner eller andre deler av skolens virksomhet, jf. 10 a §.

Bevisbyrde og sanksjoner

Loven slår fast prinsippet om delt bevisbyrde i saker som gjelder brudd på loven, jf. 9 a §.

Den som diskriminerer eller gjengjelder i strid med loven, plikter å betale oppreisning med et minimumsbeløp på 3000 EURO. For ansettelsessaker er det satt et maksimumsbeløp på 15 000 EURO. Oppreisningen fastsettes ut fra diskrimineringens art, omfang og varighet. Krav om oppreisning må fremmes for domstolene. Utbetaling av oppreisning er ikke til hinder for at den diskriminerte kan kreve erstattet økonomisk tap etter øvrige regler.

Diskriminering i arbeidslivet straffesanksjoneres etter 47 kap. 3 § i straffeloven, jf. 14 a §. Diskriminerende stillingsannonser i strid med 14 § skal sanksjoneres med bøter.

4.2.5 Håndheving

Diskrimineringsombudsmannen, Diskriminerings- og jämställdhetsnämnden og Arbetarskyddsmyndigheterna skal føre tilsyn med at diskrimineringsloven etterleves, jf. diskrimineringsloven 18 §.

Etter 19 § kan diskrimineringsombudsmannen i klagesaker som faller innunder lovens anvendelsesområde bistå dem som mener seg utsatt for diskriminering.

Diskrimineringsombudsmannen kan også bistå myndigheter, utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere med planlegging av deres aktivitetsplikter etter lovens 5–7 §§ og gi generelle anbefalinger om hvordan diskriminering forebygges og likebehandling fremmes, samt bidra til å oppnå forlik i saker som gjelder brudd på loven.

Diskriminerings- og jämställdhetsnämnden skal forsøke å oppnå forlik mellom partene i saker som gjelder diskriminering eller represalier, forutsatt at forliket ikke strider mot lov, ikke er åpenbart usaklig og ikke krenker andres rettigheter, jf. diskrimineringsloven 20 §. Et forlik som er godtatt av nemnden har rettsvirkning som en dom. Nemndas myndighet til å godkjenne forlik og fatte vedtak omfatter ikke arbeidslivets område. Dette ligger til Arbetarskyddsmyndigheterna.

Diskrimineringsombudsmannen kan etter 21 § tredje ledd bringe en sak om diskriminering inn for Diskriminerings- og jämställdhetsnämnden, unntatt i saker som faller innunder Arbetarskyddsmyndigheternas kompetanseområde.

Videre skal domstolene gi diskrimineringsombudsmannen mulighet til å bli hørt i saker som gjelder brudd på diskrimineringsloven, jf. diskrimineringsloven 27 §.

Nemnden kan gi uttalelser om tolkningen av loven på begjæring fra domstoler, diskrimineringsombudsmannen, andre myndigheter eller sammenslutninger som har til formål å fremme likebehandling. Dette gjelder likevel ikke hvis saken faller innunder arbetarskyddsmyndigheternas myndighetsområde eller gjelder tolkning av en arbeidsavtale eller kollektiv tjenesteavtale, jf. 20 § annet ledd.

Arbetarskyddsmyndigheterna skal føre tilsyn med om loven overholdes i saker som gjelder arbeidsforhold, arbeidspraksis og tilsvarende virksomhet, jf. diskrimineringsloven 22 §.

Likestillingsloven håndheves av Jämställdhetsombudsmannen og Diskriminerings- og jämställdhetsnämnden, som etter likestillingsloven 16 § fører tilsyn med loven. Ombudet skal gi råd, informasjon og veiledning om likestilling, og skal når det avdekkes brudd på loven søke å forhindre at det lovstridige forhold fortsetter eller gjentas. Ombudet skal føre tilsyn med at loven overholdes, og har en pådriverrolle med å sikre at lovens formål fremmes. Ombudet kan bringe saker inn for nemnda, jf. likestillingsloven 20 §. Nemnda kan gi pålegg om at en diskriminerende handling skal opphøre, og kan ilegge tvangsmulkt, jf. jämställdhetslagen 21 § og diskrimineringsloven 20 §.

4.3 Danmark

4.3.1 Innledning

Den danske grunnloven har ingen generell likhetsgrunnsetning eller spesifikke ikke-diskrimineringsbestemmelser.

Diskrimineringsregler er spredt på flere lover som omfatter ulike diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområder. Et trekk ved dansk diskrimineringslovgivning (på linje med arbeidslivsreguleringer for øvrig) er den særlige posisjon som partene i arbeidslivet og tariffavtalene har i reguleringene og håndhevingen. Diskrimineringsreglene gjelder ikke i det omfang en tilsvarende plikt til likebehandling følger av en kollektiv avtale.

Reglene i de danske diskrimineringslovene fremstilles delvis samlet nedenfor, da de langt på vei er sammenfallende. Forbud mot diskriminering av deltidsansatte er lovfestet i egne lover. Disse lovene implementerer EU-direktivene om deltidsansatte og midlertidig ansatte, men omtales ikke nærmere her.

4.3.2 Lover om kjønnsdiskriminering

Danmark har flere lover om kjønnsdiskriminering som har ulike anvendelsesområder og som er delvis overlappende:

- Likelønnsloven («lov om lige løn til mænd og kvinder», jf. lovbekjentgjørelse nr. 906 av 27. august 2006 med endringer sist i lov nr. 558 av 17. juni 2008).
- Likestillingsloven («lov om ligestilling af kvinder og mænd», jf. lovbekjentgjørelse nr. 1095 av 19. desember 2007 med endringer sist i lov nr. 1288 av 19. desember 2012).
- Likebehandlingsloven («lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.», jf. lovbekjentgjørelse nr. 734 av 28. juni 2006 med endringer sist i lov nr. 182 av 8. mars 2011).
- Lov om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med ervervstilknyttede sikringsordninger («lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger», jf. lovbekjentgjørelse nr. 134 av 25. februar 1998 med endringer sist i lov nr. 133 av 24. februar 2009).

Diskrimineringsforbud

Lovene forbyr direkte og indirekte kjønnsdiskriminering, som defineres i likebehandlingsloven § 1. Indirekte diskriminering defineres også (på en noe annen måte) i likestillingsloven § 2 stk. 3. Diskrimineringsforbudet i likebehandlingsloven konkretiseres av bestemmelsene i §§ 2–6. Likebehandlingsloven har også forbud mot trakassering, mot instruks om diskriminering og mot gjengjeldelse. Likebehandlingsloven har i tillegg særlige bestemmelser om bevaring av ansiennitet, oppsigelsesvern og rett til å komme tilbake til samme eller tilsvarende stilling etter fødselspermisjon, jf. § 8, § 8 a og § 9.

Virkeområde

Likelønnsloven gjelder bare ansettelsesforhold. Likebehandlingsloven og lov om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med forsikring, pensjon mv. gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, samt yrkesutdanning og adgang til å utøve selvstendig næringsvirksomhet. Likestillingsloven og lov om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med forsikring, pensjon mv. gjelder også utenfor arbeidslivet. Diskrimineringsforbudet i likestillingsloven gjelder enhver arbeidsgiver, myndighet eller organisasjon innenfor offentlig forvaltning og ervervsmessig og allmenn virksomhet.

Unntak

Indirekte forskjellsbehandling er ikke forbudt hvis «den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige» (likebehandlingsloven § 1 stk. 3, lov om etnisk likebehandling § 3 stk. 3, likelønnsloven § 1 a stk. 2 og forskjellsbehandlingsloven § 1 stk. 3). I lov om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med forsikring, pensjon mv. § 7 stk. 2 formuleres dette som et krav om at praksisen/bestemmelsen/kriteriet er «hensigtsmæssig og nødvendig og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer».

Det kan dispenseres fra likebehandlingsloven hvis det for visse yrkesgrupper eller utdannelser er avgjørende at utøveren er av et bestemt kjønn, jf. § 13 stk. 1. Kravet må stå i et rimelig forhold til den aktuelle yrkesaktiviteten. Kompetansen til å gi dispensasjon er lagt til det departement som den aktuelle virksomheten hører under. Dispensasjoner rapporteres til likestillingsministeren. Dispensasjonene gis til bestemte virksomheter eller myndigheter, med sikte på bestemte situasjoner. Dispensasjonene har er generelle, og det er derfor ikke er nødvendig å søke dispensasjon for hvert tilfelle av forskjellsbehandling.

Det kan også gis dispensasjon for positiv særbehandling som skal fremme likestilling, jf. likebehandlingsloven § 13 stk. 2. Kompetansen til å gi dispensasjon er lagt til det departement som den aktuelle virksomheten hører under. Dispensasjoner rapporteres til likestillingsministeren. Videre kan «ressortministeren» på eget område tillate positiv særbehandling, jf. likestillingsloven § 3. Likestillingsministeren kan også gi regler om positiv særbehandling som gir generell dispensasjon, jf. likebehandlingsloven § 13 stk. 3 og likestillingsloven § 3.

Aktivitetsplikt

Offentlige myndigheter skal innenfor sine områder arbeide for likestilling og innarbeide likestilling i all planlegging og forvaltning (likebehandlingsloven § 1a og likestillingsloven § 4). Departementer, statlige institusjoner og statlige virksomheter skal utarbeide redegjørelser for likestilling (likestillingsloven § 5). Kommuner har også en redegjøringsplikt (likestillingsloven § 5 a). Likestillingsloven §§ 8 til 13 har regler om kjønns sammensetning i utvalg og styrer mv. Arbeidsgivere med minst 35 ansatte skal hvert år utarbeide en kjønnsoppdelt lønnsstatistikk, jf. likelønnsloven § 5 a.

4.3.3 Forskjellsbehandlingsloven

Diskrimineringsforbud og virkeområde

Forbud mot direkte og indirekte diskriminering i arbeidsforhold på grunn av «race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuell orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk opprindelse» er nedfelt i forskjellsbehandlingsloven § 1 stk. 1 («lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.», lovbekjentgjørelse nr. 31 av 12. januar 2005, med endringer sist i lov nr. 387 av 27. mai 2008). Loven definerer direkte og indirekte diskriminering, jf. § 1 stk. 2 og stk. 3. Loven har også regler om trakassering, instruks og gjengjeldelse, jf. § 1 stk. 4 og 5 og § 7 stk. 2.

Unntak

Forbudet mot indirekte diskriminering gjelder ikke hvis «den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige» (§ 1 stk. 3).

Det gjelder unntak for opprettholdelse av gjeldende aldersgrenser i tariffavtaler (§ 5 a stk. 3) samt individuelle avtaler og tariffavtaler om fratreden ved fylte 70 år (§ 5 stk. 4). Videre gjelder det unntak for aldersgrenser med hensyn til adgang til yrkesmessige pensjonsordninger eller anvendelse av alderskriteriet i aktuarberegninger innenfor rammene av slike ordninger (§ 6 a). Det gjelder et særlig unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av politisk oppfatning, religion eller tro for arbeidsgivere som har som sitt uttalte formål å fremme et bestemt politisk eller religiøst standpunkt eller en bestemt trosretning (§ 6 stk. 1). Loven gir hjemmel til å fastsette forskrifter som gjør unntak fra diskrimineringsforbudet for visse former for yrkesutøvelse og utdannelser der en persons rase, hudfarge, religion, tro, politiske oppfatning, seksuelle orientering, alder, funksjonsnedsettelse eller nasjonale, sosiale eller etniske opprinnelse har avgjørende betydning (§ 6 stk. 2).

Innhenting av opplysninger i arbeidsforhold

Det er lovfestet et forbud mot innhenting av opplysninger om rase, hudfarge, religion, tro, politisk oppfatning, seksuell orientering eller nasjonal, sosial eller etnisk opprinnelse, det vil si alle lovens diskrimineringsgrunnlag med unntak av alder og funksjonsnedsettelse (§ 4).

Tilretteleggingsplikt

Arbeidsgivere har plikt til tilrettelegging overfor personer med funksjonsnedsettelse etter § 2 a. Arbeidsgiver skal sette i verk de tiltak som er hensiktsmessige ut fra de konkrete behov en person har for å kunne få arbeid eller beholde arbeid. Det samme gjelder adgang til utdanning. Dette gjelder imidlertid ikke hvis dette innebærer en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver. Lettes denne byrden i tilstrekkelig grad gjennom offentlige tiltak, skal ikke byrden anses for å være uforholdsmessig stor.

4.3.4 Lov om etnisk likebehandling

Diskrimineringsforbud

Lov om etnisk likebehandling forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse («lov om etnisk likebehandling», jf. lovbekjentgjørelse nr. 374 av 28. mai 2003, med sist endringer i lov nr. 387 av 27. mai 2008). Direkte og indirekte diskriminering defineres i § 3 stk. 2 og 3. Loven har også regler om trakassering, instruks og gjengjeldelse, jf. § 3 stk. 4 og 5 samt § 8.

Virkeområde

Loven gjelder all offentlig og privat virksomhet med hensyn til sosiale goder, rettigheter og tjenester (inkludert trygd og helsevesen), adgang til og levering av varer og tjenester (inkludert bolig), utdanning samt medlemskap og deltakelse i arbeidslivets organisasjoner (§ 2 stk. 1). Loven gjelder ikke forhold som omfattes av forskjellsbehandlingsloven. Loven gjelder offentlig så vel som privat virksomhet. Loven gjelder ikke for utøvelse av aktiviteter av rent privat karakter, jf. § 2 stk. 3.

Unntak

Det er ingen lovfestede unntak fra forbudet mot direkte diskriminering. Forbudet mot indirekte diskriminering gjelder ikke hvis «den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige» (§ 3 stk. 3). Loven er ikke til hinder for særlige tiltak som har som formål å forebygge eller oppveie ulemper knyttet til rase eller etnisk opprinnelse (positiv særbehandling, jf. § 4).

4.3.5 Bevisbyrde og reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudet

Delt bevisbyrde er lovfestet i likestillingsloven § 2 stk. 4, likebehandlingsloven § 16 a, likelønnsloven § 6 stk. 2, forskjellsbehandlingsloven § 7 a og lov om etnisk likebehandling § 7.

Avtaler, reglementer og vedtekter i strid med diskrimineringsforbudet er ugyldige, jf. likebehandlingsloven § 11, lov om etnisk likebehandling § 5 og forskjellsbehandlingsloven § 5 a stk. 1.

Personer som er utsatt for ulovlig diskriminering kan tilkjennes en godtgjørelse for ikke-økonomisk skade (oppreisning), jf. likebehandlingsloven §§ 14 og 15, likelønnsloven § 2 stk. 2, forskjellsbehandlingsloven § 7 og lov om etnisk likebehandling § 9. En arbeidstaker som blir lønnet i strid med likelønnsloven har krav på å få erstattet

lønnsforskjellen, jf. § 2 stk. 1. Retten til godtgjørelse etter disse reglene er ikke betinget av at det er påvist skyld.

4.3.6 Håndheving

Diskrimineringslovene håndheves fra 1. januar 2009 av Ligebehandlingsnævnet. Dette er en felles likebehandlingsnemnd for alle diskrimineringsgrunnlag som er gitt et vern i dansk lovgivning, med unntak av forbudene mot diskriminering på grunn av deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse.

Oppnevningen av nemnda er hjemlet i likestillingsloven § 19. Nemnda har kompetanse til å behandle klager om diskriminering i og utenfor arbeidsmarkedet. Nemnda kan treffe avgjørelser og fastsette godtgjørelse (oppreisning) hvis diskrimineringsforbudet er overtrådt. En avgjørelse som godtgjørelse fra nemnda kan ikke tvangsgjennomføres uten domstolenes hjelp. Dersom et vedtak av nemnda om godtgjørelse ikke etterleves av den diskriminerende parten, kan klageren anmode nemnda om å bringe saken inn for domstolene. Nemnda kan ikke føre saker for domstolene på eget initiativ.

Institut for menneskerettigheter har til oppgave å fremme likebehandling av alle uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse, å bistå ofre for forskjellsbehandling, å innlede uavhengige undersøkelser og offentliggjøre rapporter om forskjellsbehandling og å fremsette henstillinger om spørsmål vedrørende forskjellsbehandling (lov om etnisk likebehandling § 10).

4.4 Island

4.4.1 Grunnloven

Den islandske grunnloven forbyr diskriminering på grunn av kjønn, religion, meninger, nasjonal opprinnelse, rase, hudfarge, finansiell status og foreldreskap. Listen over diskrimineringsgrunnlag er ikke uttømmende, ettersom grunnloven også beskytter mot diskriminering på grunn av «annen status».

4.4.2 Likestillingslovgivning

Island har kun en likestillingslov som beskytter mot diskriminering på grunn av kjønn (lov nr. 10/2008). I artikkel 2 nr. 5 er det uttrykkelig slått fast at kjønnsbasert vold er forbudt både i privat og offentlig sfære.

Ifølge artikkel 26 annet ledd er det forbudt å legge vekt på graviditet eller foreldrepermisjon eller andre omstendigheter relatert til graviditet og fødsel ved ansettelse, forfremmelse, stillingsendring osv.

Den som forsettlig eller uaktsomt bryter likestillingsloven er ansvarlig for å betale erstatning etter alminnelige regler. I tillegg kan det ilegges oppreisning for ikke-økonomiske tap dersom det er rimelig.⁴⁰ Brudd på loven kan også bøtelegges.⁴¹

Loven kan ikke fravikes ved avtale.⁴²

Forbud mot diskriminering på andre grunnlag enn kjønn er bare fragmentert regulert i generelle bestemmelser i annen lovgivning. Bestemmelsene er utslag av det grunnlovsfestede vernet mot diskriminering.⁴³ I tillegg har Island en lov om likestilling og tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne. Mennesker med nedsatt funksjonsevne skal ha forrang for stillinger i det offentlige fremfor andre søkere som er like godt kvalifiserte.

Island er i likhet med Norge ikke medlem av EU, men kun EØS-samarbeidet. Island har ikke implementert rammedirektivet (direktiv 2000/43/EF) eller rasediskrimineringsdirektivet (direktiv 2000/43/EF). Det arbeides for tiden med en felles diskrimineringslov som skal dekke begge direktivene.

5 Lovens formål

5.1 Departementets forslag

Departementet foreslår at lovens formål skal være å fremme likestilling og hindre diskriminering. Likestilling defineres i lovteksten som likeverd, like muligheter og rettigheter. Departementet foreslår også at formålsbestemmelsen skal gi uttrykk for at reell likestilling forutsetter tilgjengelighet og tilrettelegging. Departementet foreslår at formålsbestemmelsen ikke skal fremheve kvinners stilling og funksjonshemmende barrierer særskilt. Se høringsnotatet kapittel 3.

5.2 Gjeldende rett

I dag er formålet i de fire diskrimineringslovene formulert noe ulikt.

I tillegg til et generelt formål om å fremme likestilling uavhengig av kjønn, heter det i likestillingsloven § 1 annet ledd at loven særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling.

Formålet med diskrimineringsloven om etnisitet er ifølge § 1 å fremme likestilling uavhengig av etnisitet, religion og livssyn.

Formålet med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er å fremme likestilling uavhengig av funksjonsevne. Det er presisert i bestemmelsen at loven skal bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes.

⁴⁰ Likestillingsloven artikkel 31.

⁴¹ Likestillingsloven artikkel 32.

⁴² Likestillingsloven artikkel 30.

⁴³ Se <http://www.non-discrimination.net/countries/iceland>

Formålet med diskrimineringsloven om seksuell orientering er å fremme likestilling uavhengig av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Det følger av arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse § 1-1 bokstav b) at ett av lovens formål er å sikre likebehandling i arbeidslivet.

6 Lovens virkeområde

6.1 Saklig virkeområde – familieliv og andre rent personlige forhold

6.1.1 Departementets forslag

Hvorvidt lovens saklige virkeområde skal omfatte familieliv og andre rent personlige forhold, holdes åpent i høringen. Se høringsnotatet kapittel 4.1.

6.1.2 Gjeldende rett

6.1.2.1 Likestillingsloven

Likestillingsloven gjelder på alle områder i samfunnet, jf. likestillingsloven § 2. Dette innebærer at loven også gjelder i privatlivet. Det fremgår imidlertid av § 26 annet ledd at ombudet og nemnda ikke skal håndheve forbudet mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold. Lovteksten gir altså ikke uttrykk for at domstolene er avskåret fra å håndheve loven i familieliv og andre rent personlige forhold, men det fremgår av forarbeidene at heller ikke domstolene skal håndheve forskjellsbehandling i slike tilfeller.⁴⁴ Domstolene har ikke tatt stilling til spørsmålet.

Likestillingsloven § 2 annet ledd gir hjemmel til å gi forskrift om at kvinners tjeneste i Forsvaret helt eller delvis skal unntas fra lovens virkeområde. Bestemmelsen gir hjemmel for å videreføre Kongelig resolusjon av 9 mars 1979 som unntar fra likestillingslovens virkeområde «militær tjeneste i Forsvaret innenfor rammene av Stortingets vedtak om kvinners tjeneste i Forsvaret».

6.1.2.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2, diskrimineringsloven om etnisitet § 2 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 2 slår fast at loven gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av «familieliv og andre rent personlige forhold».

Unntakene i de tre lovene skal tolkes likt.⁴⁵

«Familieliv» og «rent personlige forhold»

⁴⁴ Prop. 88 L (2012–2013) side 174.

⁴⁵ Prop. 88 L (2012–2013) side 60.

Begrepene «familieliv og andre rent personlige forhold» skal tolkes snevert, slik at den menneskerettslige retten til privatliv ikke blir krenket.⁴⁶

Med «familieliv» siktes det først og fremst til det som foregår i familien. Unntaket er kun ment å omfatte forhold mellom nære familiemedlemmer. Det som foregår mellom ektefeller og samboere, eller mellom foreldre og barn i forbindelse med barneoppdragelse og forsørgelse, private avtaler om samvær med barn, fordeling av bo etter samlivsbrudd mv. anses som en del av familielivet.

Begrepet «rent personlige forhold» viser at det er tale om rent private anliggender. Forhold som knytter seg til personlige bekjentskaper og omgangskrets vil normalt anses som rent personlige forhold, for eksempel valg av kjæreste eller venner. Foreninger og klubber som har en rent personlig karakter kan eksempelvis være et pokerlag, en lesesirkel eller en venninneklubb. Klubber og foreninger eller liknende som retter seg mot allmennheten, vil imidlertid være omfattet av loven.

Videre kan unntaket omfatte forskjellsbehandling i forbindelse med gaver, utlån av private eiendeler eller testamentariske disposisjoner. Slike forhold vil imidlertid ofte være regulert av andre rettsområder enn diskrimineringslovgivningen, herunder strafferetten, familieretten, arveretten, barneretten, sosialretten mv. Klagenemnda for likestilling fant i sak 1/1983 at et legat som hadde til formål å gi støtte til utdanning i utlandet for unge, mannlige bankfolk og jurister, ikke var å anse som et personlig forhold. Nemndas flertall uttalte:

«Flertallet vil imidlertid ikke utelukke at man normalt må se selve testamentsopprettelsen og eventuelt selve arveskiftet som et «rent personlig forhold» hvor Likestillingsombud og Klagenemnda ikke kan håndheve likestillingsloven. Men når arveskiftet er avsluttet, kan dette ikke gjelde for legatet etter at det er opprettet og offentlig stadfestet og fungerer som et selvstendig rettssubjekt.»

Nemnda kom til samme resultat i sak 5/1987, som gjaldt det samme legatet. Nemndas flertall uttalte at det er en avgjørende forskjell på testasjoner som fastsetter fordelingen av testators formue og som er en engangsavvikling, og opprettelsen av legater. Nemnda presiserte:

«Denne forskjellen ligger i at den testasjonen saken gjelder, instituerer et system og oppretter en stående ordning i form av en stiftelse med egne vedtekter og med et eget styre. Denne institusjonen. Banksjef A Stipendielegat, er et eget rettssubjekt som skal bestå i ubegrenset tid. og legatets styre skal dele ut stipendier fra legatet i fremtiden. Den omstendighet at grunnlaget for stiftelsen er en testamentarisk disposisjon, innebærer ikke at de disposisjoner stiftelsen foretar kan anses som «rent personlige forhold» i lovens forstand. Utdeling av stipendier kan ikke karakteriseres som et «rent personlig forhold» mellom stiftelsen og stipendmottakerne. I hvert fall må dette gjelde når det som her ikke

⁴⁶ Innst. 441 L (2012–2013) side 19.

er snakk om et legat til fordel for slektninger og eventuelt andre personer med en form for personlig tilknytning til stifteren (testator).»

Handlinger som betinger vederlag, vil i utgangspunktet ikke anses som et rent personlig forhold. Et vennskapsforhold kan imidlertid medføre at salg og utleie må anses som et rent personlig forhold. Som eksempel kan nevnes at en som skal selge bilen sin eller leie ut sitt fritidshus velger tilbudet til en venn fremfor eksempelvis en person med en annen etnisk bakgrunn som tilbyr en høyere pris. I slike tilfeller vil det også kunne være tvilsomt om det er årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget etnisitet.

I forarbeidene er det lagt til grunn at utleie av hybel eller liknende tilknyttet egen bolig, som utgangspunkt er omfattet av loven, selv om utleier er en privatperson. Derimot heter det at valg av leietaker til et rom i en bolig der utleier selv bor, er av rent personlig karakter.⁴⁷ Departementet vil bemerke at det må gjøres en konkret vurdering. Ved vurderingen av om et forhold må anses som «rent personlig», er det avgjørende om den aktuelle situasjonen dreier seg om valg eller handlinger av rent personlig karakter.⁴⁸ Det kan derfor ikke legges ubetinget til grunn at det avgjørende er om leietaker og utleier har tilgang til samme arealer eller ikke. Menneskerettighetene krever at det foretas en reell avveining mellom retten til privatliv og vernet mot diskriminering.

Instrukser til eksempelvis en eiendomsmegler eller annonseringer med diskriminerende innhold i forbindelse med utleie av rom i egen bolig, vil også bringe forholdet ut av den private sfæren og er derfor omfattet av diskrimineringsforbudet.

For å fastslå at det foreligger et personlig forhold, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig at det eksisterer et nært forhold mellom to mennesker. For eksempel vil en restauranteiers avvisning av gjester reguleres av loven også dersom den som avvises er restauranteierens søster. Ansettelsesforhold kan heller ikke regnes som et rent personlig forhold, selv om det er tale om ansettelse av familiemedlemmer. Dette er i samsvar med alminnelige arbeidsrettslige regler.

6.1.2.3 Arbeidsmiljøloven og boliglovgivningen

Diskrimineringsforbudene i arbeidsmiljøloven og i boliglovgivningen gjelder bare innen virkeområdet til disse lovene.

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstakere, jf. lovens § 1-2 første ledd. Diskrimineringsforbudet omfatter alle sider ved et arbeidsforhold, jf. arbeidsmiljøloven § 13-2.

Diskrimineringsforbudene i boliglovene gjelder grunnlagene kjønn, etnisitet mv., religion, livssyn, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.⁴⁹ Reglene gjelder ved fastsettelse av vedtekter og ved godkjenning av andelseier, sameier

⁴⁷ Prop. 88 L (2012–2013) s. 59.

⁴⁸ Se blant annet NOU 2005: 8 punkt 10.3.1 side 158–159.

⁴⁹ Eierseksjonsloven § 3 a, husleieloven § 1-8, boligbyggelagsloven § 1-4 og borettslagsloven § 1-5.

eller bruker av eiendommen. I tillegg omfatter forbudet i boligbyggelagsloven tildeling av bolig. I borettslagsloven omfatter forbudet også bruk av forkjøpsrett.

Diskrimineringsforbudet i husleieloven § 1-8 gjelder ved utleie av husrom, opptak i husstand, fremleie, personskifte og opphør av leieforholdet. Forbudet gjelder ikke ved utleie av hybler eller lignende der leier har tilgang til en annens bolig.

6.1.3 Menneskerettigheter

Individets rett til privatliv og familieliv er vernet av både Grunnloven § 102 og flere menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av, blant annet EMK artikkel 8, FNs barnekonvensjon artikkel 16 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17. Det betyr at retten til privatliv må iakttas ved vurderingen av hvilke samfunnsområder loven skal gjelde.

Ved grunnlovsreformen i mai 2014 ble retten til privat- og familieliv inntatt i Grunnloven § 102 med følgende ordlyd:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

Høyesterett har lagt til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forpliktelsene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene.⁵⁰

Høyesterett har uttalt følgende om innholdet i begrepene «privatliv» og «familieliv» i Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17:

«Uttrykket «privatliv» favner vidt - noen uttømmende definisjon finnes ikke, jf. plenumsdommen i Rt-2012-2039 avsnitt 70. Men sentralt i den foreliggende praksis fra EMD står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*. Med «familieliv» siktes det etter EMDs nokså omfattende praksis til mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, som for eksempel i etablerte parforhold og gjennom båndene mellom foreldre og barn. Grensen mellom de menneskelige relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, er ikke skarp.»⁵¹

Å forby mennesker å legge vekt på nærmere bestemte forhold ved rent personlige valg og handlinger vil derfor kunne innebære et inngrep i den enkeltes rett til privatliv, med mindre inngrepet kan begrunnes etter EMK artikkel 8 nr. 2 og SP artikkel 17. Grunnloven § 102 gir ikke uttrykk for at det kan gjøres inngrep i retten til privat- og familieliv. Høyesterett har imidlertid uttalt at

«grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i

⁵⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

⁵¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58.

rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»⁵²

Retten til privat- og familieliv etter Grunnloven § 102 må også avveies mot retten til ikke å bli diskriminert i Grunnloven § 98.

Det følger av flere menneskerettighetskonvensjoner at rettighetene som er fastlagt i konvensjonen, herunder retten til privatliv, skal sikres uten diskriminering.⁵³ Menneskerettslige diskrimineringsforbud gjelder derfor også i privatlivet.

Staten har i tillegg en plikt til å iverksette positive tiltak for å hindre diskriminering i privatlivet.⁵⁴ Retten til «respekt» for privatliv og familieliv⁵⁵ innebærer i en viss utstrekning at staten har positive plikter til å iverksette tiltak for å sikre mot inngrep fra andre private. Dette er blant annet fastslått av Høyesterett i plenumsdommen Rt. 2013 s. 588⁵⁶, der Høyesterett fant at staten ikke hadde oppfylt sin plikt etter EMK til å beskytte en kvinne mot forfølgelse fra en mann hun tidligere hadde hatt et forhold til og som hadde utsatt henne for grov vold.

Det er også praksis fra EMD som gjelder statenes forpliktelser til å beskytte kvinner mot vold. I Opuz-saken hadde politi og domstoler unnlatt å håndheve forbudet mot vold i familien tilstrekkelig effektivt. EMD kom til at dette innebar et brudd på forbudet mot indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn sammenholdt med retten til liv og frihet fra å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.⁵⁷

Sikringsplikten er nå forankret i Grunnloven § 92, hvor det slås fast at statens myndigheter skal «respekt og sikre» menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.⁵⁸

Det menneskerettslige vernet mot *inngrep* menneskers rett til selvbestemmelse i private forhold og statens *positive plikter* til å beskytte private parter mot diskriminering i

⁵² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

⁵³ Se blant annet EMK artikkel 14, jf. artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artikkel 2, jf. artikkel 16.

⁵⁴ Se blant annet FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 2 og 5, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26, FNs barnekonvensjon artikkel 2, jf. artikkel 4, FNs konvensjon om økonomiske og sosiale rettigheter artikkel 2 nr. 2, FNs konvensjon om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 8 nr. 1 bokstav a og b, jf. artikkel 5 og EMK artikkel 8 (1), jf. artikkel 1 og Grunnloven § 92.

⁵⁵ Jf. Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.

⁵⁶ Avsnitt 41–49 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 59.

⁵⁷ ECHR, Opuz mot Tyrkia (nr. 33401/02), 9. juni 2009.

⁵⁸ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 59.

privatlivet, kan komme i konflikt med hverandre. Det betyr at hensynet til privatlivets fred og prinsippet om ikke-diskriminering må avveies mot hverandre.

I den forklarende rapporten til EMK tilleggsprotokoll nr. 12⁵⁹, uttaler Europarådet at retten til privatliv begrenser statens positive plikter til å sikre retten til privatliv:

«The precise form of the response which the state should take will vary according to the circumstances. It is understood that purely private matters would not be affected. Regulation of such matters would also be likely to interfere with the individual's right to respect for his private and family life, his home and his correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention.»⁶⁰

Også komiteen for økonomiske, sosial og kulturelle rettigheter synes å legge til grunn at ØSK artikkel 2 nr. 2 forplikter statene til å iverksette tiltak – som særlig bør inkludere lovgivning – for å sikre at individer og foretak ikke diskriminerer også i den helt private sfæren. Komiteen nevner som eksempel at «some families may refuse to send girl children to school».⁶¹ Den type forskjellsbehandling som ØSK-komiteen nevner, er allerede forbudt etter norsk lov. Det vises blant annet til at barn som er bosatt i Norge har rett og plikt til grunnskoleopplæring, jf. opplæringsloven § 2-1.

FNs kvinnediskrimineringskomité har i generell anbefaling nr. 28 uttalt at konvensjonspartene skal beskytte kvinner mot diskriminering begått av offentlige myndigheter, rettsvesenet, organisasjoner, foretak eller private individer i både offentlige og private sfærer.⁶² Av komiteens generelle anbefaling nr. 19 følger det at vold mot kvinner regnes som diskriminering av kvinner etter Kvinnediskrimineringskonvensjonen, og at statene har en forpliktelse til å iverksette tiltak mot vold som utøves mellom private parter.⁶³ At statene har en plikt til å iverksette tiltak for å forebygge og beskytte mot vold mot kvinner og vold i nære relasjoner, følger også uttrykkelig av Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbulkonvensjonen).⁶⁴

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne har også flere bestemmelser som har til formål å beskytte funksjonshemmede mot diskriminering i privatlivet. Etter artikkel 12 nr. 2 skal partene anerkjenne at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rett til rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder.

⁵⁹ Norge har ikke ratifisert EMK tilleggsprotokoll nr. 12, men uttalelsen er likevel av interesse for avveiningen mellom retten til privatliv og diskrimineringsvern.

⁶⁰ Europarådet, (Explanatory Report) vedtatt 26. juni 2000, avsnitt 28.

⁶¹ General Comment No. 20 (2009): Non-discrimination in economic, social and cultural rights, premiss 11.

⁶² FNs kvinnediskrimineringskomité, General recommendation No. 28 (2010): on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, premiss 17.

⁶³ FNs kvinnediskrimineringskomité, generell anbefaling nr. 19 (1992). Se også blant annet Case of Opuz v. Turkey (EMD-2002-33401).

⁶⁴ Konvensjonen er foreløpig ikke ratifisert av Norge.

Ifølge artikkel 23 nr. 1 skal partene treffe effektive og hensiktsmessige tiltak for å avskaffe diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne i alle saker som gjelder ekteskap, familie, foreldrerollen og personlige relasjoner, slik at de behandles på lik linje med alle. Etter artikkel 23 nr. 3 skal partene sikre at barn med nedsatt funksjonsevne har lik rett til andre til familieliv. Det skal på et tidlig tidspunkt gis omfattende informasjon, tjenester og støtte blant annet for å hindre at barn med nedsatt funksjonsevne holdes skjult, blir forlatt forsømmes eller isoleres.

FNs barnekonvensjon artikkel 2 gir et aksessorisk diskrimineringsvern, dvs. et vern mot diskriminering på grunnlag av de andre rettighetene i konvensjonen. Artikkelen oppstiller ingen unntak for diskrimineringsvernets saklige virkeområde. FNs barnekomité har også uttalt at statene er forpliktet til å overvåke og bekjempe diskriminering, uansett hvilken form den tar eller hvor den kommer til uttrykk; i familien, i nærmiljøet, i skolen eller i andre institusjoner.⁶⁵

6.1.4 EU- og EØS-rett

Også EU- og EØS-retten viser at individenes beskyttelse mot diskriminering må veies mot andre menneskerettigheter, herunder retten til privatliv. EU-rettslige diskrimineringsforbud gjelder ikke i rent personlige forhold. Som eksempel kan nevnes direktiv 2004/113/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester. Direktivet er en del av EØS-avtalen. Unntatt fra direktivets virkeområde er varer og tjenester som tilbys innen privat- og familielivet, medieinnhold, reklame og utdanning, jf. artikkel 3 punkt 1. Om begrunnelsen for unntaket heter det i fortalens punkt 3:

«(3) Når man forbyder forskjelsbehandling, er det viktig at overholde andre grunnleggende rettigheter og frihedsrettigheter, herunder beskyttelse af privat- og familielivet og transaksjoner i den forbindelse samt religionsfrihed.»

6.2 Geografisk virkeområde

6.2.1 Departementets forslag

Departementet vurderer og kommer med forslag til hvordan bestemmelsen om lovens geografiske virkeområde skal utformes i høringsnotatet punkt 4.2.

6.2.2 Gjeldende rett

6.2.2.1 Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Likestillingsloven § 3, diskrimineringsloven om etnisitet § 3 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 3 slår fast at loven gjelder i hele landet, herunder på Svalbard og

⁶⁵ FNs barnekomités General Comment No. 5 (2005), gjennomføring av barnets rettigheter i tidlig barndom, avsnitt 12. Se også FNs barnekonvensjon artikkel 4, som forplikter staten til å gjennomføre konvensjonens rettigheter.

Jan Mayen. Lovene gjelder også på faste og flyttbare installasjoner i virksomhet på norsk kontinentalsokkel, på norske skip og norske luftfartøyer. Kongen er imidlertid gitt kompetanse til å gi forskrift om lovens anvendelse for utsendte arbeidstakere som nevnt i arbeidsmiljøloven § 1-7. Slike regler er gitt i forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

6.2.2.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder i hele landet, inkludert på Svalbard, Jan Mayen, faste og flyttbare installasjoner i virksomhet på norsk kontinentalsokkel, på norske skip og norske luftfartøyer, jf. § 3 første ledd. Lovens bestemmelser om universell utforming, individuell tilrettelegging, aktivt likestillingsarbeid og arbeidsgivers aktivitets- og redegjøringsplikt gjelder likevel ikke på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner i norsk virksomhet på norsk kontinentalsokkel, på norske skip i *utenriks* fart og norske luftfartøyer i *internasjonal* trafikk, jf. § 3 annet ledd. Lovens regler gjelder derfor i sin helhet på norske skip og norske luftfartøyer i *innenlands* trafikk. Kongen er likevel gitt kompetanse til å gi forskrift om anvendelsen av lovens bestemmelser på disse områdene, jf. § 3 annet ledd siste punktum. Slik forskrift er ikke gitt.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 tredje ledd gir hjemmel til å gi forskrift om lovens anvendelse for utsendte arbeidstakere som nevnt i arbeidsmiljøloven § 1-7. Slike regler er gitt i forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

6.2.2.3 Særlig om rett til individuell tilrettelegging ved grunnskoleopplæring på Svalbard

Barnehageloven gjelder ikke på Svalbard, men i praksis tilbys det likevel barnehageplasser på samme måte som på fastlandet. Lokalstyret på Svalbard har plikt til å tilby grunnskoleopplæring, og det kan også tilbys videregående.⁶⁶ Opplæringsloven og forskrifter gitt med hjemmel i opplæringsloven skal gjelde så langt de etter forholdene passer. Kunnskapsdepartementet bestemmer hvilke bestemmelser som passer.⁶⁷ I Kunnskapsdepartementets vedtak 3. januar 2011 har lokalstyret fått innvilget enkelte organisatoriske avvik mht. årstimetall, fag og trinn. I vedtak 30. november 2011 har Kunnskapsdepartementet bestemt at opplæringslovens kapittel 5 om spesialundervisning, herunder reglene om inntak på særskilt grunnlag for søkere med rett til spesialundervisning, ikke gjelder innen videregående opplæring på Svalbard. I begrunnelsen skriver departementet blant annet:

«Departementets beslutning er blant annet begrunnet med at Longyearbyen lokalstyre ikke har plikt til å gi videregående opplæring. Etter departementets syn vil det derfor være unaturlig å gi elever rettigheter eller pålegge Longyearbyen lokalstyre plikter etter opplæringsloven kapittel 5 knyttet til et tilbud som lokalstyret ikke plikter å gi. Departementet vil likevel oppfordre Longyearbyen lokalstyre til, så langt det er rimelig ut

⁶⁶ Forskrift av 18.01.2007 nr. 76 om grunnskoleopplæring og videregående opplæring på Svalbard, som er fastsatt med hjemmel i lov 17. juli 1925 nr. 11 om Svalbard.

⁶⁷ Forskriften § 3.

fra de lokale forhold, å tilrettelegge undervisningen mest mulig for elever med særlig behov også i videregående opplæring.»

6.2.2.4 Regler om universell utforming på skip og luftfartøyer for passasjerer *Skip*

Når det gjelder passasjerer, er det blant annet tatt inn regler om universell utforming i forskrift 28. mars 2000 nr. 305 om besiktelse, bygging og utrustning av passasjerskip i innenriksfart som er gitt med hjemmel i skipssikkerhetsloven § 9. Disse reglene gjennomfører forpliktelser som følger av EØS-avtalen, og gjelder både nye og enkelte eksisterende passasjerskip i innenriks fart i havområder innenfor EØS, jf. § 8D. Det enkelte skips fartsområde framgår av skipssertifikatet og angir klart om det kan gå i utenriksfart eller ikke.

Også forskrift 5. januar 1998 nr. 6 om bygging mv av hurtiggående fartøy, gir regler om tilgjengelighet for bevegelseshemmede og forskrift av 1. juli 2014 nr. 1072 om bygging av skip stiller krav til universell utforming ved bygging av visse skip.

Luftfartøyer

Det finnes verken et norsk eller internasjonalt regelverk som stiller krav til utforming av luftfartøyer med den hensikt å tilrettelegge for passasjerer med nedsatt funksjonsevne. Det er imidlertid gitt regler om assistanse og ombordstigningsløsninger ved lufttransport i forskrift 16. juni 2013 nr. 919 om universell utforming av lufthavner mv. Forskriften gjennomfører kravene i forordning (EF) nr. 1107/2006/EF av 5. juli 2006 om funksjonshemmedes og bevegelseshemmedes rettigheter i forbindelse med lufttransport. Forskriften presiserer blant annet hvilke ombordstigningsløsninger som skal finnes på de enkelte lufthavnene, og gir personer med funksjonsnedsettelse rett på assistanse.

6.2.2.5 Individuell tilrettelegging for arbeidstakere på norske skip og luftfartøyer *Skip*

Når det gjelder tilrettelegging for skipsarbeidstakere, stiller skipssikkerhetsloven § 22 krav om at arbeidet om bord skal tilrettelegges og utføres slik at hensynet til liv, helse og arbeidsmiljø blir ivaretatt på en god og hensiktsmessig måte. Denne bestemmelsen gjelder for alle norske skip uavhengig av fartsområde⁶⁸, og er nærmere presisert i forskrift 1. januar 2005 nr. 8 om arbeidsmiljø, sikkerhet og helse for de som har sitt arbeid om bord på skip. Den som har sitt arbeid om bord på norsk skip må ha helseerklæring som viser at vedkommende er fysisk og psykisk skikket til tjenesten og ikke utgjøre en fare for andre om bord, jf. skipssikkerhetsloven § 17 og forskrift 5. juni 2014 nr. 805 om helseundersøkelse av arbeidstakere på norske skip.

Luftfartøy

For arbeidstakere på luftfartøy gjelder arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven § 4-1 slår fast at atkomstveier, sanitæranlegg, arbeidsutstyr mv. så langt det er mulig og rimelig skal

⁶⁸ jf. skipssikkerhetsloven § 2.

være utformet og innrettet slik at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse kan arbeide i virksomheten. § 4-4 har krav til det fysiske arbeidsmiljøet. Videre har arbeidsmiljøloven § 4-6 regler om individuell tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Tilretteleggingsplikten er vidtrekkende, men ikke absolutt; det skal legges til rette «så langt det er mulig», jf. § 4-6 første ledd. Dette innebærer at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre.⁶⁹

De nevnte reglene gjelder for sivil luftfart i den utstrekning forholdene ikke reguleres i eller i medhold av luftfartsloven, jf. forskrift 21. februar 1986 nr. 540 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart § 2. Blant annet heter det i luftfartsloven § 5-3 første ledd at den som skal gjøre tjeneste på luftfartøy, må oppfylle de vilkår departementet fastsetter med hensyn til statsborgerforhold, alder, fysisk og psykisk skikkethet, vandel, edruskap, utdanning og øvelse m.m.

7 Vernet personkrets – juridiske personer

7.1.1 Departementets forslag

Spørsmålet om juridiske personer skal gis et diskrimineringsvern i en felles lov, drøftes i høringsnotatet kapittel 5.

7.1.2 Gjeldende rett

7.1.2.1 Diskrimineringsloven om etnisitet

Diskrimineringsloven om etnisitet forbyr direkte forskjellsbehandling av både fysiske og juridiske personer (foretak), jf. § 6 annet ledd annet punktum. Opprinnelig hadde Kommunal- og regionaldepartementet foreslått at diskrimineringsvernet i diskrimineringsloven om etnisitet av 2005 ikke skulle gjelde juridiske personer, men begrenses til fysiske personer.⁷⁰ På bakgrunn av et forslag under behandlingen av lovforslaget i Stortinget, ble det vedtatt at lovens vern skulle gjelde tilsvarende for foretak. Som begrunnelse ble det vist til en hendelse på et utested i Oslo der eieren hadde sagt opp avtalen med et vaktsselskap om dørvaktstjenester fordi mange av selskapets dørvakter var innvandrere.

Begrepet «foretak» skal forstås på samme måte som i straffeloven 2005 § 27 som «selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet». Videre er det lagt til grunn at forskjellsbehandlingen bør ha utgangspunkt i medlemmers, arbeidstakers eller andre nært tilknyttede personers etnisitet, religion eller livssyn. Det bør innfortolkes et krav om sterk tilknytning mellom foretaket og fysiske personer og deres etnisitet, religion eller livssyn.⁷¹

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 309.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 9.2.8.2.

⁷¹ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 8.1 s. 53.

7.1.2.2 Likestillingsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Likestillingsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering gir bare fysiske personer et diskrimineringsvern. Dersom det er snakk om diskriminering av et lite foretak der eieren selv utfører alle eller størstedelen av virksomhetens oppgaver, må dette som hovedregel anses som diskriminering av enkeltpersonen som eier virksomheten og utfører virksomhetens oppgaver.⁷² Selve foretaket vil imidlertid ikke kunne påberope seg bestemmelsen. Diskrimineringen vil i disse tilfellene regnes som rettet mot eieren som fysisk person, slik at eieren er vernet som enkeltindivid.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har behandlet en sak om likestillingsloven og diskriminering av et fotballag.⁷³ Saken illustrerer at diskriminering mot juridiske personer kan være diskriminering mot fysiske personer. Et kvinnelig fotballag i den norske Toppserien søkte Norges Fotballforbund om dispensasjon til innleie av keeper utenom overgangsvinduer, men fikk avslag. Laget mente seg forskjellsbehandlet sammenlignet med to herrelag, som hadde fått innvilget dispensasjon. Nemnda la til grunn at det var kvinnene på laget som eventuelt ville være diskriminert, og ikke fotballaget som sådan, selv om fotballaget formelt sto som klager. Nemnda konkluderte med at det ikke hadde forekommet diskriminering i strid med likestillingsloven.

7.1.2.3 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 13-2 slår fast at diskrimineringsreglene gjelder «arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere». Bestemmelsen innebærer at innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er vernet av diskrimineringsforbudet, på linje med arbeidstakerne i en virksomhet. Bestemmelsen betyr ikke at innleide og selvstendig næringsdrivende skal behandles tilsvarende fast ansatte, men at innleide og selvstendig næringsdrivende kan påberope seg diskrimineringsbestemmelsene på lik linje med arbeidstakere dersom de blir diskriminert på grunnlag av noen av diskrimineringsgrunnene nevnt i § 13-1 første ledd.⁷⁴ Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes slik at virksomheter som sådan har et vern etter arbeidsmiljøloven, ettersom tilføyelsen kom inn i arbeidsmiljøloven for å implementere EU-direktiver som ikke stiller krav om diskrimineringsvern for virksomheter.

7.1.2.4 Håndheving

Etter diskrimineringsombudsloven § 3 fjerde ledd kan «enhver» bringe en sak inn for ombudet. Det betyr at alle – også juridiske personer – som hovedregel kan klage til ombudet, selv om de ikke er part i saken. Saker som er brakt inn for ombudet av en som ikke selv er part i saken, skal imidlertid bare behandles av ombudet dersom den krenkede parten gir sitt samtykke til dette. Dersom særlige hensyn tilsier det, kan ombudet likevel behandle en slik sak, selv om det ikke er gitt samtykke. Saker brakt inn for nemnda fordi

⁷² Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 8.6 s. 56.

⁷³ Sak nr. 4/2008.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 326.

frivillig ordning ikke er oppnådd under behandlingen i ombudet, skal bare behandles av nemnda dersom den krenkede parten gir sitt samtykke til dette, jf. diskrimineringsombudsloven § 6 første ledd.

Etter diskrimineringsloven om etnisitet § 27 og likestillingsloven § 29, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 32 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 25 kan en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering brukes som fullmektig i saker som behandles av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Det følger av de nevnte bestemmelsenes annet ledd at saker for domstolene kan en person utpekt av og med tilknytning til en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering, brukes som prosessfullmektig.

Juridiske personer kan også opptre som partshjelpere under rettssaker, jf. tvisteloven § 15-7. Partshjelp skal tillates for «den som har reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner» eller «foreninger og stiftelser, samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser».

7.1.2.5 Juridiske persons vern mot usaklig forskjellsbehandling etter annet regelverk

Forvaltningsretten

Ulovfestede regler om myndighetsmisbruk stiller krav til at forvaltningen må basere sine avgjørelser på saklige hensyn og ikke drive usaklig forskjellsbehandling mv. Disse reglene kan påberopes av både fysiske og juridiske personer.

Lov om offentlige anskaffelser

Også regelverket om offentlige anskaffelser gir juridiske personer et vern mot usaklig forskjellsbehandling. Etter lov om offentlige anskaffelser § 5 skal en anskaffelse – så langt det er mulig – være basert på konkurranse. Oppdragsgivere skal sikre at valg av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Oppdragsgiveren kan heller ikke diskriminere leverandører på grunnlag av nasjonalitet.

Konkurranseretten

Usaklig forskjellsbehandling av foretak vil også kunne rammes av konkurranseloven § 11 som forbyr et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling. Slik utilbørlig utnyttelse kan blant annet bestå i å anvende overfor handelspartnere «ulike vilkår» for «likeverdige ytelser» og derved stille dem «ugunstigere i konkurransen», jf. konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c. I tillegg kan leverings- og lisensnektelser etter omstendighetene kunne rammes av § 11.⁷⁵

⁷⁵ Se blant annet Forenede saker 6–7/73, *Commercial Solvents mot Kommisjonen*, Sml. 1974 side 223, Sak 311/84, *Telemarketing (CBEM) mot CLT og IPB*, SSml. 1985 side 3261 og Sakene C-24–242/91 P, (*Magill*), Sml. 1995 side I-743.

Også konkurranseloven § 10 kan gi et vern mot usaklig forskjellsbehandling av foretak. Bestemmelsen forbyr enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Som eksempel på slik konkurransebegrensende opptreden nevnes særlig «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen», jf. § 10 første ledd bokstav d. Forutsetningen for å konstatere at opptredenen er ulovlig, er imidlertid at avtalen ikke kan legitimeres etter konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Kontraktsretten

Etter avtaleloven § 36 kan en avtale helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig å gjøre den gjeldende. At vilkåret har et diskriminerende formål eller en diskriminerende virkning, er forhold som etter omstendighetene vil kunne tillegges vekt. Det skal likevel svært mye til for å sette til side avtalevilkår mellom profesjonelle parter.

Et visst vern følger også av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Dersom for eksempel en medkontrahent nekter å oppfylle sine kontraktsrettslige forpliktelser på grunn av motforestillinger mot den andre medkontrahentens ansatte med en bestemt etnisk opprinnelse, kan medkontrahenten påberope seg alminnelige kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser.

7.1.3 Internasjonale forpliktelser og EU-rett

7.1.3.1 Menneskerettighetskonvensjoner

Det internasjonale menneskerettighetsvernet tar i første rekke sikte på å verne fysiske personer, eller grupper av enkeltindivider, mot menneskerettighetskrenkelser. Verdenserklæringen taler for eksempel om «human beings», og SP taler om «individuals». EMK knytter imidlertid adgangen til å bringe et konvensjonsbrudd inn for EMD til uttrykket «victim» i EMK artikkel 34. Prinsipielt åpner dermed EMK for at også juridiske personer kan være vernet etter konvensjonen. Konvensjonen tillater imidlertid ikke juridiske personer å påberope seg konvensjonens rettigheter på vegne av andre.

I Rt. 2015 s. 421 vurderte Høyesterett om en videregående privatskole hadde et vern etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Høyesterett uttalte at det synes å ha vært en «helt entydig oppfatning at FN-konvensjonene - i motsetning til EMK - bare verner enkeltindivider».⁷⁶

I tillegg slo Høyesterett fast at det ikke følger klart av ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 13 at institusjoner skal kunne påberope seg ØSK direkte, og at et slikt syn ville «bryte markant med det som lenge har vært - og fortsatt er - en etablert rettsoppfatning om at bare enkeltindivider kan påberope seg konvensjonen».⁷⁷ Høyesterett

⁷⁶ Rt. 2015 s. 421 avsnitt 38.

⁷⁷ Rt. 2015 s. 421 avsnitt 38 og avsnitt 42–43.

konkluderte derfor med at privatskolen ikke kunne påberope seg diskrimineringsbestemmelsene i SP eller ØSK.

Juridiske personer kan være vernet mot diskriminering etter EMK artikkel 14. Diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 er imidlertid ikke et selvstendig diskrimineringsforbud. Bestemmelsen kommer først til anvendelse når den som påberoper seg diskrimineringsforbudet samtidig kan påvise at ens interesser er dekket av minst én av konvensjonens øvrige rettighetsbestemmelser. Juridiske personer har dermed kun et diskrimineringsvern i tilknytning til konvensjonens rettighetsbestemmelser hvor ikke-fysiske personers interesser er vernet. Juridiske personer vil i de fleste tilfeller heller ikke ha kjennetegn som omtales i listen over diskrimineringsgrunnlag i EMK artikkel 14.

Det finnes kun noen få saker hvor Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har konkludert med at diskrimineringsforbudet for juridiske personer er blitt overtrådt fra statens side. I mange tilfeller har domstolen ikke tatt stilling til påstander om brudd på artikkel 14, ofte fordi domstolen allerede har konkludert med at en annen rettighetsbestemmelse er krenket. EMD mottar imidlertid mange klager fra juridiske personer som mener seg diskriminert med grunnlag i EMK artikkel 14. Det kan tyde på at det er et visst behov for et diskrimineringsvern for juridiske personer.

7.1.3.2 EU- og EØS-rett

I fortalen til EUs rasediskrimineringsdirektiv punkt 16 anbefales medlemsstatene å gi juridiske personer et diskrimineringsvern:

«Det er viktig at beskytte fysiske personer mod forskelsbehandling på grund af race eller etnisk oprindelse. Medlemsstaterne bør også, hvor det er hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med deres nationale traditioner og praksis, drage omsorg for beskyttelse af juridiske personer, når de forskelsbehandles på grund af deres medlemmers race eller etniske oprindelse.»

Det siterte punktet fra fortalen er kun en anbefaling, ikke en forpliktelse til å gi juridiske personer et diskrimineringsvern på grunn av rase eller etnisitet. De andre diskrimineringsdirektivene omtaler ikke vern av juridiske personer.

Ved Norges tilslutning til EØS-avtalen 1994 er også Norge forpliktet til ikke å forskjellsbehandle aktører fra ulike EØS-land innen områder som arbeid, kapitaloverføringer og vare- og tjenesteomsetning.

7.1.4 Nordisk rett

Diskrimineringsforbudet i den finske diskrimineringsloven kan også gjelde for juridiske personer. Dette står imidlertid ikke uttrykkelig i loven. Etter 8 § skal «ingen» diskrimineres på grunn av alder, etnisitet, seksuell legning osv. I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at dette også kan omfatte juridiske personer dersom det er et behov for å beskytte fysiske personer som står bak den juridiske personen.⁷⁸

⁷⁸ RP 19/2014 rd side 58.

De danske diskrimineringslovene har ikke vern for juridiske personer. Spørsmålet ble imidlertid drøftet under arbeidet med forskjellsbehandlingsloven som gjelder etnisk diskriminering. Særlig ble det vist til at juridiske personer ikke behøver et særlig diskrimineringsvern fordi de har et vern etter andre regler.

Heller ikke den svenske diskrimineringsloven gir et vern for juridiske personer.

8 Diskrimineringsgrunnlag

8.1 Departementets forslag

Spørsmålet om hvilke diskrimineringsgrunnlag som skal ha et vern etter en felles diskrimineringslov, drøftes i høringsnotatet kapittel 6.

8.2 Diskrimineringsgrunnlagene etter dagens fire diskrimineringslover

8.2.1 Kjønn, graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon

8.2.1.1 Kjønn

Diskriminering på grunn av kjønn er vernet av likestillingsloven § 5. Med kjønn menes både biologisk, genetisk, sosialt, psykologisk og kulturelt kjønn. Både menn og kvinner er vernet etter loven.

Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har blitt innfortolket i likestillingslovens kjønnsbegrep.⁷⁹ En tilsvarende tolkning er i samsvar med EF-domstolens praksis.⁸⁰ Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er imidlertid i dag selvstendige diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringsloven om seksuell orientering av 2014. Departementet har i forarbeidene til denne loven lagt til grunn det ligger bedre til rette for å håndtere disse sakene innenfor en egen lov.⁸¹ Etter at loven trådte i kraft har håndhevingsorganene vurdert problemstillinger knyttet til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk etter diskrimineringsloven om seksuell orientering.⁸²

Kjønnskorrigerede og intersexpersoner vil imidlertid kunne påberope seg både likestillingsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Hvilken lov som kommer til anvendelse, avhenger av hva slags diskriminering det gjelder. Dersom en person har foretatt kjønnskorrigerende operasjon for å bli kvinne, og blir stilt dårligere enn en mann, vil kvinnen ha et diskrimineringsvern etter likestillingsloven på lik linje med alle andre kvinner.

⁷⁹ Se Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 19/2008

⁸⁰ C-13/94.

⁸¹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 120

⁸² Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsombudets sak nr. 14/840

8.2.1.2 Graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon

Diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon regnes som diskriminering på grunn av kjønn.⁸³

Presiseringen i likestillingsloven 2013 om at graviditet, og permisjon ved fødsel og adopsjon er vernet etter loven, innebar kun en lovteknisk endring og videreførte gjeldende rett etter likestillingsloven 1978. I likestillingsloven 1978 inngikk graviditet, fødsel og foreldrepermisjon forbeholdt mor eller far i definisjonen av direkte diskriminering i lovens generalklausul. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon utover den delen som er forbeholdt hver av foreldrene, inngikk i forbudet mot indirekte diskriminering. Grunnen til at dette ble regnet som indirekte diskriminering, er at det fortsatt er flest kvinner som tar ut slik permisjon, og at en forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon dermed rammer flest kvinner. Uttak av foreldrepermisjon har dermed blitt ansett for å være en kvinnetypisk situasjon. Det følger imidlertid av praksis at også menn har et vern mot diskriminering på grunn av foreldrepermisjon.⁸⁴

8.2.1.3 Omsorgsoppgaver

Også omsorgsoppgaver utover permisjon ved fødsel og adopsjon kan være omfattet av vernet mot indirekte kjønnsdiskriminering etter likestillingsloven § 5. Ifølge forarbeidene vil forskjellsbehandling på grunn av omsorg for små barn være indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Det følger av forarbeidene at også omsorg for større barn, eller gamle foreldre med omsorgsbehov kan etter omstendighetene omfattes av diskrimineringsvernet.⁸⁵

Vernet gjelder likt for både kvinner og menn. Diskriminering på grunn av omsorgsansvar er imidlertid gitt et diskrimineringsrettslig vern fordi det regnes som en kvinnetypisk situasjon, og dermed er knyttet til diskrimineringsgrunnet kjønn. Når også menn har et diskrimineringsvern på grunn av omsorgsoppgaver, skyldes dette at disse mennene befinner seg i en kvinnetypisk situasjon. I forarbeidene til likestillingsloven av 1978 uttalte departementet følgende om menns diskrimineringsvern knyttet til omsorgsansvar:

«Denne tolkningen av loven bygger på at menn med fravær på grunn av omsorgsoppgaver forskjellsbehandles fordi de har en rolle som kvinner tradisjonelt har hatt, og fremdeles har i større utstrekning enn menn. Disse mennene utsettes derfor for forskjellsbehandling ikke fordi de er i en situasjon som er typisk for menn, men fordi de har brutt med tradisjonelle kjønnsroller. De utsettes derfor for en form for forskjellsbehandling som kvinner har blitt, og fremdeles blir, utsatt for. Etter departementets syn bør slik forskjellsbehandling generelt omfattes av loven.

Departementet legger vekt på at menns behov for vern i denne situasjonen er det samme som for kvinner. Videre legger departementet vekt på behovet for å styrke menns omsorgsrolle i samsvar med den politiske målsetting om likestilling ikke bare i

⁸³ jf. likestillingsloven 2013 § 5 første ledd annet punktum.

⁸⁴ Se vedlegget kapittel 9.1 om forskjellen på direkte og indirekte forskjellsbehandling.

⁸⁵ Prop. 88 L (2012–2013) s. 170

arbeidslivet, men også i familien. Dette er en målsetting i seg selv, samtidig som det kan styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet med en jevnere fordeling av omsorgsansvaret i familiene.»

Omsorgsoppgaver for nærstående med nedsatt funksjonsevne er vernet av forbudet mot tilknytningsdiskriminering i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 første ledd tredje punktum.

Arbeidsmiljøloven kapittel 12 har bestemmelser som gir rettigheter i forbindelse med omsorgsoppgaver. En arbeidstaker har rett til permisjon for ammefri etter § 12-8 og omsorg for og pleie av barn og nærstående etter §§ 12-9 og 12-10. Et forbud mot oppsigelser på grunn av permisjon følger også av arbeidsmiljøloven § 15-9.

8.2.1.4 Internasjonale regler

Forbud mot kjønnsdiskriminering er nedfelt i blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs kvinneskrediskrimineringskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs barnekonvensjon, ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering og ILO-konvensjon nr. 100 om lik lønn for kvinner og menn. Likestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF) forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn i arbeidslivet.

Direktiv 2004/113/EF forbyr kjønnsdiskriminering når det gjelder adgang til og levering av varer og tjenester.

Forbud mot diskriminering på grunn av graviditet og fødselspermisjon følger av FNs kvinneskrediskrimineringskonvensjon, EUs likestillingsdirektiv (direktiv 2006/54/EF), EUs svangerskapsdirektiv (direktiv 92/85/EØF) og EUs foreldrepermisjonsdirektiv (direktiv 2010/18/EU). EUs direktiv om rammeavtale om foreldrepermisjon slår fast at en arbeidstaker ved permisjonens utløp skal ha rett til å få tilbake samme eller tilsvarende stilling som før permisjonen (avtalens § 2).

ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser fra 1981 gjelder forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunn av omsorgsoppgaver for små barn eller andre familiemedlemmer. Etter konvensjonen er Norge forpliktet til å ha som mål i nasjonal politikk at det skal være mulig for mennesker med familieforpliktelser å skaffe seg arbeid uten å bli diskriminert, jf. artikkel 3. Etter artikkel 4 skal myndighetene treffe tiltak for at arbeidstakere med familieansvar skal kunne utøve sin rett til å velge arbeid. Etter artikkel 8 skal familieansvar som sådan ikke være en gyldig grunn for oppsigelse.

FNs kvinneskrediskrimineringskomité har lagt til grunn at vold mot kvinner skal omfattes av konvensjonens definisjon av og forbud mot diskriminering av kvinner.⁸⁶

8.2.2 Etnisitet

Diskriminering på grunn av etnisitet er forbudt etter diskrimineringsloven om etnisitet § 6. Etnisitetsbegrepet skal forstås vidt. Det som betegnes som etnisk opprinnelse i

⁸⁶ FNs kvinneskrediskrimineringskomité General Comment nr. 19 (1992), se særlig punkt 6.

internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, faller innunder diskrimineringslovens etnisitetsbegrep. Blant annet innebærer dette at nasjonale minoriteter og urfolk omfattes av etnisitetsbegrepet.

Det er ikke mulig å gi en uttømmende redegjørelse for hva som omfattes av begrepet etnisitet. Etnisitetsbegrepet kan ha både subjektive og objektive elementer. Dette kan variere fra gruppe til gruppe, fra individ til individ og fra situasjon til situasjon.⁸⁷ Når man skal avgrense begrepet etnisitet, står relasjoner sentralt. For eksempel vil en persons etnisitet ofte uttrykkes i form av individets eller gruppens opplevelse av å være forskjellig fra andre.

Etnisitetsbegrepet vil også omfatte objektive elementer. Nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk er eksempler på slike objektive elementer. Det følger av diskrimineringsloven om etnisitet § 6 første ledd annet punktum at diskriminering på grunn av «nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk» regnes som diskriminering på grunn av etnisitet. Begrepet etnisitet kan også omfatte andre forhold enn det som er listet opp som eksempler i loven.

Det er presisert i forarbeidene at nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk kun skal forstås som markører for etnisitet, og ikke som selvstendige diskrimineringsgrunnlag.⁸⁸ Disse markørene har derfor kun et diskrimineringsvern der forskjellsbehandlingen har sammenheng med etnisitet eller er etnisk betinget.⁸⁹ Nasjonal opprinnelse, avstamning og hudfarge vil ligge nært opp til etnisitetsbegrepet og dermed som oftest ha sammenheng med etnisitet. Språk skiller seg imidlertid noe fra de øvrige elementene, fordi språk i en del tilfeller ikke vil ha sammenheng med etnisitet, se nedenfor. At elementet må ha sammenheng med etnisitet, betyr for eksempel at forskjellsbehandling av en person med norsk etnisk bakgrunn ikke er vernet av loven hvis personen har dårlige engelskferdigheter.⁹⁰

8.2.2.1 Nasjonal opprinnelse

Begrepet «nasjonal opprinnelse» omfatter blant annet «fødested, landbakgrunn og sted hvor man har hatt sin oppvekst eller har sin bakgrunn fra».⁹¹ Nasjonal opprinnelse ligger nært opp til begrepet etnisitet, og det vil som oftest ha liten praktisk betydning om forholdet vurderes som diskriminering på grunn av etnisitet eller på grunn av nasjonal opprinnelse.

Nasjonal opprinnelse er ikke det samme som nasjonalitet, som vanligvis betyr statsborgerskap. Statsborgerskap er ikke et vernet diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringsloven om etnisitet.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.1.8.2 side 88.

⁸⁸ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20.3 side 176.

⁸⁹ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.2 side 69 med henvisning til Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) kapittel 10.1.8.2 side 87–90.

⁹⁰ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.2 side 69.

⁹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.1.8.3 side 88.

EUs rasedirektiv⁹² gjelder ikke forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Direktivet omfatter heller ikke bestemmelser og vilkår for innreise til og bosetting på medlemsstatenes territorium for tredjestatsborgere og statsløse personer eller forskjellsbehandling som beror på den rettsstillingen en person har som medborger i tredjeland eller statsløs.⁹³ Diskrimineringsloven om etnisitet må forstås på samme måte.

Heller ikke FNs Rasediskrimineringskonvensjonen⁹⁴ gjelder forskjellsbehandling mellom statsborgere og ikke-statsborgere (utlendinger).⁹⁵ Artikkel 1 (2) og (3) lyder:

«2. Denne konvensjonen får ikke anvendelse når en konvensjonspart treffer tiltak overfor sine statsborgere, henholdsvis ikke-statsborgere, som innebærer forskjellsbehandling, utestengning, begrensning eller begunstigingse.

3. Ingen bestemmelse i denne konvensjon kan fortolkes slik at den på noen måte berører en parts rettsregler om nasjonalitet, statsborgerskap eller naturalisering, forutsatt at disse regler ikke diskriminerer noen bestemt nasjonalitet.»

Det å sette vilkår for å få statsborgerskap eller oppholdstillatelse regnes derfor ikke i seg selv som diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse etter diskrimineringsloven om etnisitet. Derimot kan det innebære en indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse hvis vilkårene fører til at ulike grupper utenlandske statsborgere forskjellsbehandles.⁹⁶ I så fall må lovligheten avgjøres av en vurdering av om den er saklig, nødvendig og forholdsmessig. Dette er utdypet av FNs rasediskrimineringskomité i deres generelle anbefalinger, der komiteen anbefaler statene å:

«13. Ensure that particular groups of non-citizens are not discriminated against with regard to access to citizenship or naturalization, and to pay due attention to possible barriers to naturalization that may exist for long-term or permanent residents;

14. Recognize that deprivation of citizenship on the basis of race, colour, decent, or national or ethnic origin is a breach of States Parties' obligations to ensure non-discriminatory enjoyment of the right to nationality;

15. Take into consideration that in some cases denial of citizenship for long-term or permanent residents could result in creating disadvantage for them in access to employment and social benefits, in violation of the Convention's anti-discrimination principles;»⁹⁷

⁹² Direktiv 2000/43/EF.

⁹³ Artikkel 3 (2). Rammedirektivet artikkel 3 (2) har en tilsvarende bestemmelse.

⁹⁵ Artikkel 1 (2).

⁹⁶ FNs rasediskrimineringskomité, General Recommendation XI on non-citizens (forty-second session, 1993).

⁹⁷ FNs rasediskrimineringskomité, General comment No:30.

Også Den reviderte europeiske sosialpakten tillater etter sin ordlyd forskjellsbehandling mellom statsborgere og ikke-statsborgere, jf. vedlegget til sosialpakten, under avsnittet «Scope of the European Social Charter (revised) in terms of persons protected».

I LDN-2009-28 vurderte nemnda om Utlendingsdirektoratet handlet i strid med lov om etnisk diskriminering (2005) ved å stille en persons søknad om statsborgerskap i bero. Forbudet var ikke begrunnet i personens avstamning og var dermed ikke i strid med forbudet mot direkte diskriminering. Nemnda tok også stilling til om Utlendingsdirektoratet hadde handlet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering i form av at personer med den aktuelle avstamningen rammes særlig ufordelaktig av praksisen med berostillelse, sammenlignet med andre som søker statsborgerskap. Nemnda mente det var «nærliggende å anta at praksisen med berostillelse har en skjev effekt i forhold til grupper som kommer fra områder i verden der det nylig har foregått folkemord», men konkluderte at forholdet ikke var i strid med loven, fordi praksisen var begrunnet i saklige forhold uavhengig av etnisitet.

Det vil også kunne innebære en indirekte forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven om etnisitet dersom vilkårene fører til at noen stilles dårligere på grunn av andre diskrimineringsgrunnlag.⁹⁸

Forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap vil også i andre tilfeller kunne rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 18/2006 er et typisk eksempel på slik indirekte forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap. Saken gjaldt en boligannonse med formuleringen «utleies kun til norske statsborgere». En slik forskjellsbehandling vil særlig ramme personer med etnisk minoritetsbakgrunn.

Det samme kan gjelde for stillingsannonser med krav til norsk statsborgerskap, samt tilfeller der statsborgerskap har betydning for rentebetingelser og lignende i forbindelse med finansielle tjenester.⁹⁹ Hvorvidt slike praksiser er ulovlige, må vurderes etter unntaksbestemmelsen om saklig, nødvendig og forholdsmessig forskjellsbehandling.

Et samfunnsområde der forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse særlig gjelder, er på utlendingsforvaltningens område. I tråd med det som er skrevet over, vil vilkår for adgang til riket ikke i seg selv innebære en diskriminering, med mindre vilkårene forskjellsbehandler ulike grupper på grunn av nasjonal opprinnelse. Slik forskjellsbehandling vil imidlertid kunne være saklig, nødvendig og forholdsmessig. Dette var blant annet tilfelle i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 18/2011, der nemnda vurderte om forskjellsbehandling på grunn av nasjonal opprinnelse ved avslag på visumsøknad var diskriminerende. Søkeren var fra Iran. Nemnda fant at saken reiste spørsmål om diskriminering på grunn av etnisk bakgrunn/nasjonal opprinnelse, men fant at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling var oppfylt.

⁹⁸ Se for eksempel FNs kvinnekonvensjon artikkel 9 og General Recommendation No. 20 (11th session, 1992).

⁹⁹ Se CERD.

Forskjellsbehandling mellom ulike oppholdsstatuser, for eksempel at personer med innvilget asyl får bedre rettigheter enn personer som har fått opphold på grunn av familiegjenforening, vil derimot som utgangspunkt ikke regnes som diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse. Dette kan stille seg annerledes hvis det kan påvises at forskjellsbehandlingen rammer visse etniske grupper hardere enn andre på grunn av nasjonal opprinnelse eller andre diskrimineringsgrunnlag.

8.2.2.2 Avstamning

Avstamning omfatter former for sosial lagdeling hvor medlemskap i grupper er medfødt og arvelig, slik som kaste, klan eller stamme. Begrepet kaste, klan og stamme faller innunder begrepet avstamning, herunder begrepet «etnisitet».¹⁰⁰

8.2.2.3 Hudfarge

Hudfarge vil ofte overlappe med etnisitet, men personer kan også bli diskriminert på grunn av hudfarge uten at dette nødvendigvis har sammenheng med at man har en annen etnisk bakgrunn enn andre. For eksempel kan adoptivbarn ha en norsk etnisitet, noe som kan skape uklarhet om de er vernet av begrepet etnisitet. Diskriminering av personer som er adoptert på grunn av deres hudfarge regnes som etnisk diskriminering.¹⁰¹

Diskrimineringsforbudet i diskrimineringsloven om etnisitet omfatter også diskriminering på grunn av «antatt» etnisitet.

8.2.2.4 Språk

Diskrimineringsloven om etnisitet forbyr diskriminering på grunn av språk som har sammenheng med etnisitet. Dette betyr at blant annet dialekter ikke er omfattet.

Tegnspråk vil i seg selv heller ikke være vernet etter diskrimineringsloven om etnisitet, men vil kunne omfattes av vernet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Forskjellsbehandling på grunn av språk vil i mange tilfeller ha sammenheng med etnisitet, typisk der det kreves norsk som morsmål for en stilling.¹⁰² Et avslag på søknad om stilling på grunn av manglende språkferdigheter vil også kunne være en forskjellsbehandling på grunn av språk/etnisitet dersom de manglende språkferdighetene har sammenheng med at vedkommende ikke er etnisk norsk. Språkkrav ved ansettelse vil imidlertid i mange tilfeller være tillatt, fordi språk ofte er en nødvendig kvalifikasjon for å utføre arbeidet.¹⁰³

Også manglende språklig tilrettelegging for personer med minoritetsbakgrunn kan etter omstendighetene innebære en forskjellsbehandling på grunn av språk/etnisitet, da det også i slike tilfeller gjerne vil være nær sammenheng mellom språkutfordringene og vedkommendes minoritetsbakgrunn. For eksempel vil det kunne innebære en

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 89.

¹⁰¹ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.2 side 69 og kapittel 20.3 s. 176.

¹⁰² Prop. 88 L (2012–2013) s. 69.

¹⁰³ Se nærmere om saklighetsvurderingen knyttet til språk i Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 103. Se også som eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 42/2014.

forskjellsbehandling på grunn av språk/etnisitet dersom ansatte ved et offentlig kontor nekter å snakke engelsk med en person som ikke forstår norsk.

På den annen side vil ikke diskrimineringsloven om etnisitet komme til anvendelse hvis en etnisk norsk person ikke får en stilling fordi vedkommende ikke har tilstrekkelige engelskferdigheter til stillingen. I et slikt tilfelle har språket ikke sammenheng med vedkommendes etnisitet. At en skole tilbyr fremmedspråk i tysk, men ikke i russisk, innebærer heller ikke en forskjellsbehandling på grunn av språk etter diskrimineringsloven om etnisitet. Forskjellsbehandling mellom ulike språk vil ikke være vernet, med mindre dette fører til at personer stilles dårligere enn andre på grunn av sin etnisitet.

8.2.2.5 Internasjonale regler

Forbud mot etnisk diskriminering er også nedfelt i FNs menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjon nr. 111, EMK og Den europeiske sosialpakt. Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter gjelder diskrimineringsgrunnlaget «tilknytning til nasjonal minoritet».

Særlig om internasjonale regler om diskriminering på grunn av språk

Verken FNs rasediskrimineringskonvensjon eller EUs rasediskrimineringsdirektiv omfatter uttrykkelig grunnlaget språk. Språk vil imidlertid kunne omfattes av forbudet mot indirekte diskriminering på grunnlag av «rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse» i FNs rasediskrimineringskonvensjon eller «rase eller etnisk opprinnelse» i EUs rasediskrimineringsdirektiv. Grunnlaget språk er imidlertid nevnt i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

8.2.3 Religion og livssyn

Religion og livssyn er selvstendige diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringsloven om etnisitet § 6 første ledd. Det er derfor ikke et krav om at religionen eller livssynet har sammenheng med etnisitet eller at etniske minoriteter er involvert.¹⁰⁴ Det betyr for eksempel at en etnisk norsk person vil være beskyttet mot diskriminering dersom vedkommende stilles dårligere enn andre fordi vedkommende tilhører en frikirkemenighet.¹⁰⁵

Livssyn er sidestilt med religion som diskrimineringsgrunnlag. Dette er i tråd med Grunnloven § 2 og EMK artikkel 9. Uttrykket «livssyn» omfatter både religiøse og sekulære livssyn. Mer generelt kan livssyn defineres som det mennesker tror på om livet og verden, om det finnes en høyere makt eller ikke, hvilken etikk man bør leve etter osv. For eksempel er ateister og agnostikere omfattet. Det er ikke noe klart skille mellom religion og livssyn.

Det er opp til håndhevingsorganene å ta stilling til om en person i et enkelt tilfelle er vernet på grunn av sin religion eller sitt livssyn. Hvor langt vernet rekker, må tolkes i tråd

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 90.

¹⁰⁵ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20.3 side 176.

med blant annet EMK artikkel 9 og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). I Likestillings- og diskrimineringsnemnda sak 46/2014 om retten til å bruke religiøse symboler for en nyhetsanker i NRK, uttalte nemnda følgende om diskrimineringsvernets rekkevidde:

«Diskrimineringsvernet knyttet til religion forutsetter at det religiøse symbolet, brukes av overbevisningsgrunner. I saken Eweida mfl mot Storbritannia uttalte EMD at retten til religionsfrihet kun omfatter holdninger av en viss styrke, alvor, sammenheng og viktighet. Selv om overbevisningen er av en viss styrke og viktighet, vil ikke enhver handling som på en eller annen måte er inspirert, motivert eller påvirket av den, utgjøre et «uttrykk» for den. Handlinger eller unnlater som ikke direkte gir uttrykk for den religiøse overbevisningen, eller som bare har en fjern tilknytning til en trosoppfatning, er ikke beskyttet av EMK artikkel 9. Nemnda legger en tilsvarende lovforståelse til grunn i foreliggende sak.»

I Eweida mfl mot Storbritannia viste domstolen også til at vernet ikke er begrenset til religionsutøvelse som er generelt anerkjent eller påbudt i troslæren. EMD uttalte at det må vurderes konkret i hver sak om det er en tilstrekkelig nær og direkte sammenheng mellom handlingen og troslæren.

8.2.3.1 Politisk syn

Politisk syn er et eget diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Politisk syn er ikke omfattet av diskrimineringsgrunnlagene religion og livssyn. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom religion, livssyn og politisk syn. Noen politiske ideologier er så omfattende at de i en del sammenhenger også kan kalles livssyn.

8.2.3.2 Internasjonale regler

Religion er uttrykkelig nevnt som diskrimineringsgrunnlag i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske og sosiale rettigheter og Den europeiske menneskerettskonvensjonen. FNs rasediskrimineringskonvensjon og EUs rasediskrimineringsdirektiv inkluderer imidlertid ikke religion og livssyn. I EUs rammedirektiv artikkel 1 er likevel religion og tro tatt med. EU-direktivene forbyr dermed diskriminering på grunn av religion og tro i arbeidslivet, men ikke på andre livsområder.

8.2.4 Nedsatt funksjonsevne

Diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Begrepet nedsatt funksjonsevne skal forstås likt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, arbeidsmiljølovgivningen og boliglovgivningen.¹⁰⁶ Både forskjellsbehandling på grunn av eksisterende, fremtidig, tidligere og antatt nedsatt funksjonsevne er omfattet.

Med «nedsatt funksjonsevne» menes tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner. Diskrimineringsgrunnlaget omfatter både fysiske, psykiske og

¹⁰⁶ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.3 side 70 og 180 med henvisning til Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) kapittel 9.4.8 side 90 flg. og kapittel 18 side 251.

kognitive funksjoner. Det kan for eksempel dreie seg om nedsatt bevegelses-, syns- eller hørselsfunksjon, ulike funksjonsnedsettelse på grunn av allergi, hjerte- eller lungesykdommer, ulike psykiske lidelser og ulike former for nedsatt kognitiv funksjonsevne. Nedsatt kognitiv funksjonsevne innebærer redusert evne til mentale prosesser som språk, hukommelse, informasjonsbearbeidelse, problemløsning og ervervelse av kunnskap.¹⁰⁷ Begrepet nedsatt funksjonsevne omfatter også psykiske lidelser som for eksempel depresjon eller bipolare lidelser. Diagnoser innenfor autismespekteret, sittehemninger og kroniske sykdommer kan også omfattes av begrepet.

Diskriminering av HIV-positive er dekket av vernet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Det gjelder også tilfeller der diskrimineringen skjer på grunn av frykt for smitte.¹⁰⁸

Også diskriminering av personer som bruker alternativ og supplerende kommunikasjon (ASK) eller tegnspråk, regnes også som diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Det stilles ikke krav til hvor lenge den nedsatte funksjonsevnen har vart, eller hvor alvorlig den er, men begrepet omfatter ikke forbigående og helt bagatellmessige forhold som ikke påvirker funksjonsevnen i nevneverdig grad. Etter det departementet kjenner til har håndhevingsorganene foreløpig ikke hatt saker der spørsmålet om varighet har kommet på spissen. Likestillings- og diskrimineringsnemnda har imidlertid i sak 40/2009 kommentert hvor stor den nedsatte funksjonsevnen må være for å omfattes av diskrimineringsgrunnlaget. Nemnda fant i den saken at klagerens milde form for epilepsi måtte regnes som nedsatt funksjonsevne i lovens forstand. Nemnda viste til at diskrimineringsvernet skal være vidt, og at hovedfokuset skal være på om det foreligger diskriminering eller ikke.

Årsaken til funksjonsnedsettelsen har ikke betydning. Begrepet begrenses derfor ikke mot tilstander som skyldes vedkommende selv. Begrepet nedsatt funksjonsevne omfatter imidlertid ikke viljebestemt atferd, noe som blant annet innebærer at diskrimineringsvernet ikke gir noen beskyttelse mot for eksempel straffeforfølgning. I den grad atferd er et utslag av nedsatt funksjonsevne og ikke er styrt av viljen, er likevel atferden ansett som en del av den nedsatte funksjonsevnen.

Rusavhengighet, overvekt og utseendemessige forhold er omfattet av diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne i den grad tilstanden har medført nedsatt funksjonsevne, er forårsaket av underliggende funksjonsnedsettelse eller forskjellsbehandlingen skjer på grunn av tidligere, fremtidig eller antatt nedsatt funksjonsevne. For eksempel vil det innebære en forskjellsbehandling etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven dersom en person ikke får en stilling fordi arbeidsgiver frykter at en overvektig arbeidssøker har eller vil få sykdommer som følge av

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) kapittel 9.4.8.2 side 91.

¹⁰⁸ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 10.3.1.

overvekten. Ifølge forarbeidene kan det heller ikke utelukkes at ytre trekk unntaksvis i seg selv kan regnes som nedsatt funksjonsevne, for eksempel brannskadet hud.¹⁰⁹

8.2.4.1 Internasjonale regler

Ifølge FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 1 omfatter begrepet personer med nedsatt funksjonsevne blant annet personer med varige fysiske, psykiske, intellektuelle eller sensoriske funksjonsnedsettelse, som i samspill med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet på lik linje med andre. Den nedsatte funksjonsevnen kan være medfødt eller oppstått som følge av en ulykke eller sykdom.

FNs barnekonvensjon artikkel 2 gir barn et vern mot å bli diskriminert på grunn av funksjonshemming. SP, ØSK, EMK og Den europeiske sosialpakt har ingen uttrykkelig henvisning til funksjonsevne. Nedsatt funksjonsevne er likevel omfattet av EMK artikkel 14 og andre menneskerettighetskonvensjoners kategorier som «annen status». Den europeiske sosialpakten nevner helse, som må antas å omfatte også funksjonsnedsettelse. HIV-smittede er også omfattet av vernet etter EMK artikkel 14.¹¹⁰

EUs rammedirektiv omfatter diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne på arbeidslivets område.

8.2.5 Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Diskrimineringsloven om seksuell orientering gir et vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

8.2.5.1 Seksuell orientering

Seksuell orientering handler om hvem en person blir forelsket i, seksuelt tiltrukket av, og ønsker å være sammen med. De vanligste seksuelle orienteringene er heterofil, homofil, bifil og lesbisk. Noen bruker også skeiv som et uttrykk. Seksuell identitet handler om hvorvidt en person oppfatter og opplever seg som homofil, lesbisk, heterofil, bifil eller noe annet. Begrepene menn som har sex med menn (MSM) og kvinner som har sex med kvinner (KSK) omhandler seksuell praksis, og ikke seksuell identitet og/eller seksuell orientering. Særlige seksuelle preferanser eller aktiviteter, som for eksempel sadomasochisme, tolkes ikke som å omfattes av begrepet seksuell orientering.¹¹¹

8.2.5.2 Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Med kjønnsidentitet menes en persons selvopplevde kjønn. Kjønnsidentitet kan både samsvare, og ikke samsvare, med biologisk kjønn.

Med begrepet kjønnsuttrykk menes hvordan en person, bevisst eller ubevisst, uttrykker seg gjennom oppførsel, klær, utseende, språk osv.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.4.8 side 92.

¹¹¹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.

Diskrimineringsgrunnlaget kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk skiller seg fra de fleste andre diskrimineringsgrunnlagene, fordi de i stor utstrekning bygger på subjektive opplevelser av hvordan personene opplever seg selv. Det vil si at personen selv avgjør om vedkommende omfattes av vernet eller ikke.

Ifølge forarbeidene tar diskrimineringsgrunnlagene kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk særlig sikte på transpersoner. Med transpersoner menes i første rekke personer som har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling eller som er i en slik prosess.¹¹² Grunnlagene forutsetter imidlertid ikke at det foreligger noen diagnose. Definisjonen har ingen skarpe avgrensninger, og verner også mot diskriminering på grunn av en persons mentale eller selvopplevde kjønnsbilde. Det kan for eksempel dreie seg om personer som uttrykker sin kjønnsstilling eller sitt sosiale kjønn med en bestemt klesstil, kroppsspråk eller sminke. De nevnte eksemplene er ikke ment som en uttømmende oppregning av hvilke forhold som kan falle innunder grunnlaget kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Intersex er et paraplybegrep for mange ulike tilstander som gjelder for personer som er født med uklare kjønnskarakteristika. Det betyr at barna ofte ikke kan beskrives som gutt eller jente ved fødselen. I Norge blir personer født med intersextilstander tildelt kjønn som enten kvinne eller mann mens de er spedbarn, og kan få medisinsk og kirurgisk behandling for å fremstå som det tildelte kjønn. I noen land, blant annet Sverige, vurderer man å innføre et tredje kjønn – dette er foreløpig ikke aktuelt i Norge.

Likestillingslovens diskrimineringsbegrep forutsetter en sammenlikningsperson av det motsatte kjønn; menn og kvinner. En intersexperson blir derimot ikke nødvendigvis forskjellsbehandlet fordi hun/han er kvinne/mann, men fordi hun/han utfordrer folks oppfatninger om kjønn. Intersexpersoner er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk i diskrimineringsloven om seksuell orientering, og kan også ha et vern etter likestillingsloven, avhengig av hva slags diskriminering det er snakk om.¹¹³ Se også punkt 8.1.1.1 om diskrimineringsgrunnlaget kjønn.

8.2.5.3 Internasjonale regler

Forbudene mot diskriminering i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, Den europeiske menneskerettskonvensjon og Den europeiske sosialpakt omfatter ikke seksuell orientering uttrykkelig. Et slikt forbud innfortolkes imidlertid i praksis, for eksempel i samlekategorien «annen status» i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 14. Under FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er seksuell orientering innfortolket under grunnlaget «kjønn».

EUs rammedirektiv (2000/78/EF) omfatter diskriminering på grunn av seksuell orientering på arbeidslivets område.

¹¹² Prop. 88 L (2012–2013) s. 119.

¹¹³ Prop. 88 L (2012–2013) s. 159.

8.3 Aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet

8.3.1 Departementets forslag

Departementet drøfter i høringsnotatet kapittel 6.4 om vernet mot diskriminering på grunn av alder bør utvides til alle samfunnsområder.

8.3.2 Gjeldende rett

8.3.2.1 Grunnloven

Grunnloven § 98 annet ledd slår fast at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling», og har dermed i utgangspunktet et åpent diskrimineringsvern. Det er ennå ikke avklart om alder er omfattet av grunnlovsbestemmelsen. Hvis alder skulle være omfattet, vil domstolene trolig legge stor vekt på folkevalgte organers vurdering av om en aldersgrense er saklig, nødvendig og forholdsmessig. Ifølge forarbeidene vil det trolig bare være aktuelt å tilsidesette ordninger knyttet til alder hvis alderskriteriet fremstår som klart usaklig eller vil slå urimelig hardt ut.¹¹⁴

8.3.2.2 Diskrimineringslovene og arbeidsmiljøloven

Alder omfattes av forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Arbeidsmiljøloven gjelder kun i arbeidsforhold. Diskrimineringslovene forbyr ikke diskriminering på grunn av alder.

8.3.3 Menneskerettskonvensjoner

Alder er ikke nevnt i FN-konvensjonene og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), men innfortolkes i «annen status».¹¹⁵ FNs barnekomité har i sine avsluttende merknader til Norges siste rapport til barnekomiteen, oppfordret Norge om å vurdere nøye om det er mulig å utvide lovverket for å beskytte barn mot diskriminering på grunn av alder.¹¹⁶

8.3.4 Anbefaling fra ministerkomiteen i Europarådet

I 2014 vedtok ministerkomiteen i Europarådet en anbefaling om menneskerettighetene til eldre mennesker, der statene anbefales å ta inn et forbud mot aldersdiskriminering i nasjonal diskrimineringslovgivning.

¹¹⁴ Menneskerettsutvalget, Dok. nr. 16 (2011–2012) punkt 26.6.2.7 s. 151. Kontroll- og konstitusjonskomiteen ga uttrykk for lignende synspunkter i Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

¹¹⁵ Blant annet har FNs barnekomité har gitt generelle uttalelser om at alder omfattes av «annen status» i konvensjonens artikkel 2.

¹¹⁶ Avsluttende merknader fra FNs barnekomité, januar 2010, merknad 19 og 20.

8.3.5 EU-direktivforslag fra 2008

EU foreslo i 2008 et direktiv som gir vern mot aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet.¹¹⁷ Forslaget ble diskutert i EU-Parlamentet i 2009, men ble deretter stanset.

Direktivforslaget er et minimumsdirektiv¹¹⁸ og presiserer at det fortsatt skal være anledning å fastsette aldersgrenser for tilgang til blant annet sosiale goder, utdanning og visse varer og tjenester, for eksempel dersom alder er en avgjørende faktor ved en risikovurdering basert på relevante og nøyaktige aktuarmessige eller statistiske data. I tillegg har forslaget en generell unntaksadgang for generelle foranstaltninger fastsatt ved nasjonal lovgivning, som i et demokratisk samfunn er nødvendige av hensyn til offentlig sikkerhet, offentlig orden, for å forebygge forbrytelser, for å beskytte helsen eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

I direktivforslaget foreslås det at delt bevisbyrde skal gjelde for aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet.¹¹⁹

Direktivforslaget er nå til ny vurdering i EU. Det er imidlertid ikke gitt at et nytt direktivforslag vil samsvare med direktivforslaget fra 2008. Slik direktivforslaget foreligger nå, ser det ut til at unntaksadgangen etter det endelige direktivforslaget trolig vil bli noe videre enn direktivforslaget fra 2008. I forslaget til direktiv per 4. desember 2014 og 27. april 2015¹²⁰ er det blant annet gjort unntak for beløp, utredning og varighet av ytelser og tjenester og ved utvelgelsen av slike ytelser og tjenester, for eksempel aldersgrenser. Det er også foreslått å gjøre unntak for rabatter knyttet til ulike aldersgrupper, jf. ny artikkel 2.6c i direktivet.

8.3.6 Andre lands rett

Flere europeiske land har vern mot diskriminering på grunn av alder også utenfor arbeidslivet. Dette gjelder blant annet Sverige, Irland, Finland, Tyskland, Belgia, Bulgaria og Storbritannia. Gjennomgående har det blitt gjort spesifikke unntak fra vernet i tillegg til det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling. Enkelte land har lagt unntaksadgangen i det foreslåtte EU-direktivet til grunn.

Sverige og Irland har gjort unntak for forsikringstjenester og lovbestemte aldersgrenser på de fleste samfunnsområder. I den svenske diskrimineringsloven er nedre aldersgrenser for tilgang til serveringssteder som selger alkohol også tillatt.¹²¹

¹¹⁷ KOM (2008) 426.

¹¹⁸ Det vil derfor ikke være noe i veien å gi regler som gir et bedre vern mot diskriminering etter nasjonal lovgivning enn det som følger av direktivet.

¹¹⁹ Jf. utkastet til direktiv artikkel 8.

¹²⁰ Se

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015705%202014%20ADD%201%20REV%201> og <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8149-2015-INIT/en/pdf>

¹²¹ Den svenske diskrimineringsloven § 12 b nr. 3.

I den finske diskrimineringsloven er det kun gjort unntak fra aldersgrenser som er fastsatt ved lov som utgjør en forutsetning for aldersgrenser knyttet til pensjonsalder og ytelser til uføre («pensionsförmåner och förmåner vid arbetsoförmåga»). Ellers gjelder lovens alminnelige unntaksregler om saklig, nødvendig og forholdsmessig forskjellsbehandling.

I den tyske diskrimineringsloven er det gitt en ikke uttømmende oppregning av eksempler på hvilke formål som vil være saklige ved forskjellsbehandling på grunn av alder, for eksempel aldersgrenser på utesteder, for å beskytte privatlivet eller den personlige sikkerheten.

8.3.7 Ordninger knyttet til alder

Det er fastsatt en rekke aldersgrenser i lov, forskrift, rundskriv, vedtekter, avtaler og i offentlige tilskuddsordninger. Pensjons- og trygdeordninger opererer ofte med regler knyttet til alder, for eksempel pensjonsalder. I noen tilfeller er tilbudet av varer og tjenester betinget av alder. For eksempel er det ofte fastsatt aldersgrenser på utesteder. Prissettingen av en rekke forsikringsprodukter er også basert på risiko knyttet til alder. Andre eksempler er eldre blir nektet boliglån fordi de er for gamle, eller borettslag som har vedtektsfestet at man må ha oppnådd en viss alder for å kjøpe leiligheter i borettslaget. Det er også gitt en rekke aldersgrenser innen sport, kultur og fritid. Mange rabattordninger er også knyttet til bestemte aldersgrupper.

Mange spørsmål er knyttet til økt digitalisering av samfunnet. Ikke alle eldre er like aktive brukere av moderne former for teknologi. Ordninger som stiller krav om innsending av skjemaer på Internett, kun tilbud om betaling med bankkort eller svært høye gebyrer ved betaling med brevgiro mv. kan være en former for tilsynelatende nøytrale praksiser som kan gjøre at eldre stilles dårligere enn andre på grunn av alder.

8.4 Samlekategori

8.4.1 Departementets forslag

Departementet drøfter i høringsnotatet kapittel 6.5 om lovens liste over diskrimineringsgrunnlag bør suppleres av en samlekategori.

8.4.2 Gjeldende rett

8.4.2.1 Grunnloven

Grunnloven § 98 andre ledd slår fast at intet menneske må utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Det grunnlovfestede vernet mot diskriminering er dermed generelt utformet og ikke knyttet til bestemte diskrimineringsgrunnlag.

Under stortingsbehandlingen la Kontroll- og konstitusjonskomiteen til grunn at Grunnloven § 98 annet ledd skal leses som en skranke for lovgiver og en individuell

rettighet.¹²² Komiteens flertall gikk ikke inn for å liste opp spesifikke diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven. Flertallet mente det var for vanskelig å vurdere hvilke grupper som har et behov for vern, og at en opplisting øker faren for å utelate fremtidige grunnlag for diskriminering som nå er vanskelige å forutse. Flertallet mente den åpne bestemmelsen «vil sikre at diskriminering som åpenbart er usaklig og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person, blir omfattet».¹²³ Et fleksibelt diskrimineringsvern følger dermed direkte av Grunnloven.

Forhold som etnisk opprinnelse, kjønn, funksjonsnedsettelse og andre grunnlag som i dag er vernet etter norsk lov vil kunne påberopes som diskrimineringsgrunnlag etter Grunnloven § 98. De nærmere grensene for hvor langt vernet går, er foreløpig uklare. Bestemmelsen ble tatt inn i Grunnloven i 2014, og har så langt i liten grad vært berørt i rettspraksis.

Den enkeltes rett til ikke å bli diskriminert skal trolig først og fremst ivaretas gjennom lovgivningen. Samtidig vil Grunnloven § 98 kunne fungere som en sikkerhetsventil i tilfeller hvor lovgiver ikke har fulgt opp tilstrekkelig med lovgivning. Viser det seg at diskrimineringsloven går kortere enn det som følger av Grunnloven § 98, gir grunnlovsbestemmelsen et selvstendig vern.

8.4.2.2 Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Både likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering er knyttet til bestemte og avgrensede diskrimineringsgrunnlag. Forskjellsbehandling på grunn av andre forhold kan imidlertid være i strid med det generelle saklighetskravet i arbeidsretten eller forvaltningsretten (saklighetsprinsippene stiller krav om at arbeidsgiver eller forvaltning bare skal basere sine avgjørelser på saklige og relevante hensyn). Slik forskjellsbehandling håndheves imidlertid ikke av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

8.4.2.3 Menneskerettighetene og begrepet «annen status»

Et kjennetegn ved diskrimineringsvernet i sentrale menneskerettskonvensjoner er at de ikke har en uttømmende liste av diskrimineringsgrunnlag. Dette gjelder for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 som slår fast at alle personer er like for loven, og at loven skal gi beskyttelse på ethvert grunnlag. EMK artikkel 14 gir vern mot diskriminering også på grunn av «annen status».

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har i sin praksis tolket begrepet «annen status» vidt. EMD har påpekt at EMK artikkel 14 ikke er uttømmende, og at konvensjonens formål er å sikre rettigheter som er praktiske og effektive.

¹²² Innst. 186 S (2012–2013) punkt 2.1.6.

¹²³ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6.

Ifølge EMD omfattes personlige karakteristikk som har likhetstrekk til de opplistede diskrimineringsgrunnlagene, som seksuell orientering, alder, nedsatt funksjonsevne, transseksualisme, helse og nasjonalitet.

EMDs praksis rundt upersonlige karakteristikk spriker

Domstolen har også kommet til at upersonlige karakteristikk kan være vernet av diskrimineringsforbudet. Eksempler på dette er ekteskapelig status, militær rang¹²⁴, ulikheter i fiskerettigheter,¹²⁵ at virksomheten til et grustak hadde blitt pålagt stanset, mens alle andre grustak hadde fått fortsette sin virksomhet,¹²⁶ medlemskap i en organisasjon,¹²⁷ bosted,¹²⁸ immigrasjonsstatus¹²⁹ og ulike vilkår for prøveløslatelse avhengig av lengden av en fengselsstraff.¹³⁰

Domstolens begrunnelser for å omfatte også upersonlige karakteristikk, fremstår som uklare og lite konsekvente. EMDs praksis spriker, både med hensyn til hvilke forhold som faller inn under diskrimineringsvernet, og domstolens begrunnelser for hva som faller inn under diskrimineringsvernet. I enkelte saker nevnes ikke noe vilkår om diskrimineringsgrunnlag eller personlig status, slik at det avgjørende synes å ha vært om den aktuelle forskjellsbehandlingen var saklig eller ikke.¹³¹ I Peterka-saken – som gjaldt diskriminering på grunnlag av varigheten og karakteren av en arbeidskontrakt – påpekte EMD imidlertid at «annen status» bare omfatter personlige karakteristikk som ligner de grunnlagene som er opplistet i konvensjonsteksten.¹³²

På denne bakgrunn gir EMDs praksis begrensede retningslinjer for å skille mellom tilfeller som faller innenfor og utenfor samlekategorien «annen status».

8.4.3 Andre lands rett

Flere land har diskrimineringslover med ikke-uttømmende kategorier med diskrimineringsgrunnlag (samlkategorier). Dette gjelder blant annet Finland, Ungarn,

¹²⁴ Engel and Others v. the Netherlands (Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72), 8 June 1976.

¹²⁵ Alatulkkila and Others v. Finland - 33538/96 July 2005.

¹²⁶ Fredin (No 1) v Sweden A 192 (1991);13 EHRR 784, at paras 60-61.

¹²⁷ Danilenkov and Others v. Russia (No. 67336/01), 30 July 2009; ECtHR, Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy (no. 2) (No. 26740/02), 31 May 2007.

¹²⁸ Carson and Others v. United Kingdom [GC] (No. 42184/05), 16 March 2010.

¹²⁹ Bah v United Kingdom.

¹³⁰ Clift v United Kingdom Application No 7205/07,13 July 2010.

¹³¹ Jf. blant annet Rasmussen v Denmark A 87 (1984);7 EHRR 371 og Maggio and Others v Italy Application No 46286/09,52851/08,53727/08,54486/08 and 56001/08,31 May 2011).

¹³² Peterka v Czech Republic Application No 21990/08, Admissibility, 20 September 2011. Se Gerard, The Discrimination Grounds of Article 14 of the ECHR, Human Rights Law Review, 2013, Oxford University Press.

Latvia, Polen, Canada og Slovenia. I tillegg har en rekke land grunnlovsbestemmelser med ikke-uttømmende oppregninger av diskrimineringsgrunnlag.

8.5 Sammensatt diskriminering

8.5.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet punkt 6.6 at forbudet mot sammensatt diskriminering tydeliggjøres.

8.5.2 Gjeldende rett

Ingen av diskrimineringslovene har uttrykkelige forbud mot sammensatt diskriminering. At sammensatt diskriminering er forbudt, følger imidlertid av at diskriminering på hvert enkelt grunnlag er forbudt og av forarbeidene.¹³³ Ifølge forskrift til diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd skal ombudet «se de ulike diskrimineringsgrunnlagene i sammenheng, utvikle tverrfaglig kompetanse og evne til å håndtere multippel diskriminering og diskriminering i skjæringspunktet mellom kjønn og andre diskrimineringsgrunnlag».

8.5.3 Internasjonale regler

Sammensatt diskriminering er forbudt etter menneskerettighetskonvensjonene

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne er den eneste menneskerettskonvensjonen som gir et uttrykkelig vern mot sammensatt diskriminering. Etter artikkel 6 skal konvensjonsstatene treffe tiltak for å sikre menneskerettighetene og grunnleggende friheter til kvinner med nedsatt funksjonsevne.

Flere konvensjoner inneholder imidlertid ikke-uttømmende oppregninger av diskrimineringsgrunnlag. Det gjelder for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjonen, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs barnekonvensjon. Dette gjør diskrimineringsvernet dynamisk og bedre egnet til å fange opp sammensatt diskriminering.

Alle FN-komiteene har understreket at konvensjonene gir et vern mot sammensatt diskriminering. Dette gjelder også konvensjoner som etter sin ordlyd bare beskytter mot diskriminering på grunn av ett enkelt grunnlag.¹³⁴

¹³³ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 13.5 s. 92.

¹³⁴ Se blant annet FNs kvinnekommisjon i General recommendation No. 28 (2010): on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, avsnitt 18.

Både FNs kvinnekommisjon og FNs rasediskrimineringskommisjon har bemerket at Norge mangler et nasjonalt lovverk for å håndteres med interseksjonell diskriminering.¹³⁵ FNs kvinnekommisjon og FNs rasediskrimineringskommisjon har gitt uttrykk for viktigheten av å rette oppmerksomhet mot særlige utfordringer som minoritetskvinner opplever.¹³⁶ FNs komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har gitt uttrykk for lignende synspunkter.¹³⁷

FNs barnekomite har i både sine generelle kommentarer og landrapporter påpekt at barn kan være utsatt for sammensatt diskriminering.¹³⁸

EU-retten har ikke et uttrykkelig vern mot sammensatt diskriminering

EU-direktivene omfatter bare uttrykkelig opplistede diskrimineringsgrunnlag. EU-rettens system for vern mot diskriminering er derfor mindre egnet til å håndtere problemstillinger som gjelder sammensatt diskriminering. I rasediskrimineringsdirektivets (2000/43) forordens punkt 3 vises det imidlertid til FNs kvinnekommisjonskonvensjon. I forordens punkt 14 heter det at statene skal arbeide for å fremme likestilling mellom menn og kvinner, særlig fordi kvinner ofte er ofre for dobbel diskriminering. Det samme fremgår av rammedirektivets forordens punkt 3. I rasediskrimineringsdirektivet artikkel 17 nr. 2 heter det at statene i sine rapporter skal vurdere hvilken effekt direktivet har hatt på likestilling mellom menn og kvinner.

8.5.4 Andre lands rett

Ingen av de nordiske diskrimineringslovene har egne bestemmelser om sammensatt diskriminering. Storbritannia, Tyskland, Romania, Østerrike og Canada har imidlertid særskilte bestemmelser om sammensatt diskriminering.

Forbudet mot sammensatt diskriminering i den tyske diskrimineringsloven er utformet på følgende måte:

«Where unequal treatment occurs on several of the grounds referred to under Section 1, this unequal treatment may only be justified under Sections 8 to 10 and 20 when the justification extends to all those grounds for which the equal treatment occurred.»

Section 1 omfatter diskrimineringsgrunnlagene rase eller etnisk opprinnelse, kjønn, religion eller livssyn, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering.

¹³⁵ Se en nærmere redegjørelse i Anne Hellum mfl, «Like rettigheter, ulike liv», kapittel 2.

¹³⁶ FNs kvinnekommisjonskommisjons Concluding Observations, eight periodic report Norway 2012, avsnitt 10 c. Se også FNs rasediskrimineringskommisjons Concluding Observations 19th to 20th periodic reports, Norway, 2011, avsnitt 16 og FNs rasediskrimineringskommisjon, General Recommendation No. 25: Gender related dimensions of racial discrimination.

¹³⁷ ØSK-komiteens General Comment No. 20 (2009), punkt 17.

¹³⁸ Se blant annet FNs barnekomiteens General Comment No. 6 (2005) avsnitt 3 og General Comment No. 9 (2006) avsnitt 8 (se Kirsten Sandbergs artikkel «Barnekonvensjonens vern mot sammensatt diskriminering», i Like rettigheter og ulike liv, Hellum og Kohler-Olsen (red.), Gyldendal 2014 s. 69–89.

Den engelske diskrimineringsloven gir et vern mot sammensatt diskriminering. Klageren må selv bevise at han eller hun har blitt behandlet dårligere enn andre som ikke har den aktuelle kombinasjonen av karakteristikker.¹³⁹

9 Forbudet mot diskriminering

9.1 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

9.1.1 Departementets forslag

Departementets forslag til utforming av diskrimineringsforbudet i en felles lov, fremgår av høringsnotatet kapittel 7.1.

9.1.2 Gjeldende rett

9.1.2.1 Kort om diskrimineringsbegrepet

Den eksisterende lovgivningen stiller opp tre kumulative grunnvilkår for å konstatere at noen er blitt diskriminert.¹⁴⁰ For at man skal kunne konstatere at noen er blitt diskriminert, må

- det eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling
- den aktuelle forskjellsbehandlingen ha sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag, og
- forskjellsbehandlingen må ikke være saklig, nødvendig og forholdsmessig.

Vilkårene for diskriminering må ses i sammenheng med bestemmelsene i diskrimineringslovene om delt bevisbyrde, se vedlegget kapittel 17.2.

Diskrimineringsforbudet er likt utformet i likestillingsloven § 5, diskrimineringsloven om etnisitet § 6, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. I forarbeidene til de fire diskrimineringslovene fremhevet departementet at diskrimineringsforbudet «bør ha en generell og overordnet standard, med samme ordlyd og struktur». Diskrimineringsforbudet har derfor hovedsakelig det samme innholdet uavhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen har sammenheng med. Det ble videre påpekt at bestemmelsene i lovene av 2013 skulle videreføre gjeldende regler.¹⁴¹

¹³⁹ Explanatory Notes, avsnitt 64–68.

¹⁴⁰ jf. likestillingsloven § 5, diskrimineringsloven om etnisitet § 6, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

¹⁴¹ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 12.4.1.1 side 82.

9.1.2.2 Det må eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling

Det første vilkåret for å konstatere at noen er blitt diskriminert, er at det må eksistere en situasjon med direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Direkte diskriminering kan defineres som usaklig forskjellsbehandling som er direkte basert på et forbudt grunnlag (eksempelvis kjønn eller etnisitet). Indirekte diskriminering er forskjellsbehandling på et isolert sett nøytralt og legitimt grunnlag, men som fører til skjeve virkninger for bestemte grupper. Ofte beskrives direkte diskriminering som like tilfeller som behandles ulikt, mens indirekte diskriminering beskrives som likebehandling av ulike tilfeller. I forbudet mot indirekte diskriminering ligger det derfor en viss plikt til å behandle forskjellige tilfeller ulikt.

9.1.2.3 Direkte forskjellsbehandling

Direkte forskjellsbehandling er definert som en handling eller unnlattelse som har til formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, og som skyldes ett eller flere av lovens diskrimineringsgrunnlag.¹⁴²

Et kjennetegn ved direkte forskjellsbehandling er at den har direkte årsak i et diskrimineringsgrunnlag, for eksempel en persons kjønn, etnisitet, religion, seksuelle orientering eller funksjonsevne. Direkte forskjellsbehandling kjennetegnes dermed ved at det foreligger et diskriminerende element i handlingen eller dens begrunnelse.¹⁴³ Det kan for eksempel dreie seg om en bestemmelse som krever at man må være av et bestemt kjønn for å få visse rettigheter eller at man må ha en bestemt etnisitet for å få leie bolig.

Formuleringen «formål eller virkning» innebærer at handlingen eller unnlattelsen ikke må ha en diskriminerende hensikt for å omfattes av diskrimineringsforbudet.¹⁴⁴ Det kan altså forekomme diskriminering selv om den som har behandlet noen dårligere enn andre ikke har ment eller ønsket å gjøre dette. Det vil derfor også kunne konstateres diskriminering selv om motivet er skjult og den som forskjellsbehandler benekter å ha et diskriminerende motiv.¹⁴⁵ Det avgjørende er hvilken virkning handlingen eller unnlattelsen har for vedkommende. Dersom for eksempel en arbeidsgiver endrer arbeidsoppgavene til en gravid arbeidstaker med den begrunnelse at dette vil være best for den gravide, vil det likevel kunne være diskriminering hvis dette innebærer at den gravide arbeidstakeren blir degradert mot sitt ønske.¹⁴⁶

¹⁴² Jf. likestillingsloven § 5 annet ledd annet punktum, diskrimineringsloven om etnisitet § 6 annet ledd annet punktum, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 annet ledd annet punktum og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 annet ledd annet punktum.

¹⁴³ NOU 2009: 14 punkt 3.2.5 side 42.

¹⁴⁴ Prop. 88 L 2012–2013) kapittel side 83.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 35 og Rt. 2014 side 402 premiss 60.

¹⁴⁶ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 37/2011

Forbudet mot direkte forskjellsbehandling omfatter handlinger og unnlatelser. Med handlinger menes alle former for praksis, avtaler, vedtak og beslutninger osv.¹⁴⁷ Uttrykket «handling eller unnlattelse» viser at det ikke kreves en aktiv handling for at et forhold skal reise spørsmål om diskriminering. Et eksempel på en unnlattelse kan være at en arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne ikke blir innkalt til intervju til en stilling.

En ytring er verken en handling eller en unnlattelse og vil derfor i utgangspunktet ikke rammes av lovens diskrimineringsforbud. I enkelte tilfeller vil likevel ytringer kunne omfattes av diskrimineringsforbudet. I forarbeidene er det lagt til grunn at stillingsannonser og boligannonser er regnet som handlinger. Forbudet mot diskriminerende stillingsannonser er i tillegg særskilt presisert i alle diskrimineringslovene.

Diskrimineringslovene har egne bestemmelser som forbyr innhenting av visse opplysninger ved ansettelse («spørreforbudet»). Forbudet gjelder spørsmål om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, om graviditet, adopsjon og familieplanlegging, og spørsmål om hvordan søkeren stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål.¹⁴⁸

Spørsmålet om ytringer kan ha en diskriminerende virkning, ble tatt opp i EF-domstolens sak C-54/07, Feryn. Domstolen la til grunn at en arbeidsgivers offentlige uttalelser om at arbeidsgiveren ikke ville ansette marokkanere, var i strid med rasediskrimineringsdirektivets forbud mot direkte diskriminering. EF-domstolen mente arbeidsgiverens offentlige erklæring om at han ikke ville ansette medarbeidere med en bestemt etnisk eller rasemessig opprinnelse, er tilstrekkelig for å skape en formodning for at det forelå en direkte diskriminerende ansettelsespolitikk. Domstolen la vekt på at slike kunngjøringer vil hindre visse kandidater fra å søke på stillinger, noe som ville hindre deres adgang til arbeidsmarkedet. Ytringen ble dermed brukt som et bevismoment for å bevise en diskriminerende ansettelsespolitikk.

Krenkende ytringer kan på selvstendig grunnlag rammes av forbudet mot trakassering, se vedlegget kapittel 10. Ytringer i form av instruks om å diskriminere rammes av forbudet mot instruks, se vedlegget kapittel 12.

9.1.2.4 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte forskjellsbehandling defineres i lovgivningen som *tilsynelatende nøytrale* handlinger, unnlatelser med videre som fører til at personer stilles dårligere enn andre på grunn av for eksempel kjønn, etnisitet, nedsatt funksjonsevne eller seksuell orientering. En mer forenklet definisjon som ofte brukes er at «ulike tilfeller behandles likt». En virksomhets uniformsreglement som forbyr hodeplagg kan for eksempel rammes av forbudet mot indirekte diskriminering. Selv om reglementet forbyr alle typer hodeplagg og dermed gjelder alle ansatte (også ansatte som for eksempel bruker lue av bekvemmelighetsgrunner), vil reglementet særlig ramme personer som bruker hodeplagg

¹⁴⁷ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 2.1.2 side 16.

¹⁴⁸ Se blant annet likestillingsloven 2013 § 28 første ledd, jf. § 18.

av religiøse årsaker. Et annet eksempel er en restaurant som forbyr gjester å ta med dyr inn i restauranten. Et slikt forbud vil gjelde alle personer, men vil reelt sett stille synshemmede personer med førerhund dårligere enn andre restaurantgjester som ikke har behov for førerhund.

Å definere indirekte forskjellsbehandling som at «ulike tilfeller behandles likt», kan i enkelte situasjoner være noe misvisende. Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling kan også omfatte forskjellsbehandling på grunn av forhold som ligger i det aktuelle diskrimineringsgrunnlagets randzone. For eksempel vil forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver kunne ligge i randsonen av diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Det betyr at det kan foreligge en indirekte forskjellsbehandling også i tilfeller der det ikke er lik behandling av ulike grupper. Et annet eksempel er forskjellsbehandling som er begrunnet i statsborgerskap, eksempelvis hvis en utleier krever at alle leietakere må ha norsk statsborgerskap ved utleie av bolig. Et slikt krav om statsborgerskap vil vanskelig kunne ses på som et nøytralt vilkår, og vil derfor innebære en ulik behandling av potensielle leietakere som har sammenheng med etnisitet. Grunnen til at slik forskjellsbehandling bare vil kunne være indirekte – og ikke direkte – forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, er at statsborgerskap ikke er et vernet diskrimineringsgrunnlag. Indirekte diskriminering dekker altså også tilfeller der det er en indirekte sammenheng mellom et diskrimineringsgrunnlag og forskjellsbehandlingen.

I noen tilfeller kan det være vanskelig å vurdere om forskjellsbehandlingen er direkte eller indirekte, for eksempel hvis en arbeidsgiver nekter å utstede ny arbeidsattest til en person som har endret kjønn. En generell nektelse av å utstede nye arbeidsattester uavhengig av årsaken til at attesten ønskes endret, vil kunne innebære en tilsynelatende nøytral handling, unnlattelse, betingelse eller praksis som fører til at personer stilles dårligere enn andre på grunn av sin kjønnsidentitet, og dermed kunne rammes av forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av kjønnsidentitet i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. Nektelsen kan innebære at personer som har skiftet kjønn «stilles dårligere» enn andre arbeidssøkere på grunn av sin kjønnsidentitet, fordi det trolig vil øke risikoen for å bli utsatt for diskriminering på grunn av kjønnsidentitet i ansettelsesprosesser. Hvis arbeidsgiver utsteder nye attester til for eksempel personer som har mistet arbeidsattester, men ikke til personer som har skiftet kjønn, vil det imidlertid være mer aktuelt å karakterisere forholdet som direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet.

Indirekte forskjellsbehandling kan ifølge bestemmelsenes ordlyd omfatte «bestemmelser, betingelser, praksis, handlinger og unnlattelser». Dette innebærer at for eksempel lovbestemmelser, forskriftsbestemmelser og avtalevilkår som fremstår som nøytrale, vil innebære en indirekte forskjellsbehandling hvis bestemmelsene stiller personer som er vernet av et diskrimineringsgrunnlag dårligere enn andre. Eksempler på slike nøytrale regler kan, som nevnt over, være et nøytralt utformet uniformsreglement som forbyr alle

former for hodeplagg.¹⁴⁹ Et annet eksempel er en tariffavtale som trekker fra fravær på grunn av foreldrepermisjon ved ansiennitetsberegning.¹⁵⁰

Det er imidlertid ikke bare nedfelte betingelser, vilkår mv. som kan være indirekte forskjellsbehandling. Også andre praksiser, handlinger og unnlaterer kan rammes av forbudet. Handlinger forstås på samme måte som ved direkte diskriminering. Det vil si at ytringer i utgangspunktet faller utenfor forbudet mot indirekte forskjellsbehandling.

Uttrykket «handling eller unnlattelse» viser at det ikke kreves en aktiv handling for at indirekte forskjellsbehandling kan finne sted, også unnlattelsen av ikke å handle vil omfattes. Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling innebærer dermed en viss plikt til aktive tiltak og tilrettelegging for å sikre reell likebehandling. Det er imidlertid usikkert hvor langt plikten til positive tilretteleggingstiltak etter lovens diskrimineringsforbud strekker seg. Det kan ikke utledes noen plikt til en bestemt form for tilrettelegging. Pliktsubjektet har derfor frihet til å velge hvilke former for tilrettelegging eller tilpasning som skal iverksettes for å unngå å opptre i strid med forbudet mot diskriminering.

Særlig når det gjelder nedsatt funksjonsevne, kan indirekte forskjellsbehandling ta form av å unnlate å tilrettelegge, slik at det ikke oppnås reell likebehandling. Forbudet mot indirekte diskriminering innebærer også at tilbydere av varer og tjenester vil ha en viss plikt til å tilrettelegge praksis, regler og rutiner med tanke på kunder og andre med særskilte behov.

Også manglende tilrettelegging for gravide kan være indirekte kjønnsdiskriminering i strid med likestillingsloven. Dette er slått fast av både Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda i flere saker.¹⁵¹

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har også slått fast at manglende språklig tilrettelegging reiser spørsmål om indirekte diskriminering etter diskrimineringsloven om etnisitet. Nemnda uttalte følgende om dette i sak 52/2013:

«Diskrimineringsloven gir ingen ubetinget rett til individuell tilrettelegging i form av rett til tolk. Nemnda er enig med ombudet i at spørsmålet om språklig tilrettelegging av offentlige tjenester må vurderes som et spørsmål om indirekte diskriminering, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 93:

«Indirekte diskriminering skiller seg fra direkte diskriminering ved at den i en viss utstrekning forutsetter en sammenlikning av grupper av personer. Personer tilhørende en etnisk gruppe kan komme systematisk dårligere ut som følge av strukturer, samfunnsordninger, regler eller praksis som slår uheldig ut i forhold til gruppen.»»

9.1.2.5 Kravet om at forskjellsbehandlingen må være av negativ karakter

For at det skal være tale om diskriminering i rettslig forstand, må forskjellsbehandlingen være av negativ karakter. Det vil si at forskjellsbehandlingen må ha som formål eller

¹⁴⁹ Som nevnt ovenfor.

¹⁵⁰ C-284/02 (Sass).

¹⁵¹ Se blant annet LDN-2008-24, LDN-2010-14 og LDN-2011-41.

virkning at personen «blir behandlet dårligere» enn andre i en tilsvarende situasjon som følge av den direkte forskjellsbehandlingen, eller personer må «stilles dårligere» enn andre som følge av indirekte forskjellsbehandling.¹⁵²

Det innebærer for det første at forskjellsbehandlingen må føre til skade eller ulempe for den som forskjellsbehandles, for eksempel at forskjellsbehandlingen fører til tap av fordeler, økonomisk tap eller færre muligheter sammenlignet med andre i en tilsvarende situasjon. Et eksempel er at en person med en bestemt religiøs tilknytning nektes å kjøpe en bolig. Andre eksempler er at en arbeidstaker går glipp av en lønnsforhøyelse eller andre fordeler, eller blir fratatt arbeidsoppgaver.

Det kreves ikke at den som mener seg diskriminert blir behandlet markert dårligere enn andre. Ifølge diskrimineringsloven om etnisitet fra 2005 var det et vilkår for indirekte forskjellsbehandling utenfor arbeidslivet at personer måtte stilles «særlig ufordelaktig» sammenlignet med andre. Kravet om at forskjellsbehandlingen måtte være særlig ufordelaktig, ble ikke videreført i den nye diskrimineringsloven om etnisitet som ble vedtatt i 2013. Ifølge de fire nye diskrimineringslovene er det tilstrekkelig at man «stilles dårligere» enn andre. Dette gjelder både i og utenfor arbeidsforhold.¹⁵³

Samtidig vil ikke alle ulemper eller alle situasjoner som er uheldige innebære at noen kommer i en «dårligere» stilling i lovens forstand. I forarbeidene til likestillingsloven av 1978 uttalte departementet følgende:

«Felles for begge typer diskriminering som rammes av loven er at de bare omfatter handlinger som har betydning for kjønnes stilling. Uttrykket er ikke presist, men er ment å omfatte de forhold som har en nokså konkret og direkte betydning for personer, man kan si for personens rettsstilling i vid forstand.»¹⁵⁴

I sak 1992-1 uttalte Klagenemnda for likestilling følgende i en sak som gjaldt arrangering av strippeshow:

«Klagenemnda mener at det å avholde strippeshow, i og for seg må ses på som en handling. Men både lovens ordlyd og forarbeider trekker klart i retning av at den handling som skal kunne rammes, må ha en mer direkte virkning for kjønnes stilling enn den type virkninger som kan følge av det å holde strippeshow.

[...]

Klagenemnda er etter dette enig med Likestillingsombudet i at den negative virkning det å arrangere strippeshow kan ha, er for lite konkret og for indirekte i forhold til selve handlingen. Virkningene er ikke av slik art at de har betydning for kjønnes stilling på en slik måte som loven tar sikte på. Den aktuelle handlingen faller derved utenfor det som kan rammes av likestillingsloven.»

¹⁵² jf. eksempelvis likestillingsloven § 5 annet ledd og diskrimineringsloven om etnisitet § 6 annet ledd.

¹⁵³ Prop. 88 L (2012–2013) s. 84

¹⁵⁴ Ot.prp, nr. 33 (1974–1975) s. 26

For at en handling mv. skal kunne sies å stille noen dårligere, må forholdet altså ha en konkret og direkte betydning for bestemte personer. Det er ikke tilstrekkelig at noen føler seg diskriminert.

Av forarbeidene fremgår det også at helt marginale og i praksis ubetydelige ulemper ikke vil oppfylle kravet om negativ virkning.¹⁵⁵

Ved vurderingen av om forskjellsbehandling har hatt en negativ virkning, må det tas utgangspunkt i en objektiv vurdering av hva som vanligvis regnes som en negativ virkning. Hvis det ut fra forholdene i en konkret sak ikke er mulig å vurdere om det objektivt sett foreligger en negativ virkning, typisk ved endrede arbeidsoppgaver, vil personens subjektive oppfatning kunne være av betydning.¹⁵⁶

Handlinger som er egnet til å sette noen i en dårligere stilling

Det er ikke nødvendig at noen har ment, forstått eller burde ha forstått at handlingen ville føre til at en person blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, jf. uttrykket «formål eller virkning». Det er tilstrekkelig at virkningen faktisk blir diskriminerende.¹⁵⁷

Særlig likestillingsloven har blitt tolket slik at det ikke alltid er nødvendig at det har inntruffet en negativ virkning for at en handling, unnlattelse mv. skal kunne sies å ha stilt noen dårligere. I sak 1992-10 uttalte Klagenemnda for likestilling følgende:

«Klagenemnda har også lagt vekt på at det ikke kan anses godtgjort at A er blitt skadelidende på grunn av Vegkontorets handling. Riktignok vil en handling kunne være i strid med loven dersom den ut fra sin art er egnet til å ramme det ene kjønn på urimelig måte, uansett om det er mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfellet. Samtidig vil også spørsmålet om de mulige konkrete skadevirkningene komme inn ved urimelighetsvurderingen og derved ha betydning for avgrensningen av de tilfeller som rammes av loven. Når det gjelder situasjonen i dette tilfellet, vil Klagenemnda bemerke at den klart ser betydningen av å opprettholde et arbeidsforhold under en permisjonstid.»

At forskjellsbehandling som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, etter omstendighetene kan rammes av likestillingsloven, følger også av forarbeidene til likestillingsloven, hvor det blant annet vises til sak 1992-10.¹⁵⁸ I Rt. 2014 s. 402 la imidlertid Høyesterett til grunn at likestillingsloven ikke var brutt da arbeidsgiveren ikke hadde lagt *avgjørende vekt* på at søkeren som fikk stillingen var kvinne. At det ble ansett som positivt at hun var kvinne, var ifølge Høyesterett kun et tilleggsmoment uten avgjørende betydning.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 102

¹⁵⁶ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 7/2006 og 22/2006.

¹⁵⁷ Se blant annet Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.3.2.3 side 94–95 og Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 12.4.1.1 side 83. Dette er også presisert i Rt. 2014 side 402 premiss 59.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) kapittel 6.1.1 side 27, hvor det blant annet vises til Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 1992/10 som nevnt over.

Det er uttrykkelig presisert i forarbeidene at det ikke gjelder et krav om konstatert negativ virkning for at annonser, løpesedler og lignende med diskriminerende innhold skal være ulovlige.¹⁵⁹ Det samme gjelder ved instruksjer om å diskriminere.¹⁶⁰ Etter departementets syn vil diskriminerende annonser mv. ha en diskriminerende virkning i seg selv, fordi annonsen kan føre til at personer lar være å søke på stillinger. I tillegg er det ikke krav om negativ virkning ved instruksjer om å diskriminere.

9.1.2.6 Kravet til faktisk eller hypotetisk sammenligningsperson

Personen må bli behandlet dårligere enn andre i en «tilsvarende situasjon» som følge av direkte forskjellsbehandling, eller personer må «stilles dårligere enn andre» som følge av indirekte forskjellsbehandling.¹⁶¹ Kravet til sammenligningsperson er dermed utformet noe ulikt for direkte og indirekte forskjellsbehandling.

For at *direkte forskjellsbehandling* skal finne sted er det som utgangspunkt en forutsetning at det foreligger to like eller tilsvarende situasjoner og at disse tilfellene behandles ulikt («like tilfeller behandles ulikt»). Det må altså foretas en sammenligning mellom situasjonen til personen som mener seg diskriminert og situasjonen til en eller flere faktiske eller hypotetiske personer i en tilsvarende situasjon.¹⁶² Det avgjørende er at det sammenlignes med en person som er i en tilsvarende situasjon, men som ikke besitter det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget som forskjellsbehandlingen skjer på grunn av. Det betyr at diskrimineringsforbudet omfatter tilfeller der det må legges til grunn at en person blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Eksempler på faktiske sammenligningspersoner kan være at en kollega sammenlignes med en annen kollega, at en arbeidssøker sammenlignes med annen arbeidssøker, at en student sammenlignes med en annen student eller at en kunde sammenlignes med en annen kunde. Som et eksempel på hypotetisk sammenligning kan det nevnes at en person med en bestemt etnisk tilknytning ikke blir ansatt i en stilling vedkommende søkte på. Personen vil kunne påberope seg lovens diskrimineringsforbud selv om det ikke var andre som søkte på stillingen.

Det avgjørende er dermed om det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget er vektlagt til ugunst for den som mener seg diskriminert. Kravet til faktisk eller hypotetisk sammenligningsperson er da et godt redskap ved vurderingen av om vedkommende er behandlet dårligere enn andre. Dersom for eksempel en kvinne mener seg direkte diskriminert på grunn av kjønn, er det ikke et krav at sammenligningspersonen er en mann, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 29 og 30 hvor det uttales:

«For det andre er det klart at det kan sammenlignes kvinner imellom. Det avgjørende kriterium er om den forfordelte kvinnen er kommet i en dårligere stilling fordi hun er i en

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) kapittel 10.3.2.3 side 95.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) side 110, Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) side 27 flg.

¹⁶¹ jf. eksempelvis likestillingsloven § 5 annet ledd og diskrimineringsloven om etnisitet § 6 annet ledd.

¹⁶² Prop. 88 L (2012–2013) punkt 12.4.1.1 side 83.

stilling som er typisk for kvinner eller som i liten grad omfatter menn. Det finnes flere eksempler på at gravide eller kvinner i fødselspermisjon har blitt forbigått av andre kvinner ved ansettelser og har fått medhold i at det har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven.»

Hvorvidt to personer befinner seg i en sammenlignbar situasjon, er ikke alltid innlysende. Vurderingen av om to situasjoner er så like at de må behandles likt, eller så ulike at de må behandles ulikt, beror på en konkret vurdering.¹⁶³ For eksempel kan en arbeidstaker være i en sammenlignbar situasjon som en kollega. Det er imidlertid et vilkår at det etter en objektiv vurdering av situasjonen er rimelig og naturlig at individene behandles likt. Dersom for eksempel en mann mener seg diskriminert på grunn av kjønn i forbindelse med tilsetning i en stilling, men mannen er mindre kvalifisert enn kvinnen som ble ansatt, er ikke mannen i en tilsvarende situasjon som kvinnen. Normalt vil ulike kvalifikasjoner i form av for eksempel utdanning, erfaring osv. medføre at arbeidstakere ikke er i en «tilsvarende situasjon», og dermed ikke omfattes av definisjonen av forskjellsbehandling.¹⁶⁴

Høyesterett klargjorde i Rt. 2014 s. 402 at likestillingsloven *ikke* har som formål å sikre at det ulovfestede prinsippet om at den som er best kvalifisert skal ansettes i en stilling (kvalifikasjonsprinsippet) blir oppfylt. Formålet er kun å sikre at kvinner og menn ikke blir stilt ulikt fordi de er av forskjellig kjønn. Høyesterett fremhevet dessuten at likestillingsloven av 1978 «ikke uten videre [er] brutt selv om den som er ansatt har dårligere kvalifikasjoner enn den som hevder seg forbigått. Ved ansettelse er det avgjørende hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiveren mener den som ansettes bør ha, og hvordan han totalt sett bedømmer søkerens kvalifikasjoner».¹⁶⁵ Høyesterett uttalte at det ikke lå innenfor domstolenes kompetanse å overprøve hensiktsmessigheten av slike kvalifikasjonskrav. Derimot kunne domstolen foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene, og prøve om kvalifikasjonskravene arbeidsgiveren har stilt, faktisk er oppfylt. Høyesterett uttalte at slike vurderinger ofte innebærer elementer av faglig skjønn, og at domstolen må vise tilbakeholdenhet med å sette sine vurderinger over arbeidsgivers.

Ved *indirekte forskjellsbehandling* må sammenligningen baseres på om det er en forskjell mellom de som kan oppfylle det bestemte nøytrale kriteriet, bestemmelsen eller praksisen, og de som ikke kan det. Det er en forutsetning at personer «stilles dårligere enn andre». Dette må forstås som andre det er naturlig å sammenligne seg med. Hvorvidt det foreligger en sammenlignbar situasjon, beror på en konkret vurdering.

Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling har en gruppetilnærming som utgangspunkt. Det betyr at det i stor utstrekning må foretas en sammenligning mellom grupper. Når det gjelder indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, har Likestillings- og diskrimineringsnemnda lagt til grunn at et vesentlig høyere antall av det ene kjønn må

¹⁶³ Se blant annet Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) side 206.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) punkt 8.3.5 side 35.

¹⁶⁵ Rt. 2014 s. 402, avsnitt 57.

rammes. Nemnda uttalte følgende i sak 23/2008, som gjaldt spørsmålet om det forelå indirekte diskriminering ved lønnsfastsettelse:

«Etter forarbeider og praksis fra EF-domstolen kreves at et vesentlig større antall kvinner enn menn rammes. Nemnda finner at dette er tilfelle i denne saken. Det vises til at det kun er kvinner i stillingene som avdelingssykepleiere i kommunen. Av totalt 13 mellomleder- eller fagkoordinatorstillinger på teknisk sektor i kommunen er to besatt av kvinner. Ni av stillingene er besatt av menn, og to er for tiden ubesatte. Nemnda er klar over at dette er et lite statistisk grunnlag. Da kjønnsfordelingen samsvarer med kjønns sammensetningen av disse yrkesgruppene mer generelt og derfor ikke kan regnes som tilfeldig, er Nemnda kommet til at vilkåret om kjønnskjev virkning må anses for oppfylt.»

Dette innebærer ikke at det er et krav at skjevheten må avdekkes ved hjelp av statistikk. I mange tilfeller vil slike skjevheter være allment kjent.

Hvis det bare er én person som rammes, må det foreligge en typiskhet i dette. Et enkeltstående uheldig utfall som ikke er typisk for det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, vil altså ikke rammes.

9.1.2.7 Det må være årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget

Det andre vilkåret for å konstatere at noen er diskriminert, er at forskjellsbehandlingen «skyldes» diskrimineringsgrunnlaget (direkte diskriminering) eller «skjer på grunn av» diskrimineringsgrunnlaget (indirekte diskriminering), jf. blant annet likestillingsloven § 5 annet ledd. For både direkte og indirekte diskriminering kreves det årsakssammenheng mellom det faktum at personen blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, og det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget. For eksempel vil forskjellsbehandling i forbindelse med en ansettelse bare være i strid med loven dersom det er lagt avgjørende vekt på kjønn.¹⁶⁶ Dersom arbeidsgiveren ville ha ansatt personen uansett kjønn, foreligger det ikke kjønnsdiskriminering selv om arbeidsgiveren har sett det som positivt at personen var av et bestemt kjønn. Personens kjønn er da et tilleggsargument uten avgjørende betydning.¹⁶⁷

En oppsigelse av en person med nedsatt funksjonsevne vil heller ikke være diskriminerende dersom den er grunnet på dårlige arbeidsprestasjoner uavhengig av personens nedsatte funksjonsevne.

Årsakssammenhengen vil fremstå sterkest dersom den som forskjellsbehandler, hadde til formål å stille en person dårligere på grunn av et diskrimineringsgrunnlag. Verken for direkte eller indirekte forskjellsbehandling kreves det imidlertid at man har til hensikt å opptre diskriminerende.¹⁶⁸ Det er tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen har sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag.

¹⁶⁶ Rt. 2014 side 402 premiss 55.

¹⁶⁷ Rt. 2014 side 402 premiss 58.

¹⁶⁸ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 12.4.1.1 side 83.

Faktisk, antatt, tidligere eller fremtidige forhold

Forbudet gjelder også diskriminering «på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig» etnisitet, nedsatt funksjonsevne osv.¹⁶⁹ Diskrimineringslovene forutsetter altså at kravet til årsakssammenheng er oppfylt blant annet ved antagelser. Et eksempel på forskjellsbehandling på grunn av antagelser om en person, kan ifølge forarbeidene være at en kvinnelig arbeidstaker blir forskjellsbehandlet på grunn av at arbeidsgiver antar at kvinnen vil ta ut lang foreldrepermisjon. Det har ingen betydning om antakelsen er feil, om den viser seg å slå til, eller om den statistisk sett må påregnes å slå til.¹⁷⁰ Et annet eksempel er at dørvakter på et utested har fordommer mot homofile og nekter en person inngang til utestedet fordi dørvaktene feilaktig tror vedkommende er homofil.

Tilknytningsdiskriminering

Diskrimineringslovgivningen verner også mot forskjellsbehandling på grunn av egenskaper ved en person som den som forskjellsbehandles, har tilknytning til (såkalt tilknytningsdiskriminering).¹⁷¹ Det innebærer at diskrimineringsforbudet omfatter forskjellsbehandling på grunn av andres egenskaper. Et eksempel på tilknytningsdiskriminering kan være at en person ikke får en jobb fordi vedkommende har et barn med nedsatt funksjonsevne.

Dette betyr at diskrimineringsforbudet vil gjelde uavhengig av om forskjellsbehandlingen er begrunnet i forhold ved den som blir forskjellsbehandlet eller forhold ved andre personer, forutsatt at det foreligger en nødvendig tilknytning mellom personen med de aktuelle egenskapene og den som forskjellsbehandles. Dersom en person blir diskriminert på grunn av sin tilknytning til en annen person som er vernet av et diskrimineringsgrunnlag, er årsaken til diskrimineringen like fullt et vernet diskrimineringsgrunnlag. Et forbud mot tilknytningsdiskriminering er dermed egnet til å fremme formålet med diskrimineringslovgivningen.

Hvor nær tilknytning som kreves, beror ifølge forarbeidene på en konkret vurdering. Det kan være tale om nære relasjoner som slektskap, vennskap eller ekteskap eller mer tilfeldige relasjoner som at man er i samme gruppe som ønsker å komme inn på et utested.¹⁷² Det er likevel et krav om at forskjellsbehandlingen er knyttet til ett eller flere av diskrimineringsgrunnlagene som loven nevner, jf. uttrykksmåten «på grunn av» et diskrimineringsgrunnlag som den som forskjellsbehandles har tilknytning til. Det er med andre ord et krav til årsakssammenheng mellom den dårlige behandlingen og det aktuelle

¹⁶⁹ jf. likestillingsloven § 5 første ledd tredje og fjerde punktum, diskrimineringsloven om etnisitet § 6 første ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 første ledd og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 første ledd.

¹⁷⁰ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 20.2 side 85.

¹⁷¹ jf. likestillingsloven § 5 første ledd siste punktum, diskrimineringsloven om etnisitet § 6 første ledd siste punktum, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 første ledd siste punktum og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 første ledd siste punktum.

¹⁷² Prop. 88 L (2012–2013) punkt 12.4.1.3 side 85.

diskrimineringsgrunnlaget. Jo fjernere tilknytningen mellom personene er, desto mindre sannsynlig er det at forskjellsbehandlingen har skjedd på grunn av andres egenskaper.

Juridiske personer er ikke omfattet av vernet mot tilknytningsdiskriminering.

9.1.2.8 Forskjellsbehandlingen må ikke være lovlig

Det tredje og siste vilkåret for å konstatere at noen er blitt diskriminert, er at forskjellsbehandlingen ikke likevel er lovlig. Før man konstaterer at noen er blitt diskriminert, må man altså vurdere om handlingen likevel er lovlig etter reglene om lovlig forskjellsbehandling eller positiv særbehandling.

9.1.2.9 Diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven

I motsetning til de fire diskrimineringslovene, som benytter uttrykket direkte og indirekte forskjellsbehandling, benytter arbeidsmiljøloven uttrykksmåten direkte og indirekte diskriminering. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 inneholder ingen definisjon av direkte og indirekte diskriminering. Ettersom arbeidsmiljøloven kapittel 13 i all hovedsak er en gjennomføring av EUs rammedirektiv (Rådsdirektiv 2000/78/EF), må imidlertid begrepene direkte og indirekte diskriminering tolkes i samsvar med direktivets definisjoner.

Arbeidsmiljøloven gir vern mot diskriminering på grunn av blant annet alder. Hvorvidt kravet til årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlaget alder er oppfylt, kan ofte være tvilsomt. Dersom en arbeidsgiver legger vekt på for eksempel erfaring og modenhet, er dette forhold som kan sies å være knyttet til både objektive kvalifikasjonskrav for en stilling og eldre personer. Dersom en arbeidsgiver søker etter personer som er fysisk sterke, har innblikk i motebildet for unge, dataferdigheter eller lignende, er også i utgangspunktet å regne som kvalifikasjonskrav, men som typisk er knyttet egenskaper ved yngre personer. Slike omstendigheter kan innebære indirekte forskjellsbehandling. Det avgjørende vil da være om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig fordi den er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles.

9.1.3 Diskrimineringsforbudene i internasjonale menneskerettskonvensjoner

Diskrimineringsforbudene er utformet på ulike måter i menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av. FNs menneskerettighetskomité definerer begrepet forskjellsbehandling som enhver forskjell, utestengning, begrensning eller preferanse basert på noen av diskrimineringsgrunnlagene som er vernet.

Flere menneskerettskonvensjoner, herunder EMK, SP, ØSK, BK og KDK, skiller ikke uttrykkelig mellom direkte og indirekte diskriminering, men omfatter begge deler.¹⁷³ ØSK artikkel 2 benytter uttrykket «uten forskjellsbehandling av noen art».

I EMK artikkel 14 heter det at «[u]tøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase,

¹⁷³ Se blant annet FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 1 nr. 1 og FNs konvensjon om rettighetene for personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 2 tredje ledd.

farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status». Artikkel 14 har en såkalt aksessorisk karakter, som innebærer at bestemmelsen ikke etablerer et selvstendig diskrimineringsvern, men kun kommer til anvendelse dersom et saksforhold faller innenfor en av konvensjonens øvrige bestemmelser. Det er imidlertid ikke et vilkår at det foreligger brudd på en av konvensjonens øvrige bestemmelser.

Ifølge EMDs praksis skal det tolkes inn et vern mot både direkte og indirekte diskriminering i konvensjonens diskrimineringsforbud.¹⁷⁴

EMD har definert direkte forskjellsbehandling som «a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar situations»¹⁷⁵ som er som er «based on an identifiable characteristic».¹⁷⁶

EMD har definert indirekte forskjellsbehandling som «a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group».¹⁷⁷

Etter EMDs praksis er det klageren som må bevise at vedkommende har blitt utsatt for forskjellsbehandling, mens det er opp til staten å bevise at forskjellsbehandlingen er «objective and reasonable».¹⁷⁸ For å være tillatt må forskjellsbehandlingen bygge på en objektiv og rimelig begrunnelse (omtalt som «the objective and reasonable justification test»). I dette ligger et krav om at det må foreligge en saklig begrunnelse for forskjellsbehandlingen, og at det er forholdsmessighet mellom forskjellsbehandlingen og målet som søkes fremmet. Forskjellsbehandlingen må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.

Det skal mer til for å bevise direkte diskriminering enn indirekte diskriminering.¹⁷⁹ EMD har i den samme dommen understreket betydningen av offisielle statistikker for å underbygge påstander om indirekte diskriminering, men at indirekte diskriminering også vil kunne bevises uten hjelp av offisielle statistikker.¹⁸⁰

¹⁷⁴ *Thlimennos mot Hellas* og *D.H. mfl. mot Tsjekkia*, EMDN-2000-57325-2 (13.11.2007) premiss 184.

¹⁷⁵ *Fredin mot Sverige* (klagenummer 12033/86), 12. februar 1991.

¹⁷⁶ *Stubbings mfl mot Storbritannia* (klagenummer 22083/93 og 22095/93) 22. oktober 1996 og *Carson mfl mot Storbritannia* (klagenummer 42184/05), 16. mars 2010, premiss 61.

¹⁷⁷ Se blant annet *D.H. mfl. mot Tsjekkia*, EMDN-2000-57325-2 (13.11.2007) premiss 184, *Opuz mot Tyrkia*, klagenummer 33401/02), 9. juni 2009, premiss 183 og *Zarb Adami mot Malta* (klagenummer 17209/02), 20. juni 2006, premiss 80.

¹⁷⁸ *Chassagnou mfl mot Frankrike* (klagenummer 25088/94, 28331/95 og 28443/95) 29. april 1999, premiss 91–92.

¹⁷⁹ Se *D.H. mfl mot Tsjekkia* (klagenummer 57325/00), 13. november 2007, premiss 186.

¹⁸⁰ *D.H. mfl mot Tsjekkia* (klagenummer 57325/00), 13. november 2007, premiss 187 og 188.

I FNs kvinnediskrimineringskonvensjon er diskrimineringsforbudet formulert langt mer detaljert.¹⁸¹

Tilknytningsdiskriminering

Barnekonvensjonen er den eneste av menneskerettskonvensjonene som gir et uttrykkelig vern mot tilknytningsdiskriminering. Etter barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 2 skal konvensjonspartene treffe alle egnede tiltak for å sikre at barnet beskyttes mot enhver form for diskriminering eller straff «på grunn av sine foreldres, sin verges eller familiemedlemmers stilling, virksomhet, meningsytringer eller tro».

9.1.4 Diskrimineringsbegrepet i EU-direktiver

Diskrimineringsforbud

Begrepet diskriminering, herunder begrepene direkte og indirekte diskriminering, anvendes i en rekke EU-direktiver. Begrepene direkte og indirekte diskriminering er i gitt en lik utforming i EU-direktivene. Som eksempel på EU-direktivenes definisjon av direkte og indirekte diskriminering, siteres definisjonene inntatt i Likestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF) artikkel 2 nr. 1 bokstav a og b:

«a) »direkte forskjellsbehandling«: at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation

b) »indirekte forskjellsbehandling«: at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige»

Definisjonen av direkte diskriminering er mer kortfattet enn definisjonene i de norske diskrimineringslovene. Diskrimineringsens «direkte» element er ivaretatt ved uttrykket «på grund af». Det er ikke nødvendig at den som forskjellsbehandler har hatt til hensikt å diskriminere. Det er tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen er begrunnet med eller knyttet forhold som er uløselig knyttet til kjønn.¹⁸²

Definisjonen av indirekte forskjellsbehandling er knyttet direkte opp mot adgangen til tillatt forskjellsbehandling. Uttrykksmåten «særlig ufordelagtigt» synes å stille krav om en kvalifisert ulempe. I de norske diskrimineringslovene benyttes uttrykket «stilles dårligere». Norsk diskrimineringslovgivning gir dermed et sterkere vern mot indirekte diskriminering enn etter EU-direktivene.

¹⁸¹ I artikkel 1 heter det: «I denne konvensjon menes med uttrykket 'diskriminering av kvinner', enhver forskjellsbehandling, utestengning eller begrensning på grunnlag av kjønn som har som virkning eller formål å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller ethvert annet område, uavhengig av sivilstatus og med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt.»

¹⁸² Se Generaladvokat Jacobs uttalelse i C-79/99 (Schnorbus mot Land Hessen), avsnitt 33.

I den danske versjonen av Likestillingsdirektivet benyttes uttrykket «stiller» personer av det ene kjønn særlig ufordelaktig. I den engelske oversettelsen er imidlertid uttrykket «would put» benyttet.¹⁸³ Dette gir uttrykk for at også bestemmelser, betingelser eller praksiser som er *egnet* til å diskriminere, omfattes.¹⁸⁴ I fortalene til EU-direktivene er det slått fast at statistisk materiale kan benyttes for å dokumentere indirekte diskriminering, men at indirekte diskriminering også kan konstateres «på enhver anden måte».¹⁸⁵ Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at statistisk materiale ofte vil være nødvendig for å ha et tilstrekkelig godt grunnlag for å foreta sammenligningsvurderingene som direktivene legger opp til.¹⁸⁶ I Schnorbus-saken (C-79/99), som gjaldt indirekte kjønnsdiskriminering, slo EU-domstolen fast at det ikke var nødvendig å analysere de konkrete følgene av anvendelsen av tilsynelatende nøytrale bestemmelser som ble hevdet å være indirekte diskriminerende. Etter domstolens syn var det tilstrekkelig å konstatere at praktiseringen av bestemmelsene tydet på indirekte diskriminering.

EU-direktivene inneholder ikke et uttrykkelig krav om årsakssammenheng mellom en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis og et diskrimineringsgrunnlag som omfattes av direktivene. Kravet til årsakssammenheng ligger likevel implisitt i formuleringen «stiller personer av det ene kjønn særlig ufordelaktig i forhold til personer av det andet kjønn».¹⁸⁷ Både ved direkte og indirekte diskriminering er det tilstrekkelig for å konstatere årsakssammenheng at den som mener seg diskriminert ikke ville blitt stilt dårligere dersom diskrimineringsgrunnlaget tenkes borte.¹⁸⁸

Ingen av direktivene gir et uttrykkelig vern mot diskriminering på grunn av antatte forhold, for eksempel dersom en person diskrimineres andre tror vedkommende er homofil. Dette vil likevel kunne tolkes inn i kravet til årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og forskjellsbehandlingen. EU-domstolen har foreløpig ikke tatt stilling til om direktivene gir et vern mot diskriminering på grunn av antatte forhold. EU-domstolens begrunnelse for å tolke inn et vern tilknytningsdiskriminering i kravet til årsakssammenheng ved direkte diskriminering, gjør seg også gjeldende ved diskriminering på grunn av antatte forhold, fordi forskjellsbehandlingen i begge tilfeller vil være knyttet til et diskrimineringsgrunnlag. Det er derfor mulig at EU-domstolen i

¹⁸³ Direktiv 2000/43/EF art. 2 nr. 2 b, direktiv 2000/78/EF artikkel 2 nr. 2 b og direktiv 2002/73/EF artikkel 2 nr. 2.

¹⁸⁴ Vibeke Blaker Strand, «Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?», publisert i Lov og Rett 2007 s 131–153 - (LOR-2007-131), se punkt 4.3.2 s. 145. Blaker Strand påpeker at direktivenes ordlyd ble «bevisst valgt for å gjøre den bevismessige situasjonen enklere. Det ble også lagt vekt på at det er ønskelig å avskaffe praksiser som kan ha indirekte diskriminerende virkninger også før slike konkrete virkninger har oppstått.»

¹⁸⁵ Fortalens punkt 15 i direktiv 2000/43/EF, fortalens punkt 15 i direktiv 2000/78/EF og fortalens punkt 10 i direktiv 2002/73/EF.

¹⁸⁶ Se blant annet C-167/97 (1999).

¹⁸⁷ jf. blant annet Likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav b.

¹⁸⁸ C-171/88 (Rinner-Kuhn mot FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH).

fremtiden vil komme til at direktivene gir vern mot diskriminering på grunn av antatte forhold.

EU-domstolen har slått fast at det er forskjellsbehandling på grunn av kjønn dersom forskjellsbehandlingen har sammenheng med forhold som bare gjelder det ene kjønn, for eksempel graviditet, selv om det ikke finnes noen faktisk eller hypotetisk sammenligningsperson.¹⁸⁹ Tilsvarende er foreløpig ikke lagt til grunn for andre diskrimineringsgrunnlag.

De nevnte direktivene er minimumsdirektiver¹⁹⁰, og hindrer derfor ikke at det kan gis et sterkere diskrimineringsvern etter norsk intern rett.

Når det gjelder hvilke former for forskjellsbehandling som direktivene gir adgang til, vises det til vedlegget kapittel 9.2.2.

Tilknytningsdiskriminering

Diskrimineringsforbudet i EU-direktivene omfatter ikke uttrykkelig tilknytningsdiskriminering. EU-domstolen har imidlertid slått fast at direktivet om likebehandling i arbeidslivet (direktiv 2006/54/EF) gir et vern mot tilknytningsdiskriminering. I *Coleman*-saken C-303/06, slo EU-domstolen fast at en arbeidstaker var blitt forskjellsbehandlet på grunn av sitt barns nedsatte funksjonsevne. EU-domstolen begrunnet standpunktet med at EU-direktivet etter sin ordlyd og formål skal beskytte mot diskriminering *på grunn av* diskrimineringsgrunnlagene som er gitt et vern i direktivet.¹⁹¹ EU-domstolen ser dermed ut til å tolke inn et vern mot tilknytningsdiskriminering i kravet til årsakssammenheng. Avgjørelsen gjaldt direkte diskriminering. EU-domstolen har ikke avgjort om det gjelder et vern mot tilknytningsdiskriminering ved indirekte diskriminering.

9.1.5 Nordisk rett

Diskrimineringsforbudene i de nordiske landene er formulert tett opptil definisjonene i EU-direktivene, se den finske diskrimineringsloven 12 §, den svenske diskrimineringsloven 2 kap. 2 § og den danske likebehandlingsloven § 13.

Den svenske diskrimineringsloven har ikke et uttrykkelig lovfestet et vern mot tilknytningsdiskriminering. I forarbeidene legges det likevel til grunn at tilknytningsdiskriminering rammes av forbudet mot direkte diskriminering i den svenske diskrimineringsloven 1 kap. 1 §.¹⁹² Heller ikke Danmark og Finland har et uttrykkelig forbud mot tilknytningsdiskriminering. Spørsmålet ble ikke omtalt i proposisjonen til den nye finske diskrimineringsloven.¹⁹³

¹⁸⁹ EU-domstolens dom C-177/88 (Dekker).

¹⁹⁰ jf. blant annet Ligestillingsdirektivet artikkel 27.

¹⁹¹ C-303/06 (Coleman) premiss 38.

¹⁹² Prop. 2011/12:159 side 26.

¹⁹³ RP 19/2014 rd.

9.2 Lovlig forskjellsbehandling

9.2.1 Departementets forslag

Departementet vurderer, og kommer med forslag til, hvordan lovens adgang til lovlig forskjellsbehandling bør utformes i høringsnotatet kapittel 7.2.

9.2.2 Gjeldende rett

Før det kan slås fast om noen har blitt diskriminert, må det vurderes om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig. Strukturen med å skille forbudet mot diskriminering fra bestemmelsene som regulerer adgangen til lovlig forskjellsbehandling, er lik for alle de fire diskrimineringslovene.

Da de fire nye diskrimineringslovene trådte i kraft 1. januar 2014, ble gjeldende unntaksbestemmelser for saklig forskjellsbehandling i de tidligere diskrimineringslovene erstattet med én generell, likelydende bestemmelse i likestillingsloven § 6, diskrimineringsloven om etnisitet § 7, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6.

Samtidig som lovendringene i 2013 innebar en forenkling og sammenslåing av gjeldende regler, forutsetter forarbeidene at lovendringene ikke innebar noen innholdsmessige endringer i unntaksadgangen etter gjeldende rett.¹⁹⁴ I hvilken grad det er adgang til lovlig forskjellsbehandling, avhenger derfor både av både hvilket diskrimineringsgrunnlag forskjellsbehandlingen gjelder, hva slags rettigheter forskjellsbehandlingen påvirker, hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen forekommer på og om forskjellsbehandlingen er direkte eller indirekte.

Forskjellsbehandling i trossamfunn skal vurderes etter den generelle unntaksbestemmelsen. For en redegjørelse for gjeldende rett om adgangen til forskjellsbehandling i trossamfunn etter den generelle unntaksbestemmelsen, se Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) og Prop. 88 L (2012–2013) punkt 12.4.2.2 side 88.

9.2.2.1 Vilåårene for lovlig forskjellsbehandling

Likestillingsloven § 6, diskrimineringsloven om etnisitet § 7, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6 stiller opp tre kumulative vilkår for at en forskjellsbehandling skal være lovlig. For det første må forskjellsbehandlingen ha et saklig formål (saklighet). For det andre må forskjellsbehandlingen være nødvendig for å oppnå det saklige formålet (nødvendighet). For det tredje må det foretas en forholdsmessighetsvurdering; det må være et rimelig forhold mellom formålet man ønsker å oppnå, og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere (forholdsmessighet). *Krav om saklighet*

Kravet til saklig formål innebærer at handlingen må bygge på et korrekt faktum og at formålet etter en konkret vurdering må fremstå som rimelig eller legitimt. Det er en rekke formål som kan tenkes å være saklige. Det avgjørende er om det dreier seg om en

¹⁹⁴ Prop. 88 L (2012–2013) side 86–87.

beskyttelsesverdig interesse. Eksempler på saklige formål er hensynet til bluferdighet og til andres helse og sikkerhet. Også økonomiske hensyn kan etter omstendighetene være saklige.

Et vurderingstema vil være om formålet er av en slik art at prinsippet om ikke-diskriminering bør vike.¹⁹⁵ Det innebærer at forskjellsbehandlingen etter en objektiv vurdering må bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader mv som likebehandling vil innebære.¹⁹⁶ Hva som er et saklig formål kan derfor ikke fastlegges generelt, men vil avhenge av de konkrete forholdene i hver enkelt sak. Egne fordommer er ikke en saklig grunn. For eksempel har EF-domstolen slått fast at en nektelse av å ansette arbeidssøkere med en bestemt etnisk opprinnelse ikke kan forsvares med begrunnelsen at virksomheten vil miste kunder.¹⁹⁷ *Krav til nødvendighet*

Forskjellsbehandlingen må videre være nødvendig for å oppnå formålet. Nødvendigheten av forskjellsbehandlingen må vurderes konkret. Hvis det finnes andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, og som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, vil dette være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig.¹⁹⁸

Det må innfortolkes et krav om at forskjellsbehandlingen må være *egnet* til å nå det saklige formålet. Kravet om egnethet fremgår ikke uttrykkelig av diskrimineringslovene, men ligger implisitt i kravet til at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for å oppnå det saklige formålet.

Krav om forholdsmessighet

Endelig må det være «et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere». Dette innebærer at det må foretas en interesseavveining mellom de mulige positive effektene forskjellsbehandlingen har for å fremme det aktuelle formålet, og eventuelle negative konsekvenser for den eller de som forskjellsbehandles (forholdsmessighetsvurdering eller proporsjonalitetsvurdering). Jo mer inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som forskjellsbehandles, jo viktigere må det aktuelle formålet være og jo viktigere må forskjellsbehandlingen være for å fremme det saklige formålet. Kravet til forholdsmessighet innebærer at løsningen samlet sett må fremstå som rimelig. I interesseavveiningen vil hensynet til likestilling og ikke-diskriminering veie tungt.¹⁹⁹

Eksempel

¹⁹⁵ Se blant annet Ot.prp. nr. 79 (2004–2005) punkt 10.4.8.1 s. 101.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) side 112.

¹⁹⁷ EF-domstolens dom C-54/07 (Feryn).

¹⁹⁸ Se blant annet Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) kapittel 18 side 253 og Ot.prp. nr. 79 (2004–2005) punkt 10.4.8.1 s. 101.

¹⁹⁹ Ot. prp. nr. 77 (2000–2001) s. 38.

For å belyse de tre vilkårene kan Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 3/2013 tjene som eksempel. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om det innebar diskriminering at Posten krevde personlig oppmøte på nærmeste faste poststed, eller eventuelt fullmakt, for henting av rekommanderte sendinger. Personen som brakte saken inn for nemnda, var avskåret fra å møte opp for å hente sendingene på grunn av kronisk utmattelsessyndrom (ME). Nemnda fant at Postens indirekte forskjellsbehandling var *saklig*, fordi kravet til personlig oppmøte var begrunnet i behovet for å sikre kundekontroll.

Når det gjaldt vilkåret om at forskjellsbehandlingen måtte være *nødvendig*, vurderte nemnda om det var mulig at Postens «På-døren-tjeneste» kunne levere rekommandert post, eventuelt om det kunne åpnes for individuell dispensasjonsadgang for personer med nedsatt funksjonsevne. Nemnda mente imidlertid at dette ville medføre store kostnader og praktiske vanskeligheter, og trolig også komme i konflikt med konsesjonen. Forskjellsbehandlingen var dermed nødvendig for å oppnå det saklige formålet om å sikre kundekontroll.

Nemnda konkluderte også med at forskjellsbehandlingen ikke var *uforholdsmessig inngripende* overfor den som mente seg diskriminert. Nemnda foretok en avveining av hensynet bak kravet til personlig oppmøte og ulempene for mottakeren av rekommanderte sendinger og viste til at

«Postens ordning med personlig oppmøte innebærer ikke at personer med nedsatt funksjonsevne blir utestengt fra muligheten til å motta rekommandert post, da det er adgang til å benytte fullmektig. Nemnda har da foretatt en avveining mellom mål og middel, som er beskrevet i lovens forarbeider jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) side 253. Hensynene bak kravet til personlig oppmøte eller bruk av fullmektig veier etter nemndas syn tyngre enn ulempene dette har for den enkelte mottaker av rekommanderte sendinger.»

9.2.2.2 Betydningen av skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling

Hvorvidt en handling er å anse som direkte eller indirekte forskjellsbehandling, har betydning for rekkevidden av unntaksbestemmelsen. Dette kommer ikke til syne i lovteksten i diskrimineringslovene av 2013, men fremgår av forarbeidene.²⁰⁰

På alle samfunnsområder skal det mer til for at en direkte forskjellsbehandling skal være lovlig enn en indirekte forskjellsbehandling. Dette har sammenheng med at forbudet mot direkte forskjellsbehandling bare omfatter forskjellsbehandling som har et diskriminerende element i selve handlingen eller dens begrunnelse, mens forbudet mot indirekte forskjellsbehandling knytter seg til handlinger eller praksiser som er tilsynelatende nøytrale, og som dermed oftere vil være saklige. Ved indirekte forskjellsbehandling vil også ofte handlingsalternativet være mer ressurskrevende, fordi indirekte forskjellsbehandling i mange tilfeller dreier seg om strukturelle forhold i samfunnet som fører til at større grupper blir stilt dårligere. I tillegg kan forbudet mot indirekte forskjellsbehandling inneholde positive plikter til å iverksette tiltak for å sikre

²⁰⁰ Se blant annet Prop. 88 L (2012–2013) s. 161.

reell likebehandling. Dette kan føre til at indirekte forskjellsbehandling oftere må tillates som følge av en forholdsmessighetsvurdering.²⁰¹

9.2.2.3 Snever adgang til forskjellsbehandling i arbeidslivet

Adgangen til forskjellsbehandling er snevrere på visse samfunnsområder enn på andre. Forholdsmessighetsvurderingen vil variere alt etter hvilke rettigheter eller goder som står på spill. Hvis det er tale om forskjellsbehandling i arbeidsforhold, skal det generelt mye til for at forskjellsbehandlingen vil være forholdsmessig, fordi arbeid er av stor betydning for den enkelte.

Den generelle unntaksbestemmelsen i de fire diskrimineringslovene må tolkes i lys av de relevante EU-direktivene. Mens direktivene åpner for indirekte forskjellsbehandling der forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig, er adgangen til direkte forskjellsbehandling langt mer begrenset.

Artikkel 4 i rammedirektivet slår fast at forskjellsbehandling på grunn av religion, tro, nedsatt funksjonsevne eller seksuell legning ikke skal regnes som diskriminering dersom slike egenskaper utgjør et regulært og avgjørende yrkesmessig krav på grunn av yrkesvirksomhetens natur eller den sammenheng den utføres i, forutsatt at målet er legitimt og kravet er proporsjonalt. Tilsvarende bestemmelser finnes i Likestillingsdirektivet artikkel 14 nr. 2 for diskrimineringsgrunnlaget kjønn og i rasediskrimineringsdirektivet artikkel 4 for diskrimineringsgrunnlagene rase og etnisk opprinnelse. Direktivene innebærer altså at det bare er adgang til forskjellsbehandling dersom et bestemt kjønn, en bestemt etnisitet eller lignende er nødvendig for å utføre arbeidet. Det betyr at unntaksadgangen er særlig snever ved direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet.

9.2.2.4 Direkte forskjellsbehandling utenfor arbeidslivet

Hvorvidt forskjellsbehandlingen er direkte eller indirekte, vil også ha betydning utenfor arbeidsforhold. På enkelte samfunnsområder vil forbudet mot direkte forskjellsbehandling være absolutt eller tilnærmet absolutt. Dette er en konsekvens av EØS-rettslige forpliktelser.

Dette innebærer blant annet at det er et svært strengt forbud mot direkte forskjellsbehandling i utdanning. Dette må ses i sammenheng med at direktivene langt på vei også gjelder utdanning, se punkt 9.2.3 nedenfor.

At unntaksbestemmelsen skal tolkes i overenstemmelse med EØS-rettslige forpliktelser, innebærer også at det etter gjeldende rett ikke er adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, herunder nasjonal opprinnelse, avstamning og hudfarge.²⁰² Dette skyldes at det innenfor rasediskrimineringsdirektivets virkeområde ikke er tillatt å gjøre unntak for direkte forskjellsbehandling utenfor arbeidslivet. Direktivets virkeområde er beskrevet nedenfor i punkt 9.2.3.2.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 79 (2004–2005) punkt 10.4.8.1 s. 101.

²⁰² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.4.8.2 s. 101–102 og kapittel 20 s. 207.

For direkte diskriminering på grunn av språk, religion og livssyn utenfor arbeidslivet, er det likevel åpnet for unntak, ettersom disse diskrimineringsgrunnlagene ikke er omfattet av EUs rådsdirektiv 2000/43/EF.²⁰³ Det fremgår også av forarbeidene at forbudet mot diskriminering på grunn av hudfarge er tilnærmet absolutt, mens forbudet mot diskriminering på grunn av språk er mer betinget fordi slik forskjellsbehandling oftere kan være saklig.²⁰⁴

9.2.2.4.1 Arbeidsmiljøloven og skipsarbeidsloven

Forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven rammer ikke forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf. § 13-3 (1). Unntaket gjennomfører rammedirektivet artikkel 4. Ifølge forarbeidene må det være forhold ved selve utførelsen av arbeidet eller yrket som gjør forskjellsbehandlingen nødvendig.²⁰⁵ Unntaksadgangen skal tolkes svært restriktivt, for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.²⁰⁶

Formelt sett gjelder det snevre unntaket både for direkte og indirekte diskriminering. Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd er det likevel en videre adgang til *indirekte* diskriminering, diskriminering på grunn av alder og diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. I slike tilfeller er forskjellsbehandling tillatt dersom den er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Ved indirekte diskriminering og diskriminering på grunn av alder, diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt, kreves det derfor ikke at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Forskjellsbehandlingen må likevel være nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Unntaket for aldersdiskriminering gjennomfører rammedirektivet art. 6.

Tilsvarende bestemmelser finnes i skipsarbeidsloven § 10-3.

9.2.2.5 Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon, herunder amming

Innledning

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon følger av likestillingsloven § 5. Slik diskriminering regnes som diskriminering på grunn av kjønn. Unntaksadgangen er regulert i den generelle unntaksbestemmelsen i lovens § 6.

²⁰³ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.4.8.1 s. 101.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.4.8.2 side 102.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003).

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) kapittel 8.4.5.1 side 40.

Diskrimineringsforbudet i likestillingsloven 2013 viderefører innholdet i diskrimineringsforbudet i likestillingsloven 1978.²⁰⁷ Gjennom vedtagelsen av en ny lov ble lovteksten forenklet og enkelte elementer fjernet. Endringen av lovteksten innebar imidlertid ikke noen endring av gjeldende rett, slik at avgrensningen mot lovlig forskjellsbehandling viderefører tolkningen av likestillingsloven 1978 § 3.²⁰⁸

Likestillingsloven 1978

Likestillingsloven 1978 § 3 første ledd slo fast at direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er forbudt. Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel og foreldrepermisjon var i § 3 annet ledd definert som direkte forskjellsbehandling. Presiseringen kom inn i lovteksten som følge av en lovendring i 2002, der formålet var å styrke graviditetsdiskrimineringsvernet. Presiseringen ga uttrykk for at vernet mot diskriminering på grunn av graviditet og fødsel er særlig sterkt, fordi det i utgangspunktet ikke var noen unntak fra forbudet mot direkte diskriminering i likestillingsloven 1978. I forarbeidene til likestillingsloven 1978 heter det at det

«skal [være] et absolutt forbud mot den forskjellsbehandling som kan knyttes til graviditet, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt det ene kjønn (for eksempel kvinners fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen, eller menns utnyttelse av fedrekvoten).»

På ulovfestet grunnlag ble det innfortolket en snever unntaksadgang fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling. Unntaket måtte for det første knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner. For det andre måtte det være tale om et «vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav». For det tredje skulle det legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp.²⁰⁹ Det skulle imidlertid svært mye til før direkte forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel eller fødselspermisjon kunne være lovlig.²¹⁰

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon utover den delen som var forbeholdt det ene kjønn, fulgte ikke uttrykkelig av likestillingsloven 1978, men ble ansett som indirekte forskjellsbehandling. Ifølge lovens § 3 fjerde ledd var indirekte forskjellsbehandling tillatt i særlige tilfeller dersom handlingen hadde et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt, var egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling hadde liten praktisk betydning. I praksis ble forbudet mot forskjellsbehandling tolket svært strengt. Dette gjaldt særlig forskjellsbehandling i forbindelse med utdanning og i arbeidslivet. Etter at likestillingsloven 1978 diskrimineringsvern ble skjerpet i 2002, har ikke nemnda i en eneste sak kommet til at foreldrepermisjon er en legitim begrunnelse for

²⁰⁷ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.

²⁰⁸ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.1 side 68.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 56.

²¹⁰ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 23/2007.

forskjellsbehandling i forbindelse med ansettelse og oppsigelser.²¹¹ Likestillings- og diskrimineringsnemnda kom imidlertid i sak 31/2010 frem til at det ikke var i strid med likestillingsloven at studenter som hadde vært i foreldrepermisjon ikke fikk gjenoppta studiene umiddelbart etter permisjonen. Nemnda la særlig vekt på hensynet til andre studenter, og at andre studenter med ordinær studieprogresjon ikke skulle risikere avbrudd i studiene på grunn av andre studenters uttak av foreldrepermisjon. Nemnda mente at det av økonomiske og ressursmessige hensyn heller ikke kunne forlanges at studieplasser står tomme i påvente av at studenter som får barn skal komme tilbake.

Likestillingsloven 2013

I forarbeidene til likestillingsloven 2013 bemerket departementet at ordlyden i likestillingsloven 1978 tilslørte at vernet mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon utover den delen som er forbeholdt mor eller far også er svært strengt.²¹² I likestillingsloven 2013 fremgår det derfor uttrykkelig av lovteksten at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon regnes som forskjellsbehandling på grunn av kjønn, jf. § 5. Departementet ønsket med dette å ta bort skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling når det gjelder fødsels- og foreldrepermisjon.²¹³

Det gjelder et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av:

- Kvinners svangerskapskontroll (arbeidsmiljøloven § 12-1),
- Kvinners svangerskapspermisjon før fødselen (arbeidsmiljøloven § 12-2),
- Kvinners seks ukers fødselspermisjon etter fødselen (arbeidsmiljøloven § 12-4),
- Kvinners ammefri (arbeidsmiljøloven § 12-8),
- Fedres omsorgspermisjon (arbeidsmiljøloven § 12-3) og
- Fedres foreldrepermisjon under uttak av fedrekvote (inntil tolv uker, arbeidsmiljøloven § 12-5 og folketrygdloven § 14-12).

Også handlinger som er begrunnet i fravær som også mer avledet skyldes graviditet og fødsel, er omfattet av det absolutte forbudet.²¹⁴ Det betyr at fravær på grunn av graviditetsrelatert sykdom har et svært strengt vern. Det absolutte forbudet gjelder også når forskjellsbehandlingen er begrunnet i forhold rundt selve graviditeten, for eksempel behov for tilrettelegging av arbeidet.²¹⁵

I tillegg har både kvinner og menn et vern mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet (arbeidsmiljøloven § 12-5). Vernet mot

²¹¹ Jf. blant annet Likestillings- og diskrimineringsnemndas saker 7/2002, 3/2005 og 8/2006.

²¹² Prop. 88 L (2012–2013) s. 68.

²¹³ Prop. 88 L (2012–2013) s. 68.

²¹⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) kapittel 6.6.2 s. 36.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) kapittel 6.6.2 side 36–37.

forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon er i noen tilfeller like sterkt som vernet mot forskjellsbehandling i situasjoner som nevnt ovenfor.²¹⁶ Hvor langt det absolutte vernet strekker seg, er ikke avklart i praksis. Det er imidlertid klart at det er et absolutt forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelser og oppsigelser; det er med andre ord ingen adgang til å la være å ansette noen eller å si opp noen fordi de har hatt eller skal ha foreldrepermisjon.²¹⁷

Ved forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon i forbindelse med arbeidsvilkår og forskjellsbehandling på andre samfunnsområder, vil lovligheten måtte avgjøres ut fra en vurdering om forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. likestillingsloven § 6.²¹⁸ Unntaksadgangen skal tolkes snevert, særlig innenfor arbeidsliv og utdanning.²¹⁹ Forbudet er gradvis strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og jo kortere fravær det er tale om.²²⁰ Det vil altså være glidende overganger mellom hva slags forskjellsbehandling det er et absolutt forbud mot og hva slags forskjellsbehandling som skal avgjøres ut fra en saklighetsvurdering.

Siden likestillingsloven 2013 viderefører gjeldende rett etter likestillingsloven 1978, er praksis etter den tidligere likestillingsloven fortsatt relevant ved tolkningen av forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon.

Praksis fra EU-domstolen om graviditetsdiskriminering

Det absolutte vernet mot diskriminering på grunn av graviditet og visse deler av foreldrepermisjonen, er et resultat av EU-domstolens praksis, som nå er kodifisert i Likestillingsdirektivet.²²¹ Likestillingsdirektivet er en del av EØS-avtalen og likestillingsloven skal derfor tolkes i lys av direktivet.

I Dekker-saken²²² kom EU-domstolen til at forbigåelse av en kvinne ved ansettelse begrunnet i økonomiske konsekvenser for virksomheten, måtte regnes som hovedsakelig begrunnet i graviditeten og dermed ikke tillatt. Domstolen mente det ikke var relevant om det er tale om en midlertidig eller fast ansettelse.

Habermann-Beltmann-saken²²³ gjaldt en tysk kvinne som hadde blitt tilbudt en stilling som nattevakt på et sykehus. Da arbeidsgiver oppdaget at hun var gravid, ble ansettelsestilbudet trukket tilbake. For å verne kvinnen og barnet, var det etter nasjonale

²¹⁶ Prop. 88 L (2012–2013) s. 170.

²¹⁷ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 10.4.1.1 side 68.

²¹⁸ Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon i arbeidslivet er nærmere utdypet i likestillingsloven § 20.

²¹⁹ Ot.prp. 77 (2000–2001) s. 111 som særlig omtaler det sterke vernet mot graviditetsdiskriminering.

²²⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 111.

²²¹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 6.6.2 på side 36.

²²² C-177-88.

²²³ C-421/92.

regler ikke lov å la gravide arbeide om natten. Domstolen konkluderte med at det å nekte en kvinne ansettelse på grunn av verneregler, ville være i strid med Likestillingsdirektivet. Domstolen la også til grunn at det ikke var en bristende forutsetning at arbeidsgiver ikke var klar over graviditeten.

Også i Mahlburg-saken²²⁴ uttalte EF-domstolen at en nasjonal lovgivning som forbyr at gravide kvinner settes til arbeidsoppgaver som innebærer visse former for risiko, ikke skal føre til at kvinner stilles dårligere ved ansettelse. Etter EU-retten kan dermed ikke arbeidsgivere nekte å ansette gravide kvinner med den begrunnelse at hun under graviditeten ikke kan utføre de arbeidsoppgavene som ligger til stillingen.

I Tele Danmark-saken²²⁵ kom EU-domstolen til at det ikke var adgang til å forskjellsbehandle en gravid kvinne ved tilsetting i en midlertidig stilling, selv om arbeidssøkeren ville ha permisjon i hele eller deler av ansettelsesperioden. Domstolen la også til grunn at kvinnen ikke var forpliktet til å opplyse om at hun var gravid.

EU-domstolen har også slått fast at en arbeidsgiver som legger vekt på graviditet ved nektelsen av å la en arbeidstaker avbryte sin fødselspermisjon før utløpet av foreldrepermisjonen, innebærer direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.²²⁶ Dette gjelder selv om arbeidstakers begrunnelse for å gjenoppta arbeidet var et ønske om bedre godtgjørelse ved foreldrepermisjon, og uavhengig av hvilke økonomiske konsekvenser det har for virksomheten.

Vern mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og lovfestet permisjon etter arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 15-9 forbyr oppsigelse på grunn av graviditet og lovfestet permisjon. Gravide er dermed gitt et særlig oppsigelsesvern i arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven har også særlige prosessregler (blant annet rett til å fortsette i stillingen mens saken løper, jf. § 15-11), som i praksis stiller en oppsagt arbeidstaker sterkere enn etter likestillingsloven. Det betyr at arbeidsgiver heller ikke kan legge vekt på graviditet, fødsel eller foreldrepermisjon ved valget av hvilke arbeidstakere som må gå ved masseoppsigelser i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd. De nevnte bestemmelsene i arbeidsmiljøloven håndheves ikke av Likestillings- og diskrimineringsombudet eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

9.2.3 EU- og EØS-rett

I EU-direktivene er unntaksbestemmelsene ulikt formulert alt ettersom det er tale om direkte eller indirekte diskriminering, og om det dreier seg om diskriminering i eller utenfor arbeidslivet. Til forskjell fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, inneholder ikke de tre direktivene en generell unntaksregel for tillatt direkte forskjellsbehandling. Direktivene åpner bare opp for direkte forskjellsbehandling i enkelte

²²⁴ C-207/98.

²²⁵ C-109/00.

²²⁶ C-320/01.

spesifikt angitte tilfeller. Hovedregelen er med andre ord at direkte forskjellsbehandling er forbudt. Direktivenes unntak for direkte forskjellsbehandling gjelder bare i arbeidslivet. Direkte forskjellsbehandling er dermed ikke tillatt ved tilgang til varer og tjenester. Rasediskrimineringsdirektivet har heller ikke unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling på andre samfunnsområder.

Derimot er indirekte forskjellsbehandling tillatt hvis det er saklig, nødvendig og forholdsmessig, jf. Direktivet om lik tilgang til varer og tjenester for menn og kvinner (direktiv 2004/113/EF artikkel 2 bokstav b) og rasediskrimineringsdirektivet (direktiv 2000/43/EF) artikkel 2 nr. 2 bokstav b).

9.2.3.1 Likestillingsdirektivet

Direktiv 2006/54/EF (Likestillingsdirektivet) artikkel 14 nr. 2 slår fast at direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn bare kan tillates dersom følgende vilkår er oppfylt:

«Med hensyn til adgangen til beskæftigelse, herunder den dertil førende utdanning, kan medlemsstatene fastsette, at ulige behandling, der er basert på et kønsspesifikt træk, ikke udgør forskelsbehandling, når et sådant kønsspesifikt træk på grund af de pågældende erhvervsaktiviteters art eller den sammenhæng, hvori de udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmæssigt krav, forudsat at målet hermed er legitimt, og at kravet står i rimeligt forhold hertil.»

Bestemmelsen angir et snevert unntak for tilfeller der en persons kjønn er en kvalifikasjon for arbeidets utførelse. For det første må unntaket knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner som ligger til stillingen. Det kan ikke gjøres unntak for hele virksomheter, sektorer eller stillingskategorier. For det andre må personens kjønn være et regulært og avgjørende yrkesmessig krav. For det tredje skal det legges til grunn et forholdsmessighetsprinsipp; formålet med forskjellsbehandlingen skal være rettmessig, og kravet om et bestemt kjønn skal stå i et rimelig forhold til formålet.

Bestemmelsen åpner bare for forskjellsbehandling som gjelder «adgangen til beskæftigelse, herunder den dertil førende utdanning». Annen type direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn i arbeidslivet er dermed ikke tillatt.

Direktivet har dermed ikke bare et strengt diskrimineringsvern ved ansettelse, men også ved utdanning som fører frem til arbeid («erhvervsvejledning og faglig utdanning» eller «vocational guidance and training»). EU-domstolen har definert begrepet bredt i saker som gjelder fri bevegelse av personer.²²⁷ I Gravier-dommen uttalte EU-domstolen at begrepet omfatter

«enhver form for undervisning, der fører til en kompetence inden for en profession, et fag eller en bestemt stilling, eller som bibringer den særlige færdighed, der kræves for at udøve en sådan profession, fag eller stilling, henhører under begrebet faglig undervisning, uanset elevernes eller de studerendes alder eller uddannelsesnivea, ligesom det heller

²²⁷ Håndbog om europæisk lovgivning om ikke-forskælsbehandling, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010.

ikke spiller nogen rolle, om undervisningsprogrammet også omfatter en vis del mere almindelig undervisning».²²⁸

Domstolen slo i Blaizot fast at en universitetsgrad normalt vil være en «faglig uddannelse». Det eneste unntaket gjelder «visse særlige studieretninger, som efter deres særlige karakteristika kan følges af personer, der nok så meget ønsker at erhverve større almen viden som at få adgang til erhvervsmæssig beskæftigelse».²²⁹

Det er en videre adgang til indirekte forskjellsbehandling. Dette følger av at selve definisjonen av indirekte forskjellsbehandling i artikkel 2 nr. 1 bokstav b bare omfatter forskjellsbehandling som ikke er «objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmessige og nødvendige».

Likestillingsdirektivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 27 nr. 1. Dette innebærer at medlemslandene står fritt til å fastsette regler som gir et sterkere diskrimineringsvern enn direktivets minstekrav.

9.2.3.2 Rasediskrimineringsdirektivet

Etter direktiv 2000/43/EF (Rasediskrimineringsdirektivet) kan det bare gjøres unntak fra forbudet mot direkte diskriminering på arbeidslivets område dersom en bestemt rase eller etnisk opprinnelse er et regulært og avgjørende yrkesmessige krav, jf. artikkel 4 i direktivet.

I rasediskrimineringsdirektivets fortale punkt 18 sies det at det bare er under meget begrensede omstendigheter at forskjellsbehandling kan rettfærdiggjøres. Forarbeidene nevner som eksempel en teaterforestilling eller en film der det kreves at skuespillerne har en bestemt hudfarge for å kunne gjøre rollen troverdig. Unntaksadgangen er derfor svært snever.²³⁰

Utover dette gir rasediskrimineringsdirektivet ikke adgang til unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling som faller innunder direktivets virkeområde, jf. direktivets artikkel 3. Direktivets virkeområde er beskrevet på følgende måte i Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) kapittel 9.2.3 side 71–72:

«EUs rådsdirektiv 2000/43/EF gir en uttømmende oppregning av de saksområdene som omfattes av direktivet i artikkel 3 nr. 1 bokstav a–h. Bokstav a–c dekker arbeidslivsområdet. Det følger av bokstav d at medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, eller enhver annen organisasjon for medlemmer av en bestemt yrkesgruppe omfattes av diskrimineringsforbudets virkeområde. Det gjelder også de fordeler medlemmene får fra organisasjonene. Bokstav e lyder på dansk: ‘Social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedspleje’. Formuleringen innebærer at direktivet omfatter ytelser som trygderettigheter, sosiale rettigheter og helsetjenester. Det vil i stor grad være opp til EF-domstolen å trekke de nærmere grensene for hva som

²²⁸ Domstolen, Gravier mot byen Liège m.fl., sak 293/83 [1985] Sml. s. 593, 13. februar 1985.

²²⁹ Domstolen, Blaizot m.fl. mot Liège Universitet m.fl., sak 24/86 [1988] Sml. s. 379, 2. februar 1988.

²³⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.4.8.2 side 102.

omfattes av begrepet sosial beskyttelse. Bokstav f fastsetter at diskrimineringsforbudet gjelder for sosiale fordeler, på dansk 'sociale goder'. Bestemmelsen må ut fra rettspraksis fra EF-domstolen tolkes slik at den omfatter sosiale fordeler både fra det offentlige og det private, nærmere bestemt fordeler av økonomisk eller kulturell art som tilkjennes av offentlige myndigheter eller private organisasjoner. Videre bestemmer bokstav g at forbudet gjelder for utdanning, men det omfatter ikke organiseringen av skoler eller læreplaner for skoleverket. Bokstav h fastsetter at forbudet omfatter adgang til og levering av varer og tjenester, herunder bolig. Bestemmelsen gjelder varer og tjenester som er tilgjengelige for allmennheten. Det skilles ikke mellom varer og tjenester som tilbys på henholdsvis privat eller profesjonell basis. Artikkel 3 nr. 2 presiserer at direktivet ikke gjelder utlendingsfeltet.»

I artikkel 2 nr. 2 bokstav b er indirekte forskjellsbehandling definert slik at det ikke omfatter forskjellsbehandling som er objektivt begrunnet i et legitimt mål, og midlene er hensiktsmessige og nødvendige».

Rasediskrimineringsdirektivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 6. Dette innebærer at medlemsland står fritt til å fastsette regler som gir et sterkere vern enn direktivets.

9.2.3.3 Rammedirektivet

EUs direktiv 2000/78/EF (Rammedirektivet) forbyr diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder. Etter rammedirektivet artikkel 2 nr. 5 er forbudet mot diskriminering ikke til hinder for å fastsette nasjonale lovbestemmelser som er nødvendige i et demokratisk samfunn for å sikre offentlige orden, sikkerhet og helse, forebygge forbrytelser eller beskytte andres rettigheter og friheter. EU-domstolen har understreket at bestemmelsen innfører et unntak fra prinsippet om likebehandling og skal tolkes strengt.²³¹

Rammedirektivet slår fast et snevert unntak i artikkel 4 nr. 1 fra forbudet mot direkte diskriminering på grunn av religion eller livssyn, nedsatt funksjonsevne, alder og seksuell orientering dersom

«den pågjeldende egenskap på grund af karakteren af bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenheng hvori sådanne aktiviteter udøves, udgør et regulært og afgørende erhvervsmessigt krav, forudsatt at målet er legitimt og står i rimelig forhold hertil».

I rammedirektivets fortale punkt 23 heter det at unntaksadgangen skal være meget begrenset. Også EU-domstolen har ved flere anledninger fastslått at artikkel 4 nr. 1 skal tolkes strengt.²³² EU-domstolen har slått fast at det er *egenskapen* som er knyttet til begrunnelsen for den ulike behandling, som må utgjøre et regulært og avgjørende ervervsmessig krav som er avgjørende ikke begrunnelsen i seg selv.²³³

²³¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-447/09 (Prigge) avsnitt 55.

²³² EU-domstolens avgjørelse i sak C-447/09 (Prigge) avsnitt 67 og 72 med videre henvisninger til avgjørelser som gjelder forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, blant annet C-229/08 (Wolf).

²³³ Dom av 12.1.2010, sag C-229/08 (Wolf) Sml. I, s. 1, premiss 35.

I artikkel 2 nr. 2 bokstav b er indirekte forskjellsbehandling definert slik at det ikke gjelder forskjellsbehandling som er objektivt begrunnet i et legitimt mål, og midlene er hensiktsmessige og nødvendige. Direktivets definisjon av indirekte forskjellsbehandling er derfor knyttet direkte opp mot adgangen til tillatt forskjellsbehandling.

Rammedirektivet artikkel 4 nr. 2 åpner for at medlemsstatene kan opprettholde bestemmelser som gir kirker og andre organisasjoner som baserer sin etikk på religion eller tro, adgang til forskjellsbehandling. Det kan i medhold av artikkel 4 nr. 2 bestemmes at

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

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

Rammedirektivet artikkel 4 nr. 2 oppstiller en noe mer lempelig test enn artikkel 4 nr. 1, fordi det ikke oppstilles et krav om at yrkeskravet må være «avgjørende». Bestemmelsens formål er å gi trossamfunn en noe videre adgang til å ansette personer som har tilknytning til deres egen religiøse overbevisning enn hva som fremgår av artikkel 4 nr. 1.

Rammedirektivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 8.

Særlig om alder

EUs rammedirektiv har en særlig unntaksregel for aldersdiskriminering. Etter artikkel 6 nr. 1 er forskjellsbehandling på grunn av alder tillatt hvis den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett, og hvis midlene til å oppfylle formålet er hensiktsmessige og nødvendige. I artikkel 6 angis formål som kan være aktuelle som blant annet legitime sysselsettings- arbeidsmarkeds- eller yrkesutdanningspolitiske formål.

Norge har valgt å gjennomføre rammedirektivet artikkel 6 nr. 1 i arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd. Høyesterett har på denne bakgrunnen flere ganger slått fast at arbeidsmiljølovens og sjømannslovens (någjeldende skipsarbeidslovens) bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes i samsvar med direktivet og EU-domstolens tilhørende praksis.²³⁴

²³⁴ Rt. 2010 side 202 (Kystlink) premiss 82, Rt. 2011 side 609 premiss 28 og Rt. 2012 side 219 (Helikopterpilot) premiss 46.

EF-domstolen har slått fast at artikkel 6 gir statene en vid skjønnsmargin både med hensyn til å fastlegge de formål som man vil fremme innenfor sosialpolitikk og arbeidsliv, og med hensyn til hvilke midler som kan fremme slike målsetninger, herunder bestemmelser som innebærer aldersdiskriminering. Det må likevel vurderes konkret om de aktuelle aldersgrensene i lov, forskrift eller avtale oppfyller kravene i direktivets artikkel 6 nr. 1 om legitime formål, hensiktsmessighet og nødvendighet.²³⁵

9.2.4 Menneskerettighetskonvensjoner

I EMDs praksis er adgangen til lovlig forskjellsbehandling utformet som en del av diskrimineringsforbudet. I saken *Nachova mfl. mot Bulgaria* definerte EMD forbudet mot diskriminering i EMK artikkel 14 på følgende måte: «Discrimination is treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations».²³⁶ Ifølge EMDs praksis skal det imidlertid «very weighty reasons» til for å rettferdiggjøre forskjellsbehandling basert på kjønn, fødsel, nasjonalitet og seksuell orientering. Av EMDs praksis følger det at diskrimineringsvernet typisk er svakere i saker som gjelder andre diskrimineringsgrunnlag. Etter EMDs praksis er også diskriminering basert på eksplisitte oppregnede grunnlag ansett som mindre akseptabel enn diskriminering basert på samlekategorien «other status». Videre skal det mer til for å rettferdiggjøre direkte forskjellsbehandling enn indirekte forskjellsbehandling. I enkelte saker har EMD avvist at direkte forskjellsbehandling kan rettferdiggjøres, for eksempel forskjellsbehandling som er «based exclusively or to a decisive extent» på en persons etniske opprinnelse.²³⁷

Lignende vilkår for tillatt forskjellsbehandling etter SP artikkel 26 er lagt til grunn av FNs menneskerettighetskomité i General Comment 18 (1989), hvor det heter at forskjellsbehandling er tillatt «if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a reasonable purpose which is legitimate under the Covenant».²³⁸ Tilsvarende vilkår for tillatt forskjellsbehandling er lagt til grunn av FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.²³⁹

9.2.5 Nordisk rett

I Sverige, Finland og Danmark er adgangen til lovlig indirekte forskjellsbehandling knyttet opp mot selve definisjonen av indirekte diskriminering, mens adgangen til direkte diskriminering følger av egne unntaksregler i tråd med EU-direktivene. Både Sverige,

²³⁵ Rt. 2010 side 202 premiss 54, med henvisning til EF-domstolens sak C-388/07 (*Age Concern*).

²³⁶ *Nachova mfl. mot Bulgaria mot Bulgaria* (klagenummer 43577/98 og 43579/98) avsagt 6. juli 2005, premiss 145.

²³⁷ Se blant annet *Timishev mot Russland* (klagenummer 40016/98), 13. desember 2005 der domstolen uttalte i avsnitt 58.

²³⁸ FNs komité for sivile og politiske rettigheter, General Comment No. 18: Non-discrimination: 11/10/89.

²³⁹ General Comment No. 20 (2009), premiss 13 og FNs rasediskrimineringskomité i Communication No. 32/2003, *Sefic mot Danmark*, premiss 7.2.

Finland og Danmark har unntaksregler for regulære og avgjørende yrkesmessige krav ved ansettelse og opplæring som fører frem til ansettelse.

9.3 Positiv særbehandling

9.3.1 Departementets forslag

Departementet vurderer hvilken adgang loven bør gi til positiv særbehandling i høringsnotatet kapittel 7.3.

9.3.2 Gjeldende rett

9.3.2.1 *Grunnloven*

Grunnloven § 98 slår fast at alle er like for loven og at intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Positiv særbehandling kan føre til forskjellsbehandling av andre. Grunnloven § 98 åpner etter ordlyden ikke opp for et unntak for positiv særbehandling. Hvis den som blir forbigått er vernet av Grunnloven § 98, vil forskjellsbehandlingen måtte oppfylle Grunnlovens krav til saklighet og forholdsmessighet for å være tillatt. Grunnloven oppstiller ikke noe krav om at en forskjellsbehandling må være nødvendig.

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité uttalte under stortingsbehandlingen at likhetsprinsippet «alle er like for loven» skal leses som at lovgiver ikke vil ha adgang til å gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet. Samtidig presiserte komiteen at privilegier «ikke skal leses på samme måte som kvotering eller positiv forskjellsbehandling som har som mål å utjevne en eksisterende forskjell i mulighetsfordeling mellom grupper eller personer på grunnlag av egenskaper hos den enkelte».²⁴⁰ Departementet legger derfor til grunn at positiv særbehandling som er saklig og forholdsmessig vil være tillatt etter Grunnloven dersom den ikke går lenger enn hva som er saklig og forholdsmessig for å oppnå reell likestilling.

9.3.2.2 *Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering*

Ved lovendringene i 2013 ble bestemmelsene om positiv særbehandling i likestillings- og diskrimineringslovene gitt lik utforming. Adgangen til positiv særbehandling følger nå av likestillingsloven § 7, diskrimineringsloven om etnisitet § 8, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 7 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 7. Bestemmelsene skal tolkes på samme måte.²⁴¹

Endringene i 2013 innebar at den presiserende bestemmelsen i likestillingsloven 1978 § 8 annet ledd om foreningers adgang til positiv særbehandling ble opphevet. Det er presisert

²⁴⁰ Innst. 186 S (2013–2014) punkt 2.1.6 s. 25.

²⁴¹ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 161.

i forarbeidene til likestillingsloven 2013 at adgangen til slik forskjellsbehandling nå følger av lovens generelle bestemmelsen om positiv særbehandling.²⁴²

Adgangen til positiv særbehandling bygger på en erkjennelse av at forbud mot diskriminering ikke er tilstrekkelig for å oppnå reell likestilling. Fordi positiv særbehandling kan føre til direkte forskjellsbehandling av andre som er vernet av diskrimineringslovgivningen, har adgangen til positiv særbehandling likevel blitt ansett som et unntak fra diskrimineringsforbudet.

Begrepet «positiv særbehandling» er ikke definert i de fire diskrimineringslovene. Fellesnevneren er imidlertid at det iverksettes aktive tiltak for å fremme likestilling på et mer overordnet nivå. Adgangen til positiv særbehandling gjelder både i og utenfor arbeidslivet. I arbeidslivet kan særbehandling for eksempel skje i form av stillingsannonser der personer med minoritetsbakgrunn oppfordres til å søke, eller i form av kvalifiseringstiltak rettet mot en gruppe som er underrepresentert på høyere nivåer i virksomheten.

Positiv særbehandling kan være et aktuelt tiltak for å oppfylle aktivitetsplikten. Reglene om positiv særbehandling gir likevel ikke en plikt til å iverksette positiv særbehandling. Det betyr at den enkelte ikke kan påberope seg at for eksempel en arbeidsgiver har brutt diskrimineringslovgivningen ved ikke å positivt særbehandle vedkommende. En søker som ikke har blitt positivt særbehandlet, kan heller ikke påberope seg brudd på aktivitetsplikten i en enkeltsak.

Forholdet mellom positiv særbehandling og den generelle unntaksbestemmelsen

Det kan i enkelte tilfeller være vanskelig å skille mellom positiv særbehandling og forskjellsbehandling som faller innunder den ordinære unntaksbestemmelsen om saklig, nødvendig og forholdsmessig forskjellsbehandling. Adgangen til å gjøre unntak ved direkte forskjellsbehandling, er snever. Dette gjelder særlig i arbeidslivet, der det etter gjeldende rett må innfortolkes at forskjellsbehandlingen må være begrunnet i et reelt og avgjørende yrkeskrav. Det vil dermed være en videre adgang til forskjellsbehandling der vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt.²⁴³ Hvilket av de to regelsettene som kommer til anvendelse, beror på hvilken begrunnelse som ligger bak forskjellsbehandlingen. Dersom formålet med forskjellsbehandlingen er å fremme likestilling og hindre diskriminering, vil bestemmelsen om positiv særbehandling kunne komme til anvendelse. Der forskjellsbehandlingen er begrunnet i andre formål, må lovligheten avgjøres ut fra om vilkårene i den ordinære unntaksbestemmelsen er oppfylt.

Forholdet mellom positiv særbehandling og individuell tilrettelegging

Det må også skilles mellom positiv særbehandling og individuell tilrettelegging. Formålet bak tilrettelegging og positiv særbehandling er gjerne den samme – det vil si å fremme likestilling, likeverd, like muligheter og rettigheter – men tilnærmingen i de to regelsettene er ulik. Mens positiv særbehandling retter seg mot grupper som er mer utsatt

²⁴² Prop. 88 L (2013- 2013 s. 171

²⁴³ Ot. prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118

for diskriminering enn andre eller som møter andre strukturelle barrierer, er individuell tilrettelegging rettet mot enkeltindividet og enkeltindividets særskilte behov.

Vilkårene for positiv særbehandling

Vilkårene for positiv særbehandling er likt formulert i de fire diskrimineringslovene. Det følger av bestemmelsene at tre vilkår må være oppfylt for å tillate positiv særbehandling.

Egnet til å fremme lovens formål

Særbehandlingen må *for det første* være «egnet til å fremme lovens formål».

Diskrimineringslovenes formål er å fremme likestilling. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter, tilgjengelighet og tilrettelegging. Ifølge forarbeidene er siktemålet med positiv særbehandling å kompensere for en dårligere utgangsposisjon og bidra til å motvirke undertrykking.²⁴⁴ Videre følger det av forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven at

«Positiv særbehandling bare [er] tillatt overfor grupper eller enkeltindivider som ville hatt dårligere reelle muligheter enn andre i samfunnet dersom særordningene ikke fantes. Formålet med positiv særbehandling er å unngå reell ulikhet mellom gruppene eller å utjevne forskjeller mellom gruppene, ikke å gi den særbehandlede gruppen reelt sett bedre muligheter enn andre grupper i samfunnet.»²⁴⁵

I EU-direktivenes bestemmelser om positiv særbehandling er det presisert at formålet med tiltakene skal være «to prevent or compensate for disadvantages linked to any [protected] grounds.».

Dette innebærer at særbehandlingen må rettes mot den gruppen som står svakest på det aktuelle området. Den svake stillingen må knyttes til at gruppen har en dårligere utgangsposisjon enn andre.

Den dårlige utgangsposisjonen kan skyldes ulike forhold. Direkte og indirekte diskriminering av grupper i forbindelse med for eksempel ansettelser kan føre til at visse grupper får dårligere muligheter enn andre, men også også holdninger og fordommer kan påvirke muligheter og valgfrihet. For eksempel vil oppfatninger om at kvinner med barn ikke kan bli ledere, føre til at kvinner vegrer seg mot å søke å søke seg til lederstillinger. Svak representasjon kan dessuten utgjøre en barriere i seg selv, dersom dette fører at personer fra underrepresenterte grupper lar være å søke seg til visse yrker eller utdanninger på grunn av dette.²⁴⁶

Som utgangspunkt må ulempene gis utslag i form av underrepresentasjon. Det vil variere mellom de ulike diskrimineringsgrunnlagene når underrepresentasjon kan sies å foreligge. Når det gjelder kvinner og menn, har håndhevingsorganene tatt utgangspunkt i at det foreligger underrepresentasjon dersom det ene kjønn utgjør 40 prosent eller mindre. Å

²⁴⁴ Ot. prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118

²⁴⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 254.

²⁴⁶ Dette er for eksempel omtalt i «Kjønnsdeling og etniske skiller på arbeidsmarkedet», Reisel og Teigen (red), Kapittel 1: «Det kjønnsdelte arbeidsmarkedet», s. 14, Reisel, Liza og Teigen, Mari.

vise til prosentandel vil imidlertid ikke nødvendigvis være avgjørende. Dersom det er barrierer eller ulemper knyttet til kjønn som hindrer en jevnere fordeling mellom kjønnene, tilsier det at det ikke må være et absolutt krav om at det er minst 40 prosent underrepresentasjon. Dette vil for eksempel kunne gjelde dersom det påvises at uttak av foreldrepermisjon hindrer kvinner i å få karriere i en virksomhet.

Når det gjelder andre diskrimineringsgrunnlag, vil personvern hensyn vanskeliggjøre å kreve en underrepresentasjon av en viss prosentandel. Hvis en arbeidsgiver må kunne vise til at eksempelvis en viss etnisk gruppe er underrepresenterte på arbeidsplassen, kan dette forutsette at det føres statistikk over arbeidstakernes etniske tilhørighet. Personvern hensyn vil kunne avskjære muligheten til å utarbeide slike statistikker. Opplysninger om etnisk bakgrunn, helseforhold, seksuelle forhold og medlemskap i fagforeninger, omtales som sensitive personopplysninger i personopplysningsloven § 2 åttende ledd. Registrering av slike personopplysninger er underlagt strenge vilkår i personopplysningsloven kapittel 2. Adgangen til positiv særbehandling må derfor ses i lys av de rammene personopplysningsloven setter for behandling av personopplysninger.

Personopplysningsloven stenger imidlertid ikke for å registrere anonyme opplysninger om etnisitet, dvs. opplysninger som ikke kan knyttes tilbake til enkeltpersoner, jf. personopplysningsloven § 2 nr. 1. For de øvrige diskrimineringsgrunnlagene vil det dermed bli avgjørende å se hen til hvilke barrierer som fører til at disse gruppene ikke har de samme mulighetene som andre.

Positiv særbehandling kan også i enkelte tilfeller være tillatt dersom det ikke nødvendigvis foreligger en ulik utgangsposisjon hos den som skal særbehandles, men der særbehandlingen er begrunnet i hensynet til grupper som skal betjenes av de aktuelle personene. For eksempel kan det være et ønske å øke rekrutteringen av personer med innvandrerbakgrunn til ulike offentlige virksomheter, for å bedre tjenestetilbudet til innvandrerbefolkningen. Her er det hensynet til innvandrerbefolkningen som brukergruppe som gir begrunnelsen for forskjellsbehandlingen, og ikke hensynet til potensielle søkere med innvandrerbakgrunn. Også denne typen behandling faller inn under begrepet «positiv særbehandling». I praksis vil imidlertid som regel arbeidsgivere i disse tilfellene betrakte sosiale, kulturelle eller språklige ferdigheter som en ekstra kvalifikasjon, som gjør innvandrere særlig egnet for stillingen.²⁴⁷

Forholdsmessighet

For det andre er det et vilkår om at det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere. Særbehandlingen må med andre ord ikke være mer vidtrekkende enn at det står i et rimelig forhold til det formålet som skal fremmes. Dette omtales gjerne som proporsjonalitetsprinsippet.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119 og 120, se også Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2014.

Det må videre vurderes om tiltaket får uheldige konsekvenser for andre personer/grupper, og i så fall om det finnes alternative måter å oppnå likestilling på som ikke har uheldige virkninger. I forarbeidene heter det at

«der det foreligger reell ulikhet for flere grupper av personer som er vernet av loven, bør det utvises en viss forsiktighet med å gi positiv særbehandling bare til en eller noen av gruppene. Tiltak som iverksettes bare overfor en begrenset gruppe, vil etter en konkret vurdering kunne utgjøre diskriminering av de som ikke tilgodeses, men som er i en tilsvarende situasjon som gruppen som tilgodeses med positiv særbehandling. Det vil imidlertid være vanskelig å iverksette tiltak som kompenserer enhver form for nedsatt funksjonsevne. Departementet understreker derfor at positiv særbehandling som er målrettet mot enkelte grupper, og som er ledd i en mer helhetlig strategi, må kunne aksepteres.»²⁴⁸

Proporsjonalitetsprinsippet er i stor grad utviklet gjennom EU-domstolens praksis. EU-domstolens tolkning av direktivenes bestemmelser om positiv særbehandling vil være førende for tolkningen av nasjonal diskrimineringslovgivning. EU-domstolens praksis om positiv særbehandling gjelder tolkningen av det nå opphevede Likestillingsdirektivet 2006/54 EF, som omfatter diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Likestillings- og diskrimineringsnemnda la i sak 13/661 til grunn at begrensningene som følger av EU-domstolens praksis fortsatt er relevante, også for diskrimineringsgrunnlaget etnisitet.

Det er særlig Kalanke-saken (C-450/93) fra 1995, Marschall-saken (C-409/95) fra 1997, Badeck-saken (C-158/97) fra 2000, Tham-saken (C-407/98) fra 2000 og Kvinneprofessoratsaken (E-1/02) fra 2003 som har hatt betydning for tolkningen av bestemmelsene om positiv særbehandling. Avgjørelsene er omtalt i tidligere forarbeider til diskrimineringslovene, blant annet i forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet, der avgjørelsene er omtalt slik:

«Både Kalankesaken, Marschallsaken og Badecksaken tar stilling til såkalt «moderat kvotering», dvs. at kvinner bare går foran menn hvis de er like godt (eller tilnærmet like godt) kvalifisert. Europakommisjonen har utledet enkelte konklusjoner med utgangspunkt i de tre første dommene. Det fremholdes for det første at tiltak som faller inn under positiv særbehandling skal anses som unntak fra likebehandlingsprinsippet. For det andre gjelder unntaksadgangen i rådsdirektivet bare tiltak som har til hensikt å eliminere eller redusere faktiske forskjeller mellom kjønnene. For det tredje konkluderes det med at automatisk fortrinnsrett til kvinner når det gjelder ansettelse eller forfremmelse på områder hvor de er underrepresentert ikke er tillatt. Dette må ses i sammenheng med at EF-domstolen har slått fast at positiv særbehandling skal være et middel for å oppnå like muligheter og ikke likt resultat. Til sist konkluderes det med at fortrinnsrett kan tillates dersom den nasjonale regelen ikke gir automatisk fortrinnsrett og regelen garanterer like godt kvalifiserte mannlige søkere en objektiv vurdering av deres situasjon, der en tar i betraktning alle kriterier som knytter seg spesifikt til hver enkelt kandidat uavhengig av kjønn.

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.12.17 s. 125.

Den siste avgjørelsen (Tham-saken) omhandler spørsmålet om radikal kvotering. Saken gjaldt bruk av radikal kvotering ved tilsetting av et bestemt antall professorater og rekrutteringsstillinger ved universitetene i Sverige. Domstolen fremholdt at både rådsdirektiv 76/207/EØF og Amsterdamtraktaten artikkel 141 nr. 4 er til hinder for nasjonale regler som pålegger radikal kvotering. Det kan synes som om det ikke er adgang til å anvende radikal kvotering av denne type selv om ordningen er begrenset til et bestemt antall stillinger eller er ledd i en plan for anvendelse av positiv særbehandling ved institusjonen. Denne dommen ser med andre ord ut til å stenge for bruk av radikal kvotering. Dommen slår imidlertid fast at moderat kvotering ikke strider mot likebehandlingsdirektivet eller Amsterdamtraktaten. Noen prinsipper kan utledes fra denne dommen: I tillegg til at det ikke må være tale om en automatisk fortrinnsrett, og at søkerens kvalifikasjoner må vurderes objektivt der det tas hensyn til de individuelle forhold ved hver enkelt søker, må vurderingen av søkerens kvalifikasjoner gjøres med utgangspunkt i klare kriterier. Videre må den positive særbehandlingen stå i forhold til de mål man ønsker å oppnå (proporsjonalitet).

Tham-saken har klare likhetstrekk med den såkalte kvinneprofessoratsaken, som ble avgjort i EFTA-domstolen i 2003.»²⁴⁹

Kvinneprofessoratsaken (E-1/02) gjaldt øremerking av vitenskapelige stillinger for kvinner ved Universitetet i Oslo. Domstolen fant at øremerkingen av stillinger automatisk ga en ubetinget fortrinnsrett til kvinnelige kandidater, uten rom for fleksibilitet, og at loven dermed var i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Direktivene som dommene gjaldt er nå opphevet og erstattet av direktiv 2006/54/EF. Ordlyden i direktiv 2006/54/EF er noe annerledes enn ordlyden i det opphevede direktivet. Likestillings- og diskrimineringsnemnda har imidlertid lagt til grunn at rettstilstanden ikke er endret. I sak 8/2014 uttalte nemnda:

«Nemnda legger til grunn at grensene for forholdsmessighet som EU-domstolen trakk opp i dommene C-450/93 (Kalanke), C-409/95 (Marshall) og C-407/98) fortsatt er relevante, også for diskrimineringsgrunnlaget etnisitet. Dette innebærer at øremerking av stillinger ikke er tillatt etter loven, heller ikke for midlertidige stillinger.»

På denne bakgrunn vil positiv særbehandling ved ansettelse kun være tillatt dersom den som særbehandles har like eller tilnærmet like kvalifikasjoner som den eller de som ellers ville fått stillingen. Det betyr altså at det må foretas en individuell vurdering av hver enkelt kandidat. Dersom det er en merkbar forskjell mellom to personers kvalifikasjoner, skal positiv særbehandling ikke være tillatt. Dette innebærer at såkalt radikal kvotering/øremerking av stillinger ikke er tillatt ved ansettelse. I forarbeidene til likestillingsloven og de andre diskrimineringslovene er det imidlertid trukket opp et skille mellom tilfeller der positiv særbehandling innebærer tildeling av et gode, og der særbehandlingen har et større preg av å være kvalifiseringstiltak. Dette må ses i sammenheng med at formålet bak bestemmelsen om positiv særbehandling er å «fremme like muligheter». Tiltak som forutsetter et visst resultat, typisk at det skal ansettes kvinner

²⁴⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 116.

eller personer med minoritetsbakgrunn, vil lettere anses som uforholdsmessig enn tiltak som kun har til formål å fremme like muligheter.

Tiltak som derimot utelukkende tar sikte på å redusere diskriminerende barrierer, vil ikke være problematiske med hensyn til forholdsmessighetsvurderingen. Eksempler kan være det å oppfordre underrepresenterte grupper til å søke, representasjon av underrepresenterte grupper i ansettelsesutvalg/innstillingsråd, mentorordninger og innkalling av underrepresenterte grupper til intervju. Både forarbeidene og praksis fra håndhevingsorganene har videre lagt til grunn at kurs og kompetansetiltak ofte vil være uproblematisk. Typiske eksempler på slike tiltak er kvalifiseringsstipender og økonomisk støtte til, og øremerking av plasser på kompetansehevende kurs. Selv om disse tiltakene er mindre inngripende tiltak som tildeler et bestemt gode, må like fullt vilkåret om at tiltaket må fremme lovens formål være oppfylt. Det vil altså ikke være tillatt å oppfordre en gruppe til å søke en stilling dersom dette ikke fremmer lovens formål.

Når det gjelder utdanningsstillinger («trainee-stillinger»), har håndhevingsorganene lagt til grunn at adgangen til positiv særbehandling er noe videre enn ved ordinære ansettelser. Dette er også lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-158/97 (Badeck). I sak 8/2014 fant Likestillings- og diskrimineringsnemnda at NRKs stipendiatorordning/trainee-ordning for personer med etnisk minoritetsbakgrunn oppfylte vilkårene for positiv særbehandling. Nemnda fant at stillingene ikke var å anse som ordinære stillinger. Nemnda la her vekt på at ordningen var tidsmessig begrenset (ti måneder), at det ble gitt stipendiatlønn og at stipendiatorordningen hadde karakter av å være en opplæringsordning. Nemnda viste også til at dette kun gjaldt fem stillinger årlig, og at det dermed ikke rammet andre grupper uforholdsmessig hardt. Det ble videre vist til at stipendiatene ikke ble gitt fast stilling i NRK i etterkant av ordningen. Stipendiatene ble kun gitt en tilnærmet lik posisjon som andre ansatte i NRK til å søke på stillinger internt. Stipendiatene ble også i etterkant av ordningen gitt fortrinn til stillinger dersom de var like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som andre søkere. Nemnda fant imidlertid at dette var en form for moderat kvotering og at dette var tillatt.

Opphøre når formålet er nådd

Det tredje vilkåret for positiv særbehandling er at særbehandlingen må opphøre når formålet er nådd. Også dette vilkåret ble lovfestet ved lovendringene i 2013.

Utgangspunktet er dermed at ordninger med positiv særbehandling bør være av midlertidig karakter. For noen grupper kan det imidlertid være behov for kontinuerlig positiv særbehandling for å oppnå reell likestilling. Bestemmelsen skal ikke være til hinder for varige ordninger der det er behov for dette. For eksempel vil vanskeligheter som følge av nedsatt funksjonsevne sjelden seg løse én gang for alle. Departementet legger derfor til grunn at generelle, varige ordninger som på en egnet måte er rettet inn mot å kompensere for funksjonsnedsettelse, i de fleste tilfeller vil være lovlige.

9.3.2.3 Forskrift om positiv særbehandling av menn og personer med nedsatt funksjonsevne

Det er et vilkår for positiv særbehandling at særbehandlingen er «egnet til å fremme lovens formål». Ettersom likestillingsloven ifølge formålsbestemmelsen i § 1 skal

«fremme likestilling uavhengig av kjønn», men også «særlig [tar] sikte på å bedre kvinners stilling», vil adgangen til å særbehandle menn være snevrere enn for kvinner.

Likestillingsloven § 7 annet ledd gir Kongen adgang til å gi forskrift om hvilke former for særbehandling som tillates i medhold av denne loven, herunder særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn. Slik forskrift er gitt i forskrift om særbehandling av menn 17. juli 1998.²⁵⁰ Forskriften regulerer uttømmende adgangen til å særbehandle menn.²⁵¹ Bakgrunnen for forskriftsbestemmelsen er at komitéflertallet i sin uttalelse ved behandlingen av St.meld. nr. 70 (1991–1992) gikk imot en allmenn adgang til positiv særbehandling av menn. Komiteen støttet i stedet en positiv særbehandling av menn i form av visse særtiltak for å få flere menn inn i barnehager, grunnskolen og barnevernsinstitusjoner.²⁵²

9.3.2.4 Forskrifter om statens tjenestemenn – positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne

Forskrift om statens tjenestemenn av 11. november 1983 nr. 1608 § 9 inneholder en bestemmelse om positiv særbehandling av funksjonshemmede arbeidssøkere. Det fremgår av § 9 første ledd at dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, skal det alltid innkalles minst én slik søker til konferanse før det gis innstilling. I tillegg er det presisert i annet ledd at dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen. Etter sin ordlyd gjør bestemmelsen et unntak fra kvalifikasjonsprinsippet og hjemmel for radikal kvotering, i form av at personer som oppgir å være funksjonshemmet eller yrkeshemmet kan gå foran andre søkere uavhengig av de andre søkeres kvalifikasjoner. I forarbeidene er det lagt til grunn at forskriften til tjenestemannsloven § 9 vil ligge innenfor rammene av det som er legitimt etter den nye bestemmelsen om positiv særbehandling, og at spørsmålet om hvilken positiv forskjellsbehandling som kan aksepteres, må vurderes konkret og eventuelt avklares gjennom rettspraksis.²⁵³

9.3.2.5 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 13-6 slår fast at særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling ikke er i strid med lovens kapittel 13. I tillegg er det presisert at særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd. Bestemmelsen har mistet mye av sin betydning etter at en rekke diskrimineringsforbud har blitt flyttet over til diskrimineringslovene. Bestemmelsen vil imidlertid kunne ha betydning for eksempel ved positive tiltak som har til formål å beskytte eller styrke posisjonen til eldre eller yngre

²⁵⁰ FOR-1998-07-17-622.

²⁵¹ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20.2 s. 171.

²⁵² Ot.prp. nr. 29 (1994–1995).

²⁵³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.12.7 s. 124–125.

arbeidstakere. I forarbeidene er det presisert at bestemmelsen er en unntaksregel som skal tolkes snevert.²⁵⁴

10 Forbud mot trakassering og seksuell trakassering

10.1.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre reglene om trakassering og seksuell trakassering i en felles lov. I den grad departementet foreslår eller drøfter endringer i reglene om trakassering og seksuell trakassering, fremgår dette av høringsnotatet kapittel 7.4.

10.1.2 Gjeldende rett

10.1.2.1 *Grunnloven*

Grunnloven verner både ytringsfriheten og menneskers rett til ikke å bli diskriminert, jf. Grunnloven §§ 100 og 98. Det betyr at ytringsfriheten og diskrimineringsvernet må avveies mot hverandre. Et lovfestet forbud mot trakassering er ikke i strid med ytringsfriheten. Trakasserende ytringer må likevel vurderes opp mot ytringsfriheten.

10.1.2.2 *Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering*

Trakassering kan defineres som krenkende behandling som er knyttet til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag. Hvis trakasseringen skjer i form av direkte eller indirekte forskjellsbehandling, vil atferden kunne rammes av de generelle diskrimineringsforbudene. Diskrimineringslovene har imidlertid egne regler som forbyr trakassering uavhengig av om noen har blitt forskjellsbehandlet eller ikke.

Likestillingsloven § 8 forbyr trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering. Diskrimineringsloven om etnisitet § 9 forbyr trakassering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8 forbyr trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8 forbyr trakassering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk.

Begrepet trakassering er likt utformet i de fire lovene, og skal tolkes på samme måte.²⁵⁵

Trakasseringsforbudene definerer trakassering som handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende. Bestemmelsene kan dermed ramme et vidt spekter av atferd som skaper eller har til formål å skape ulike former for ubehag hos den som atferden rammer. Trakassering kan for eksempel skje i form av aktive handlinger, som fysisk plaging eller ødeleggelser.

En rekke former for plagsom og sjikanøs adferd vil kunne være trakassering. Det kan skje i form av aktive handlinger, som fysisk plaging, ødeleggelser, brannstiftelse mv. Videre

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) punkt 8.5.5 s. 43.

²⁵⁵ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 side 162.

kan trusler om vold mot fornærmede eller hans/hennes nærmeste, krenkende tilrop, telefonsjikaner, brev eller e-post med nedsettende innhold, graffiti på privat eiendom, dumping av søppel og ekskrementer i private hjem, være eksempler på trakassering.²⁵⁶ Trakassering kan også være unnlater, som for eksempel utfrysning og andre former for sosial utstøtelse. Trakasseringsforbudet er ikke ment å innskrenke arbeidsgivers styringsrett. Dersom for eksempel en gravid kvinne stadig blir pålagt arbeidsoppgaver som hun ikke kan utføre på grunn av graviditeten, vil imidlertid dette kunne rammes av forbudet mot trakassering.

Kravet om at atferden må være «krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende», viser at det ikke er tilstrekkelig at atferden er plagsom eller irriterende. Det kreves en viss alvorlighetsgrad. Med dette siktes det som regel til gjentakende, vedvarende eller grove handlinger eller ytringer som virker krenkende, skremmende, fiendtlige eller nedverdiggende. Men også et enkeltstående tilfelle av uønsket atferd kan både i og utenfor arbeidslivet være ulovlig trakassering.²⁵⁷ Ved enkeltstående tilfeller vil det likevel kreves en mer kvalifisert alvorlighetsgrad.

Ifølge forarbeidene må det foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i den fornærmedes opplevelse av atferden. Fornærmedes subjektive vurdering må i tillegg suppleres av en mer objektiv vurdering av atferdens alvorlighetsgrad. Relevante momenter er blant annet handlingen, unnlateren eller ytringens grovhet og forholdene atferden har funnet sted under. Andre momenter er om atferden har gjentatt seg eller pågått over tid, om fornærmede har gitt uttrykk for at den er uønsket, eller om den som stilles til ansvar for trakasseringen selv innså eller burde innsett at handlingen virket krenkende.²⁵⁸ Også relasjonen og maktforholdet mellom partene må inngå i vurderingen.²⁵⁹

Verken ordlyd eller forarbeider stiller krav om subjektiv skyld hos den som har utført trakasseringen. Både tilsiktet og utilsiktet trakassering er derfor forbudt. Heller ikke EU-direktivene stiller krav om at den som trakasserer var klar over at den aktuelle atferden var krenkende. Det kan være rettssikkerhetsmessig betenkelig å dømme noen for trakassering som faktisk ikke forsto at atferden virket krenkende. Trakasseringsforbudet omfatter imidlertid bare atferd som er av en viss alvorlighetsgrad. Hvorvidt gjerningspersonen forsto eller burde ha forstått at handlingen, unnlateren eller ytringen ville virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende, vil likevel inngå som ledd i vurderingen av om handlingen er tilstrekkelig alvorlig til å utgjøre trakassering. Dersom disse vilkårene er oppfylt, må det være en presumsjon for at vedkommende forsto eller burde forstå at atferden virket krenkende. Bestemmelsen bør i lys av sitt formål ha en viss oppdragende effekt for å sørge for å gi et mest mulig effektivt

²⁵⁶ NOU 2002: 12 punkt 13.5.3.5 s. 243–244.

²⁵⁷ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 side 162.

²⁵⁸ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 38 og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.8.7 side 112–114.

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 44 (2004–2004) punkt 7.6.2.2 og Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 161.

trakasseringsvern. *Krav om årsakssammenheng mellom trakasseringen og diskrimineringsgrunnlaget*

Handlingen, unnlåtelsen eller ytringen må videre være knyttet til et vernet diskrimineringsgrunnlag, jf. uttrykksmåten «på grunn av» for eksempel kjønn. Det må derfor være årsakssammenheng med den aktuelle atferden eller ytringen og det at en person for eksempel har en viss etnisk bakgrunn. Atferd som er utslag av andre forhold enn det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, er derfor ikke trakassering. Det er imidlertid ikke et krav om at atferden, ytringen mv. direkte må handle om et vernet diskrimineringsgrunnlag. Atferden må være motivert av eller faktisk rette seg mot fordommer eller hat overfor faktiske eller tillagte egenskaper ved personer eller grupper, og at disse egenskapene tillegges negativ verdi. Et vurderingstema er om atferden synes å være bygget på negative stereotypier, fordommer eller forakt mot forhold som etnisitet, nedsatt funksjonsevne, kjønn mv.

Forbudet mot trakassering er absolutt. En trakasserende atferd vil derfor ikke kunne begrunnes som saklig etter reglene om lovlig forskjellsbehandling.²⁶⁰

I forarbeidene er det presisert at også antatt, tidligere eller fremtidige nedsatt funksjonsevne, etnisitet, religion og livssyn er vernet av trakasseringsforbudet. Det samme gjelder trakassering som skjer på grunn av tilknytning til andre personer som er vernet av ett av de nevnte diskrimineringsgrunnlagene.²⁶¹ Spørsmålet er ikke omtalt i tilknytning til andre diskrimineringsgrunnlag.

Forbudet kan også omfatte ytringer. Trakasserende ytringer må imidlertid vurderes opp mot ytringsfriheten i Grunnloven § 100 sammenholdt med diskrimineringsvernet i Grunnloven § 98. Det er derfor bare ytringer som konkret er rettet mot én eller flere enkeltpersoner som etter omstendighetene kan rammes. Krenkende ytringer som ledd i en offentlig debatt som rammer en gruppe som sådan, omfattes ikke av forbudet mot trakassering.²⁶²

10.1.2.3 Seksuell trakassering

Likestillingsloven § 8 forbyr også seksuell trakassering. Seksuell trakassering er definert som uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.

Grensedragningen mellom kjønnstrakassering og seksuell trakassering er flytende og forbudene kan overlape hverandre. Kjønnstrakassering kjennetegnes imidlertid ved at noen blir mobbet eller stemplet som uegnet fordi de er av et bestemt kjønn uten at det foreligger et seksuelt aspekt ved handlingen eller ytringen. Kjønnstrakassering skiller seg fra seksuell trakassering i form ved at atferden typisk har til hensikt å ydmyke eller fornærme kvinner, men er samtidig blottet for seksuell interesse, ved for eksempel bruk av sterkt nedsettende karakteristikk som «jævla hore».

²⁶⁰ Se også Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 38.

²⁶¹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 208 og Prop. 88 L (2012–2013) s. 181.

²⁶² Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 38 og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) kapittel 9.8.7 s. 112.

Med seksuell oppmerksomhet menes at oppmerksomheten må være seksuelt betont eller av seksuell karakter. Oppmerksomheten kan være av verbal, ikke-verbal eller fysisk karakter. Dette kan omfatte alt fra blick, berøring og kommentarer og til voldtekt og voldtektsforsøk.²⁶³ Seksuell trakassering kan også skje dersom noen får tilsendt bilder eller videoer med seksuelt innhold via eksempelvis brev, telefon eller internett.²⁶⁴ Seksuell trakassering vil ofte være knyttet til et behov for å utøve makt gjennom seksuell oppmerksomhet. For at det skal foreligge «seksuell oppmerksomhet», bør det likevel ikke være et krav at atferden er motivert av et seksuelt begjær.

Det kan også dreie seg om seksualiserte ytringer om en persons kroppsdel, eller andre seksuelle hentydninger eller kommentarer. Forbudet kan for eksempel omfatte eksplisitte seksuelle spørsmål, å spre rykter om en persons seksuelle forhold eller gjentatte seksuelle spøker. Det er likevel en tendens i rettspraksis til at ytringer med et seksuelt innhold som regel ikke regnes som tilstrekkelig alvorlige til å omfattes av forbudet mot seksuell trakassering.²⁶⁵

Det er et vilkår at den seksuelle oppmerksomheten er «uønsket». Med dette menes at oppmerksomheten verken er velkommen eller gjensidig. Både uttrykksmåten «uønsket» og forarbeidene viser at vurderingen skal ta utgangspunkt i oppfatningen til den som blir rammet av oppmerksomheten. Det er i tillegg et krav om at den som utøver oppmerksomheten i ord eller handling blir gjort oppmerksom på at den er uønsket.²⁶⁶

Den uønskede seksuelle oppmerksomheten må også være «plagsom» for den oppmerksomheten rammer. Tilleggsvilkåret gir uttrykk for at det ikke er tilstrekkelig at oppmerksomheten er uønsket. Samtidig skal også vurderingen av om oppmerksomheten har vært plagsom skje med utgangspunkt i oppfatningen til den som rammes. Om handlingen er plagsom må avgjøres ut fra en helhetsvurdering der en rekke momenter vil være relevante.²⁶⁷ Personens egen opplevelse av oppmerksomheten må veie tungt i helhetsvurderingen. Ifølge forarbeidene må det i tillegg foretas en objektiv vurdering i lys av den seksuelle oppmerksomhetens art, omstendighetene den seksuelle oppmerksomheten har funnet sted under, herunder hvor og når forholdet fant sted, og relasjonen mellom partene.²⁶⁸

Seksuell trakassering kan være en måte å ydmyke og utøve makt på. Dersom det foreligger et skjevt maktforhold mellom partene, for eksempel dersom den som blir trakassert er i en underordnet posisjon overfor den som utviser den seksuelle oppmerksomheten, vil trolig atferden lettere anses som plagsom. Relasjonen mellom

²⁶³ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.2 s. 72 flg.

²⁶⁴ NOU 2012: 15 kapittel 14.3.3 s. 275.

²⁶⁵ Se blant annet LG-2006-95785 og EU-domstolens avgjørelse i Anna Maria Campogrande v Eu kommisjonen (First Chamber), på fransk.

²⁶⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.2 s. 72.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.2.

²⁶⁸ Rt. 2002 s. 273 på s. 275.

partene er derfor et sentralt vurderingstema. Andre momenter er tid og sted for handlingen. Dersom handlingen har funnet sted åpenlyst i arbeidstiden med andre mennesker til stede, vil oppmerksomheten lettere anses som plagsom. Et annet moment i vurderingen vil være om handlingen har hatt negative konsekvenser for den fornærmede i form av fysiske eller psykiske problemer, eller går utover fornærmedes arbeidsliv eller studieliv. Om handlingene har pågått over tid er et annet moment. Ett enkelt tilfelle av uønsket seksuell oppmerksomhet kan representere seksuell trakassering, men det kreves da mer av handlingen og omstendighetene den har funnet sted under for at den skal anses som plagsom.²⁶⁹

Det kan være vanskelig å skille forbudet mot trakassering på grunn av kjønn fra forbudet mot seksuell trakassering. Forbudene kan også være overlappende. Det er likevel enkelte grunnleggende forskjeller mellom de to forbudene.

Forbudet mot seksuell trakassering oppstiller ikke et krav om at atferden må virke eller ha til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende. Ved kjønnstrakassering er det ikke et krav at trakasseringen har en seksuell komponent, mens det for å rammes av forbudet mot seksuell trakassering er tilstrekkelig at det er utvist uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.

Delt bevisbyrde

Reglene om delt bevisbyrde kommer til anvendelse ved trakassering og seksuell trakassering, jf. blant annet likestillingsloven § 27 annet ledd. Ofte står det påstand mot påstand om hva som har skjedd, og det kan være vanskelig å underbygge påstandene med faktiske bevis. I mange tilfeller er det verken vitner eller håndfast bevismateriale. I LA-2009-202366 la Agder lagmannsrett vekt på at kvinnens historie var underbygget i en sykepleier- og legejournal, der hun detaljert hadde omtalt hendelsene.²⁷⁰ Videre hadde kvinnen fortalt om konkrete hendelser av seksuell trakassering til en venninne og sin sønn, dette ble også sett på som troverdig bevis. Arbeidsgiver viste til at ingen hadde vært vitne til de påståtte hendelsene. Lagmannsretten la imidlertid til grunn at «det nærmest ligger i sakens natur at den som ønsker å utsette en annen for seksuell trakassering av den art som det her er tale om, sørger for at det skjer uten at andre er tilstede».

Lagmannsretten la følgelig ikke avgjørende vekt på at ingen kunne bevitne hendelsene.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med arbeidsgiveres og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner sin plikt å forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med loven.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.2.

²⁷⁰ LA-2009-202366.

10.1.2.4 Håndheving

Likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemnda håndhever forbudet mot trakassering på grunn av samtlige diskrimineringsgrunnlag unntatt seksuell trakassering.²⁷¹ Domstolene håndhever forbudet mot seksuell trakassering.

10.1.2.5 Særlig om arbeidsgivers ansvar ved trakassering

En arbeidsgiver vil for det første kunne holdes direkte ansvarlig for ulovlig trakassering hvis arbeidsgiver personlig eller arbeidsgiver som juridisk person (for eksempel ved styret) trakasserer en ansatt. Videre vil arbeidsgiver kunne bli holdt ansvarlig for trakassering rettet mot en ansatt når trakasseringen er begått av andre ansatte, kunder, klienter osv., så lenge trakasseringen har skjedd i arbeidslivet.²⁷²

10.1.2.6 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 13-1 (2) forbyr trakassering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder. Det fremgår av forarbeidene at begrepet trakassering skal tolkes på samme måte som i arbeidsmiljøloven § 4-3 (3), der det heter at «Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden».²⁷³ I forarbeidene heter det at både seksuell trakassering og andre former for trakassering er omfattet av trakasseringsforbudet.²⁷⁴ Etter arbeidsmiljøloven er det et krav at handlingene har skjedd gjentatte ganger over tid for å defineres som trakassering eller utilbørlig opptreden. Det er også et krav om ubalanse i styrkeforholdet mellom partene.²⁷⁵

Reglene om delt bevisbyrde kommer til anvendelse i saker om trakassering etter arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. arbeidsmiljøloven § 13-8, jf. § 13-1 (2). Regelen om delt bevisbyrde gjelder imidlertid ikke for trakassering etter arbeidsmiljøloven § 4-3.

Likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemnda håndhever forbudet mot trakassering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder. Arbeidstilsynet fører tilsyn med og gir pålegg etter bestemmelsen i § 4-3 (3), jf. arbeidsmiljøloven § 18-1 (1).

10.1.3 Internasjonale forpliktelser

Trakassering

Flere menneskerettskonvensjoner pålegger norske myndigheter en plikt til å reagere overfor trakassering.²⁷⁶ Etter FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 2 skal konvensjonspartene motarbeide samfunnsskadelige hatytringer.

²⁷¹ jf. blant annet likestillingsloven § 26 første ledd bokstav a.

²⁷² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 9.2.8.3 s. 80.

²⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 325.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 65.

²⁷⁵ Se blant annet Rt. 1997 s. 786 (Falken-dommen).

²⁷⁶ Se blant annet FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 20, FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 2 nr. 1 og artikkel 4, FNs kvinnediskrimineringskonvensjon

Seksuell trakassering

FNs kvinnediskrimineringskonvensjon inneholder ikke noen egen bestemmelse om seksuell trakassering, men inneholder en rekke bestemmelser om at statene skal treffe alle «egnede» eller «tjenlige» tiltak for å motvirke diskriminering av kvinner og sikre en effektiv beskyttelse av kvinner, «via kompetente nasjonale domstoler og andre offentlige institusjoner». FNs kvinnediskrimineringskomité har imidlertid uttalt at konvensjonen gir kvinner et vern mot seksuell trakassering. Komiteen har definert seksuell trakassering på følgende måte:

«[s]exual harassment includes such unwelcome sexually determined behavior as physical contact and advances, sexually colored remarks, showing pornography and sexual demand, whether by words or actions».²⁷⁷

10.1.4 EU- og EØS-rett

Trakassering

Forbud mot trakassering er inntatt i en rekke EU-direktiver, blant annet rammedirektivet og rasediskrimineringsdirektivet artikkel 2 nr. 3, Likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c og direktivet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med tilgang til varer og tjenester artikkel 2 bokstav c. Begrepet trakassering har samme utforming i de ulike EU-direktivene. For eksempel er trakassering definert som forskjellsbehandling i rammedirektivet artikkel 2 nr. 3 hvis:

«en uønsket opptreden i relation til en af de i artikel 1 anførte grunde finder sted med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima.»

Direktivene krever for det første at atferden må være uønsket. I tillegg må atferden ha til formål eller virkning å krenke en persons verdighet og skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig klima. Den krenkede verdigheten må følgelig bygge på en objektivt sett uønsket eller kritikkverdig opptreden som overskrider en viss tålegrense. Krenkelsen av en persons verdighet er et vilkår for å konstatere trakassering. Direktivene stiller derfor noe strengere vilkår for å konstatere trakassering enn de norske trakasseringsforbudene.

Uttrykksmåten «uønsket opptreden» viser at det er den fornærmedes subjektive opplevelse som er det sentrale. Tilsvarende vilkår er ikke inntatt i de norske lovtekstene, men det fremgår av forarbeidene at den fornærmede må oppleve atferden som uønsket.

Heller ikke uttrykket «ubehagelig klima» er benyttet i de norske diskrimineringslovene. Departementet antar likevel at de norske trakasseringsforbudenes oppstilling gir et tilstrekkelig vern mot slike forhold.

artikkel 2 bokstav b og artikkel 5 a og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

²⁷⁷ General recommendation No. 19, punkt 18 til KDK artikkel 11.

I Coleman-saken, C-303/06, slo EU-domstolen fast at trakasseringsforbudet i rammedirektivet også omfattet trakassering av en mor på grunn av hennes sønns nedsatte funksjonsevne.

Ifølge rammedirektivet artikkel 2 nr. 3 er det opp til medlemsstatenes nasjonale lovgivning og praksis å definere begrepet trakassering. Tilsvarende er ikke uttalt i Likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c.

Seksuell trakassering

Et forbud mot seksuell trakassering er inntatt i Likestillingsdirektivet og direktivet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med tilgang til varer og tjenester.

Begrepet er definert på følgende måte i direktivenes artikkel 2 nr. 1 bokstav d:

«sexchikane»: at der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke-verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima».

I EU-kommisjonens «Code of Practice» om seksuell trakassering heter det at det er opp til hvert individ å bestemme hva slags oppførsel som er akseptert og hva vedkommende finner å være støtende.²⁷⁸

Delt bevisbyrde

Delt bevisbyrde innebærer et lempeligere beviskrav enn det alminnelige beviskravet i sivilprosessen om sannsynlighetsovervekt og hovedregelen om at saksøker har bevisbyrden (tvilsrisikoen).

Delt bevisbyrde kommer til anvendelse i saker som gjelder trakassering eller seksuell trakassering i arbeidslivet, jf. blant annet Likestillingsdirektivet artikkel 19 og rammedirektivet artikkel 10, jf. Likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav a. Også ved tilgang til varer og tjenester er det en EØS-rettslig forpliktelse å ha regler om delt bevisbyrde i saker om kjønstrakassering eller seksuell trakassering, jf. artikkel 9, jf. artikkel 2 bokstav d sammenholdt med artikkel 4 nr. 3.

I andre trakasseringssaker *utenfor arbeidslivet* gjelder det ikke et krav om delt bevisbyrde. Unntaket gjelder saker om trakassering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 8, jf. artikkel 2 nr. 3. I EUs direktiv om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse, gjelder likevel prinsippet om delt bevisbyrde generelt for alle områder som omfattes av direktivet. Dette er ifølge artikkel 3 foruten arbeidslivets område, medlemskap og deltagelse i organisasjoner relatert til arbeidslivet, sosial beskyttelse, sosiale goder, utdanning, samt adgang til og levering av varer og tjenester, herunder bolig.

EU-reglene om delt bevisbyrde gjelder ikke i straffesaker.

²⁷⁸ EU commission 92/131/EEC, Code of Practice, punkt 2.

10.1.5 Nordiske lands rett

10.1.5.1 Sverige

Den svenske diskrimineringsloven 1. kap 4 § nr. 3 definerer trakassering som oppførsel som krenker en persons verdighet og som er forbundet med ett av diskrimineringsgrunnlagene kjønn, kjønnsidentitet eller uttrykk, etnisitet, religion eller tro, funksjonshemming, seksuell orientering eller alder. Ifølge forarbeidene er det et vilkår at den som trakasserer er klar over at atferden krenker noen på grunn av ett av de beskyttede diskrimineringsgrunnlagene.²⁷⁹ I tillegg er det presisert at også trakassering på grunn av feilaktige antagelser omfattes av forbudet.²⁸⁰

Den svenske diskrimineringsloven har følgende definisjon i av seksuell trakassering 5 § nr. 5: «sexuella trakasserier: ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet».

I den svenske loven er det ikke et krav om at atferden må være «uønsket» for å regnes som seksuell trakassering, slik det fremgår av direktivens definisjon. Dette kan indikere at det ikke vil stilles like strenge krav til bevis for at atferden var uønsket (spørsmålet er ikke berørt i de svenske forarbeidene). Samtidig vil seksuell oppmerksomhet som har som formål eller virkning å være krenkende, som regel også være uønsket.

I en sak fra den svenske Arbeidsretten ble en e-post med bilde av et støtende innhold ansett tilstrekkelig til å være seksuell trakassering.²⁸¹ Hovedbegrunnelsen var at kvinnens leder hadde blitt gjort oppmerksom på at kvinnene fant innholdet støtende før det ble sendt. Samtidig ble det ikke vurdert som seksuell trakassering å henge opp et bilde med seksuelt innhold, så lenge bildet ikke er rettet mot noen og ingen har uttrykt at de føler seg støtt av innholdet.²⁸²

10.1.5.2 Finland

Den finske diskrimineringsloven 14 § første ledd definerer trakassering som en handling som har til formål eller virkning å krenke en persons menneskeverd. Forutsetningen er at handlingen har sammenheng med ett av lovens vernede diskrimineringsgrunnlag og handlingen derfor skaper en stemning som gjør at personen fornedres eller ydmykes, eller som er hatefull, fiendtlig eller aggressiv mot han eller henne.

En arbeidsgiver er ansvarlig for diskriminering dersom arbeidsgiveren unnlater å iverksette tilgjengelige virkemidler for å forhindre trakasseringen etter å ha fått kunnskap om at en arbeidstaker har blitt utsatt for slik diskriminering i sitt arbeid, jf. annet ledd.

10.1.5.3 Danmark

Den danske loven om forbud mot forskjellsbehandling i arbeidslivet (lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (lov nr. 31 af 12/01/2005) forbyr trakassering

²⁷⁹ SOU 2006:22 s. 373.

²⁸⁰ SOU 2006:22 s. 374.

²⁸¹ AD 2011 No. 13, referert i Numhauser-Henning (2011) s. 24.

²⁸² AD 2011 No. 13, referert i Numhauser-Henning (2011) s. 11.

(«chikane»), jf. § 1 fjerde ledd. Uttrykket «Chikane» har samme innhold som trakassering i de norske diskrimineringslovene. Den danske definisjonen av seksuell trakassering er, i likhet med den finske, utformet etter mønster av direktiv 2006/54/EF og 2004/113/EF (arbeidslivet og varer og tjenester).

10.1.5.4 Island

Den islandske likestillingsloven har en noe mer detaljert definisjon av seksuell trakassering: «Sexual harassment: Any type of unfair and/or insulting sexual behaviour which is unwelcome and impairs the self-respect of the person affected by it, and which is continued in spite of a clear indication is given that it is unwelcome. This harassment may be physical, verbal or symbolic. A single instance may be considered sexual harassment if it is serious.» Island har altså ikke innarbeidet «formål eller virkning» i definisjonen.

11 Forbud mot gjengjeldelse

11.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre forbudet mot gjengjeldelse i en felles diskrimineringslov. Spørsmålet om også personer som bistår i en klagesak skal være vernet av forbudet mot gjengjeldelse, drøftes i høringsnotatet kapittel 7.5.

11.2 Gjeldende rett

11.2.1.1 Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Likestillingsloven § 9, diskrimineringsloven om etnisitet § 10, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 9 forbyr å gjøre gjengjeld mot noen som har fremmet klage om brudd på loven, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet. Dette gjelder likevel ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Forbudet gjelder også overfor vitner i en klagesak. Det er videre forbudt å gjøre gjengjeld mot noen som unnlater å følge en ulovlig instruks.

Forbudet mot gjengjeldelse er gitt en lik utforming i de fire diskrimineringslovene. Bestemmelsene skal tolkes på samme måte.²⁸³

Formålet med bestemmelsen er først og fremst at ofre for diskriminering ikke skal bli forhindret fra å få konstatert og sanksjonert en eventuell diskriminering. Forbudet mot gjengjeldelse forutsetter imidlertid ikke at det faktisk viser seg å være hold i klagen.

Begrepet «gjengjeld» gir uttrykk for at loven forbyr ulike former for *negative* motreaksjoner på at det er fremmet eller gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet. Det avgjørende er om handlingen kan ses som en følge av og motreaksjon på at den som opplever å ha vært utsatt for diskriminering tar skritt for å forfølge saken. EU-direktivene bruker begrepet «ugunstig behandling». Forbudet kan omfatte både formelle og uformelle

²⁸³ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 162.

reaksjoner. Hvilke handlinger, unnlatelser eller ytringer som omfattes vil bero på en vurdering av forholdene i den konkrete saken, herunder forholdet mellom partene. Med gjengjeld menes en handling eller ytring som medfører skade, ubehag eller ulempe for den enkelte, for eksempel at vedkommende blir sosialt utfryst, omplassert, fratatt arbeidsoppgaver eller utsatt for krenkende ytringer. Atferden må imidlertid bære preg av en sanksjon, og må derfor være av en viss alvorlighetsgrad. Det kan for eksempel dreie seg om en arbeidstaker som blir utsatt for en urimelig arbeidsbelastning, eller at en student som har klaget over trakassering blir behandlet på en krenkende måte i undervisningen.

Det må avgrenses mot normal imøtegåelse av en klage. Anklager om diskriminering og trakassering er belastende. Den anklagde må derfor ha en anledning til å gi uttrykk for sitt syn og sine motforestillinger. Det er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig å konstatere ulovlig gjengjeldelse bare fordi den som har fremmet en klage selv oppfatter imøtegåelsene som ubehagelige. Ved gjengjeldelse i form av ytringer, må det legges vekt på hvor graverende ytringene er, herunder om ytringene har bidratt til å skape et skremmende, truende eller ydmykende miljø.

For at det skal foreligge gjengjeldelse, er det videre nødvendig at det foreligger årsakssammenheng mellom klagen og den ugunstige handlingen. Sagt på en annen måte må den ugunstige handlingen helt eller delvis være motivert av klagen. Dette kan blant annet bero på tiden som har gått fra klagen til den ugunstige behandlingen finner sted.²⁸⁴

Det er ikke nødvendig at det er fremmet eller gitt uttrykk for at klage vil bli fremmet overfor håndhevingsorganer eller domstoler. Det er tilstrekkelig at vedkommende har tatt skritt for å få en avklaring av om det er tale om en sak om forskjellsbehandling, for eksempel ved at klageren har kontaktet tillitsvalgt eller advokat, eller tatt opp saken med arbeidsgiver. En henvendelse til ombudet vil også være tilstrekkelig.²⁸⁵

Gjengjeldelsesforbudet beskytter enhver som har fremmet klage om brudd på loven, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet, jf. uttrykket «noen». Dersom andre enn den som har blitt diskriminert har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet eller har fremmet en klage på vegne av den som er diskriminert, er vedkommende beskyttet mot gjengjeldelse.

Forbudet beskytter også *vitner* mot gjengjeldelse. Begrepet vitner skal forstås i vidt, slik at alle som kan bidra med opplysninger om hva som har foregått, er omfattet.²⁸⁶ Tillitsvalgte og fullmektiger er imidlertid ikke regnet som «vitner».²⁸⁷

Forbudet mot gjengjeldelse gjelder ikke dersom klageren eller vitnet har opptrådt grovt uaktsomt. Dette er i tråd med gjengjeldelsesforbudet etter arbeidsmiljøloven kapittel 2-5. Uttrykket «grovt uaktsomt» skal ifølge forarbeidene vurderes i lys av vanlige sivilrettslige

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) punkt 4.6.2.

²⁸⁵ Ot.prp. nr. 34 (2004–2005) punkt 13.1.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) kapittel 9.10.7 s. 119.

²⁸⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 12/314.

aktsomhetsnormer. Høyesterett har definert skyldformen grov uaktsomhet som «et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet».²⁸⁸ Klageren eller vitnet skal derfor være sterkt å klandre for å frata vedkommende beskyttelsen mot gjengjeldelse. Dette er i tråd med gjengjeldelsesforbudet i arbeidsmiljøloven § 2-5, jf. § 24.

Regelen om delt bevisbyrde kommer til anvendelse i saker om gjengjeldelse.²⁸⁹ Det stilles ikke særlig strenge krav til å sannsynliggjøre at det foreligger en gjengjeldelse. Det er tilstrekkelig at opplysningene gir holdepunkter for dette. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke.²⁹⁰

11.2.1.2 Arbeidsmiljøloven

I arbeidsmiljøloven § 2-5 er det inntatt et forbud mot å gjøre gjengjeld mot arbeidstaker som lojalt varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten. De kritikkverdige forholdene kan være relatert til arbeidsmiljø, ukultur, korrupsjon, andre ulovligheter og uetisk eller skadelig aktivitet. Etter § 2-4 annet ledd skal arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen være forsvarlig. Ifølge arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd er gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 forbudt. Forbudet mot gjengjeldelse gjelder derfor ikke hvis varsleren har gått utover de grenser som følger av lojalitetsplikten. I Rt. 2003 s. 1614 ble en arbeidstaker avskjediget etter å ha fremsatt beskyldninger mot virksomheten. Avskjeden ble ansett å være rettmessig. Høyesterett åpnet for at ansatte kunne fremme kritiske ytringer, men beskyldningene var grunnløse og ikke forsøkt dokumentert, og de lå dermed utenfor det som kunne godtas.

11.3 EU- og EØS- rett

Det er inntatt et uttrykkelige forbud mot gjengjeldelse i Likestillingsdirektivet (direktiv 2006/54/EF) artikkel 24, direktivet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med tilgang til varer og tjenester (direktiv 2004/113/EF) artikkel 10, rammedirektivet (direktiv 2000/78/EF) artikkel 11 og rasediskrimineringsdirektivet (direktiv 2000/43/EF) artikkel 9. Forbudene mot gjengjeldelse er noe ulikt utformet i de forskjellige direktivene. Felles for direktivene er at gjengjeldelse ikke er definert som diskriminering, og heller ikke knyttet til bestemte diskrimineringsgrunnlag. Som eksempel kan det nevnes at Likestillingsdirektivet artikkel 24 krever at medlemsstatene innfører nødvendige foranstaltninger for å beskytte arbeidstakere mot «afskedigelse eller anden ugunstig 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.»

²⁸⁸ Se blant annet Rt. 1989 s. 1318 på side 1322 og Rt. 1995 s. 486.

²⁸⁹ Se blant annet diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 30 annet ledd bokstav a.

²⁹⁰ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) punkt 9.7.3 side 57–59.

12 Forbud mot instruks

12.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre forbudet mot instruks om å diskriminere, trakassere eller gjøre gjengjeld i en felles lov.

12.2 Gjeldende rett

Det er forbudt å instruere noen om å diskriminere, trakassere eller gjøre gjengjeld i strid med diskrimineringslovene, jf. likestillingsloven § 10, diskrimineringsloven om etnisitet § 11, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 10, diskrimineringsloven om seksuell orientering § 10 og arbeidsmiljøloven § 13-1 (2). Bestemmelsene skal tolkes på samme måte.²⁹¹

Med instruks menes ordre, retningslinjer, formaninger, befalinger mv. overfor en eller flere personer. Forbudet rammer så vel skriftlige som muntlige ytringer. Forbudet gjelder både konkrete og generelle instruks. Eksempler på generelle instruks er at styret i et aksjeselskap instruerer om at det ikke skal ansettes personer med nedsatt funksjonsevne i selskapet. Det fremgår forutsetningsvis av begrepet instruks at det må foreligge et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold mellom den som gir instruks og den som utfører den, for eksempel forholdet mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker.²⁹² Bestemmelsen krever følgelig et hierarkisk forhold mellom den som oppfordrer til og den som oppfordres til å diskriminere.

Bestemmelsen forutsetter at det instrueres om et forhold som vil være i strid med loven. Det må dermed vurderes om en instruks om for eksempel forskjellsbehandling av kvinner og menn likevel vil være lovlig etter reglene om saklig forskjellsbehandling eller positiv særbehandling før det kan konstateres at instruks er i strid med loven. Derimot er det ikke nødvendig at instruks faktisk er blitt fulgt og dermed hatt en diskriminerende effekt. Gjerningsbeskrivelsen vil være oppfylt fra instruksgeberens side i og med instruks. Derimot vil det ikke være anledning til å kreve erstatning eller oppreisning dersom instruks ikke har gitt seg utslag i en diskriminerende virkning.

12.3 EU- og EØS-rett

Instruks om å diskriminere er definert som diskriminering i en rekke EU-direktiver, blant annet rasediskrimineringsdirektivet artikkel 2 nr. 4, rammedirektivet artikkel 2 nr. 4, Likestillingsdirektivet artikkel 2 nr. 2 og direktivet om varer og tjenester artikkel 4 nr. 4. Begrepet instruks er imidlertid ikke definert i direktivene.

²⁹¹ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 162.

²⁹² Se blant annet Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) kapittel 8.3.5.6 s. 37–38.

12.4 Nordisk rett

Instruksjoner eller befalinger om å diskriminere er definert som diskriminering etter den finske diskrimineringsloven 8 § annet ledd. Ifølge forarbeidene er det ikke et krav at instruksjonen har hatt en diskriminerende virkning. Derimot må den som instruerer befinne seg i en slik posisjon overfor den som instrueres at vedkommende kan gi en forpliktende instruks.²⁹³

Den svenske diskrimineringsloven 1 kap. 4 § nr. 6 definerer instruksjoner om å diskriminere som ordrer eller instruksjoner om direkte diskriminering, indirekte diskriminering, manglende tilgjengelighet, trakassering og seksuell trakassering. Lovteksten inneholder et uttrykkelig krav om at det må foreligge et lydighets- eller avhengighetsforhold mellom den som instruerer eller som på grunn av instruksjonen har påtatt seg å fullføre oppdraget.

Den danske forskjellsbehandlingsloven kapittel 1 § 1 femte ledd slår fast at en instruks om å diskriminere utgjør diskriminering. Det fremgår av forarbeidene at den som gir instruksjonen må ha instruksjonsmyndighet eller tilsynsrett over personen som blir gitt instruksjonen, slik at det foreligger et over- eller underordningsforhold, jf. Lovforslag nr. L 40 den 22 oktober 2003. Tilsvarende følger av loven om etnisk likebehandling kapittel 1 § 3 femte ledd.

12.5 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009:14)

Utvalget foreslo å videreføre bestemmelsene i likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven. Utvalget foreslo videre at forbudet mot instruks om diskriminering skulle utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

12.6 Departementets vurderinger og forslag

Departementet støtter utvalgets forslag om å videreføre forbudet mot instruks om diskriminering, trakassering og gjengjeldelse. Forbudet bør gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Et forbud mot instruks kan ha en viktig preventiv effekt. Departementet legger også vekt på at også EU-direktivene forbyr instruks om å diskriminere.

Departementet har vurdert om også situasjoner hvor det ikke foreligger et underordnings-, lydighets- eller avhengighetsforhold bør omfattes av forbudet mot instruks. For eksempel kan det tenkes at en gruppe ansatte overtaler sin arbeidsgiver til ikke å ansette personer med en viss etnisk opprinnelse, eller at medlemmene i en organisasjon presser ledelsen i organisasjonen til å utelukke medlemmer med en bestemt religiøs tro. Slike tilfeller vil ikke omfattes av gjeldende diskrimineringslovgivning. Departementet mener imidlertid at det verken er nødvendig eller ønskelig å gå bort fra et krav om underordnings- eller lydighetsforhold. For det første vil fravær av et underordningsforhold gjøre det mindre sannsynlig at instruksjonen vil lede til diskriminering. Hensynet til prevensjon og et effektivt

²⁹³ RP 19/2014 rd side 73.

diskrimineringsvern gjør seg dermed ikke like sterkt gjeldende dersom det ikke foreligger et underordningsforhold mellom den som instruerer og den som blir instruert. Loven bør kun forby instruksjoner der det er en ikke ubetydelig risiko for at den faktisk vil bli fulgt. For det andre vil instruksene eller presset til å diskriminere kunne rammes av forbudet mot medvirkning til diskriminering, trakassering eller gjengjeldelse dersom den som mottar instruksene velger å fullbyrde handlingen. Loven gir dermed en beskyttelse også for slike tilfeller.

Departementet bemerker at begrepet instruks skal fortolkes vidt for å unngå en uthuling av forbudet. Instruksene må være av en viss oppfordrende karakter. Det kan imidlertid ikke utelukkes at bestemmelsen også vil omfatte ytringer som har mer karakter av preferanser enn instruks, for eksempel dersom en leder sier at han foretrekker etnisk norske arbeidstakere.

Etter departementets syn bør det innfortolkes et krav om at den som gir instruksene forstår eller burde forstå at instruksene kan føre til diskriminering, trakassering eller gjengjeldelse i strid med loven. Departementet bemerker i den forbindelse at loven blant annet forbyr generelle instruks om indirekte diskriminering, noe som kan gjøre ansvaret vidtrekkende.

13 Forbud mot medvirkning

13.1.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre forbudet mot medvirkning i en felles lov og at forbudet skal omfatte alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

13.1.2 Gjeldende rett

Likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering

Likestillingsloven § 11, diskrimineringsloven om etnisitet § 12, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 og diskrimineringsloven om seksuell orientering forbyr medvirkning til å diskriminere, trakassere, gjøre gjengjeld eller instruere i strid med loven. Forbudet mot medvirkning er likt utformet i de fire lovene, og skal tolkes på samme måte.²⁹⁴

En del medvirkningshandlinger vil falle inn under ordlyden i forbudene mot diskriminering, trakassering, instruks og gjengjeldelse. Medvirkningsforbudet er imidlertid gitt for å sikre at ulike former for bistand til brudd på de aktuelle

²⁹⁴ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 162.

bestemmelsene rammes selv om medvirkningen ikke faller innunder ordlyden i de aktuelle forbudene.²⁹⁵

Både fysisk og psykisk medvirkning kan rammes av forbudet. Begrepet medvirkning skal ifølge forarbeidene forstås på samme måte som i strafferetten.²⁹⁶

Medvirkning til diskriminering utløser de samme regler om bevisbyrde og kan gi grunnlag for de samme sanksjonene som selve diskrimineringsforbudet.

Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven har ingen egne sivilrettslige bestemmelser om forbud mot medvirkning til diskriminering, instruks, trakassering eller gjengjeldelse. Derimot var medvirkning til brudd på arbeidsmiljøloven tidligere straffebelagt etter arbeidsmiljøloven §§ 19-1 og 19-2. Straffansvaret for medvirkning til brudd på arbeidsmiljøloven kapittel 13 om vern mot diskriminering ble opphevet av Stortinget 24. april 2015.²⁹⁷

13.1.3 EU- og EØS-rett og nordisk rett

EU-direktivene inneholder ikke forbud mot medvirkning. Direktivene er imidlertid ikke til hinder for at statene gir et mer omfattende diskrimineringsvern enn etter direktivene. Diskrimineringslovene i andre nordiske land har heller ikke uttrykkelige forbud mot medvirkning. Departementet er heller ikke kjent med diskrimineringslovgivning i andre land har eksplisitte forbud mot medvirkning.

13.1.4 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009:14)

Utvalget foreslo å videreføre forbudet mot medvirkning og at forbudet skulle utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Utvalget foreslo i tillegg en straffebestemmelse om grov medvirkning til overtredelse av forbudet mot diskriminering, trakassering eller instruks, jf. utvalgets lovforslag § 52.

13.1.5 Departementets vurderinger og forslag

Medvirkningsforbudet videreføres

Et medvirkningsansvar vil bare være aktuelt hvis en som bidrar til en diskriminerende handling ikke har overtrådt forbudet som ansvaret er begrunnet i, dvs. forbudet mot diskriminering, instruks, trakassering eller gjengjeldelse. I mange tilfeller vil det å gi bistand i forbindelse med en diskriminerende handling være et selvstendig brudd på diskrimineringsforbudet. Det kan derfor spørres om det er et behov for et eget

²⁹⁵ NOU 2005: 8 kapittel 10.9 s. 179, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 112–113 og Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 30.

²⁹⁶ Ot.prp.nr. 44 (2007–2008) kapittel 18 side 254, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) kapittel 10.7.4 side 112 og kapittel 20 side 207 og Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) s. 30–31.

²⁹⁷ Prop. 48 L (2014–2015).

medvirkningsforbud. Departementet er ikke kjent med andre land som har medvirkningsforbud i sin diskrimineringslovgivning.

Departementet foreslår likevel å videreføre forbudet mot medvirkning i en felles diskrimineringslov. Justis- og beredskapsdepartementet vurderte i forbindelse med ikrafttredelsen av straffeloven 2005 om medvirkningsforbudet i diskrimineringsloven om etnisitet burde oppheves. I høringsnotatet ble det reist spørsmål om også diskrimineringsloven om etnisitet § 12 om forbud mot medvirkning burde utgå. Departementet la i høringsnotatet til grunn at bestemmelsen burde beholdes, ettersom den har en side til andre sanksjoner enn straff. Dette standpunktet ble støttet i høringen av Likestillings- og diskrimineringsombudet, og departementet opprettholdt standpunktet om at § 12 bør beholdes.²⁹⁸

Departementet mener det er flere hensyn som tilsier at ulike former for bistand til diskriminering, trakassering, instruks og gjengjeldelse fortsatt bør være forbudt. Både hensynet til et preventivt vern og å hindre ansvarspulverisering tilsier at ingen som har bistått til brudd på loven bør gå fri for ansvar. Dette kan for eksempel være aktuelt der rekrutteringsbyråer på ulike måter medvirker til at en arbeidsgiver innstiller i strid med diskrimineringsforbudet, uten at rekrutteringsbyrået kan ilegges ansvar på selvstendig grunnlag. Hvis

Må en medvirker har utvist skyld for å rammes av medvirkningsforbudene i diskrimineringslovene?

Det er uklart om medvirkningsforbudene i diskrimineringslovene stiller krav om skyld. Etter ordlyden er det ikke krav om skyld (at medvirkeren forsto eller burde ha forstått at vedkommende medvirket til diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse). I ansettelsesforhold er heller ikke et krav om skyld bestemmelser om oppreisning og erstatning i diskrimineringslovene. På andre samfunnsområder gjelder ansvaret for oppreisning og erstatning bare dersom den som har diskriminert kan bebreides for dette (vanlig uaktsomhet).

Det følger av forarbeidene til alle de fire diskrimineringslovene at forbudet mot medvirkning i diskrimineringslovene skal forstås i tråd med medvirkningsforbudet i strafferetten.²⁹⁹ I strafferetten er det et krav at medvirkeren har utvist den skyld som straffebudet krever. Som hovedregel er det et krav om forsett. Strafferetten kan imidlertid også omfatte medvirkning som skyldes uaktsomhet hvis uaktsomhet er tilstrekkelig for overtredelse av det aktuelle straffebudet.³⁰⁰ Det generelle skyldkravet i erstatningsretten er derimot vanlig uaktsomhet.

Departementet mener rettssikkerhetshensyn tilsier at medvirkeren bare bør bli ansvarlig dersom medvirkeren har utvist skyld. En person som låner bort sin pc til en venn, og som

²⁹⁸ Prop. 64 L (2014–2015) kapittel 12 s. 180.

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) punkt 6.5, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 10.7.4 og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.11.5.

³⁰⁰ Se for eksempel Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

ikke forsto eller burde forstå at vennen ville benytte seg av muligheten til å sende sterkt krenkende meldinger, bør ikke rammes av lovens medvirkningsforbud. Et medvirkningsforbud uten hensyn til skyld kan bli særlig vidtrekkende i saker som gjelder indirekte diskriminering, hvor medvirkningsforbudene kan ramme ulike former for tilrettelegging og bistand til helt nøytrale avgjørelser som faktisk stiller for eksempel kvinner dårligere enn menn.

Hvilken skyldgrad kreves?

Spørsmålet blir dermed hvilken skyldgrad som bør kreves. Etter forarbeidene er det noe uklart om forbudet mot medvirkning i diskrimineringslovene både gjelder tilfeller der medvirkeren har utvist forsett eller uaktsomhet, eller om medvirkningsforbudet er begrenset til forsettlige medvirkningshandlinger i tråd med hovedregelen i strafferetten. Erstatningsretten rammer også uaktsomme handlinger. Det er heller ikke gitt at hva som utgjør erstatningsbetingende medvirkning bør vurderes på samme måte som straffbar medvirkning.³⁰¹

Etter departementets syn bør vanlig uaktsomhet være skyldkravet i saker om medvirkning etter diskrimineringslovgivningen. Det betyr at den som medvirket må ha forstått eller burde ha forstått at bistanden ville føre til diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse i strid med loven. Etter departementets syn er dette skyldkravet tettere knyttet opp mot handlingsnormene i diskrimineringslovgivningen enn forsettskravet i strafferetten. I strafferetten skal det lite til før den som har ytet bistand til en straffbar handling må sies å ha medvirket i strafferettslig forstand. Forbudet mot medvirkning i diskrimineringsloven bør ikke favne like vidt som det strafferettslige medvirkningsansvaret. Dette må ses i lys av at det etter strafferetten som hovedregel er et krav om forsett.

I strafferetten er det for øvrig ikke et vilkår at medvirkningen har vært nødvendig for resultatet.³⁰² I erstatningsretten er det derimot et vilkår at det er årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og en skade. Det samme gjelder i diskrimineringslovgivningen, herunder medvirkningsforbudet i diskrimineringslovgivningen. For å kunne konstatere brudd på diskrimineringsforbudet, må det være en årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og den aktuelle handlingen eller unnlatelsen. Det er dermed et vilkår om at bistanden må ha vært nødvendig for at det har skjedd diskriminering også hvis handlingen skal kunne rammes av medvirkningsforbudet.

Departementet legger til grunn at det må ha inntruffet en konstaterbar negativ virkning for at en handling skal innebære en *direkte* forskjellsbehandling. Ved *indirekte* forskjellsbehandling kan det etter omstendighetene være tilstrekkelig med en potensiell negativ virkning. Det samme må gjelde for forbudet mot medvirkning. For eksempel vil det ikke foreligge et brudd på medvirkningsforbudet hvis et rekrutteringsbyrå opplyser om en persons psykiske lidelser, og oppdragsgiveren likevel ikke vektlegger disse

³⁰¹ Dette er påpekt av Birgitte Hagland, «Erstatningsbetingende medvirkning», Gyldendal Akademisk, 2012, s. 81 og punkt 2.3.

³⁰² Rt. 1989 s. 1004.

opplysningene negativt. Det må altså faktisk ha skjedd diskriminering, trakassering mv. i strid med loven for at det skal bli tale om et medvirkningsansvar for en som har bistått til diskrimineringen.

14 Universell utforming og individuell tilrettelegging

14.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i hovedsak å videreføre reglene om å videreføre reglene om universell utforming og individuell tilrettelegging i en felles diskrimineringslov som særlige bestemmelser knyttet til diskrimineringsgrunnlaget funksjonsnedsettelse. Spørsmålet om plikten til individuell tilrettelegging også skal gjelde for gravide elever, studenter, arbeidssøkere og arbeidstakere, om plikten til universell utforming av IKT også skal gjelde for opplærings- og utdanningssektoren, samt spørsmålet om henvisningen til plan- og bygningsloven i gjeldende diskriminerings- og tilgjengelighetslov § 15 skal videreføres i en felles lov, drøftes i høringsnotatet kapittel 8.

14.2 Universell utforming

14.2.1 Hva er universell utforming? Å utforme og legge forholdene til rette for flest mulig

Universell utforming innebærer at produkter og omgivelser utformes på en slik måte at de kan brukes av alle mennesker, i så stor utstrekning som mulig, uten behov for tilpasning eller en spesiell utforming.³⁰³

Virksomheter rettet mot allmennheten har en plikt til universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon.³⁰⁴ Det betyr for eksempel at områdene i en butikk skal være tilgjengelige der kundene oppholder seg.

Universell utforming er definert som utforming eller tilrettelegging av *hovedløsningen* i de fysiske forholdene.³⁰⁵ Det betyr at alle fysiske forhold skal være tilrettelagt for flest mulig og være prioritert fremfor særløsninger. Dette gjelder også for informasjons- og kommunikasjonsteknologien (IKT).

Plikten til universell utforming er en rettslig standard, som er ment å utvikle seg i takt med samfunnsutviklingen, teknologiske nyvinninger osv. Generell tilrettelegging av hovedløsninger skal tilslutt gjøre stigmatiserende særløsninger helt overflødige.

³⁰³ Definisjonen er hentet fra «Universell utforming over alt! Planlegging og utforming av uteområder, bygninger, transport og produkter for alle.» Sosial- og helsedirektoratet, Avdeling for levekår, Deltasenteret og Statens råd for funksjonshemmede, november 2003.

³⁰⁴ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13

³⁰⁵ § 13 annet ledd.

14.2.2 Hvorfor universell utforming? Likestilling, inkludering og tilgjengelighet

Formålet med reglene om universell utforming er i første rekke å sikre at personer med funksjonsnedsettelse kan delta i samfunnet på lik linje med andre.³⁰⁶ Universell utforming handler om å skape et mer inkluderende og tilgjengelig samfunn gjennom å ta hensyn til ulike innbyggere. Reglene skal sikre en likeverdig tilgjengelighet for flest mulig der dette er avgjørende for deltagelse i samfunnsliv.³⁰⁷

Med universell utforming rettes oppmerksomheten på omgivelsene i stedet for egenskapene ved den enkelte personen. Tanken er at samfunnet skal være utformet på en slik måte at det skal kunne brukes av alle. Dette gjør at behovet for spesielløsninger, individuell tilrettelegging og assistanse blir betydelig redusert. Forskning viser også at universell utforming er samfunnsøkonomisk lønnsomt.³⁰⁸ Universell utforming bidrar til at eventuelle økonomiske byrder ved tilretteleggingen ikke linkes til personer med funksjonsnedsettelse, men blir standardløsninger som kommer alle til gode. Dette medfører samfunnskvaliteter som er positive for alle innbyggere. Også eldre vil kunne ha stor nytte av universell utforming som følge av nedsatt syn, hørsel og andre aldersrelaterte problemer.

14.2.3 Lovens regler om universell utforming og individuell tilrettelegging

Regler om universell utforming har i ulike former eksistert i den norske lovgivningen helt siden 1970-tallet. I 2008 ble det slått fast en generell plikt til universell utforming i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Loven representerte et stort skritt i retning av å inkludere personer med funksjonsnedsettelse i samfunnet.

Hovedutfordringen når det gjelder målene om full deltagelse og likestilling for personer med funksjonsnedsettelse, er knyttet til samfunnets utforming.³⁰⁹ Det ble derfor ansett nødvendig å innta egne bestemmelser i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven om denne formen for diskriminering.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven inneholder dermed en del bestemmelser som ikke finnes i de andre diskrimineringslovene. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er den eneste av de fire diskrimineringslovene som inneholder regler om universell utforming og individuell tilrettelegging. Bakgrunnen for reglene er en erkjennelse av at personer med funksjonsnedsettelse ofte blir diskriminert og utestengt ved manglende

³⁰⁶ NOU 2005: 8 punkt 10.12.4.2.

³⁰⁷ Se også Universell utforming – Fra ideal til rettsnorm, Nicolai Skjerdal og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 141.

³⁰⁸ Tiltak for universell utforming i bygg og uteområder. Veileder i samfunnsøkonomisk analyse. Utarbeidet av Analyse & Strategi, Vista Utredning og WSP Analys & Strategi på

oppdrag for Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD), 2011.

<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/urapportveileder.pdf> Se også «Universell utforming relatert til sosial og økonomisk bærekraft», Knudtzon og Medby, 2011. Universell utforming vil også kunne øke yrkesdeltagelsen blant personer med funksjonsnedsettelse, jf. NIBR-notat 2011:110.

³⁰⁹ NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet og NOU 2001: 22 Fra bruker til borger.

fysisk tilgjengelighet og tilrettelegging. Reglene er en presisering av det alminnelige diskrimineringsforbudet. Brudd på plikten til universell utforming i § 13 og retten til individuell tilrettelegging i §§ 16, 17 og 26 regnes derfor som diskriminering.³¹⁰

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kapittel 3 (§§ 13-17) og § 26 har regler om plikt universell utforming og rett til individuell tilrettelegging:

- § 13 pålegger en plikt til universell utforming
- § 14 pålegger en plikt til universell utforming av IKT (håndheves av Difi)
- § 16 gir rett til individuell tilrettelegging av kommunalt barnehagetilbud og tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven
- § 17 gir rett til individuell tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner
- § 26 gir rett til individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver

14.2.4 Nærmere om plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Hvem har plikt til å sikre universell utforming? Hva ligger i rettet mot allmennheten?

Alle offentlige og private virksomheter «rettet mot allmennheten» har plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon.

Med «rettet mot allmennheten» menes at virksomheten er generelt publikumsrettet.³¹¹ Vilkåret «rettet mot allmennheten» i § 13 og § 14 må tolkes bredt i lys av lovens formål. Formålet med plikten til universell utforming er å sikre at mennesker med ulike brukerforutsetninger og behov ikke blir ekskludert fra livs- og samfunnsområder hvor disse ferdes. Det bør derfor legges stor vekt på at universell utforming skal knyttes til den delen av virksomheten som er særskilt viktig i et deltakelsesperspektiv.

Begrepet «rettet mot allmennheten» i någjeldende § 13 og § 14 skal tolkes likt. Vilkåret innebærer at virksomheten innenfor sin funksjon må være rettet mot enhver. De som retter sine tilbud mot et bredt spekter av mennesker må også regne med å ta hensyn til ulike individuelle forutsetninger.³¹² Dreier det seg om et tilbud som over tid må ta i mot en variasjon av personer som skal benytte tilbudet, må virksomheten anses å være rettet mot allmennheten.³¹³ Dette gjelder selv om tilbudet retter seg mot en helt spesifikk gruppe, for eksempel en fritidsklubb for ungdom.

Skoler og utdanningsinstitusjoner er rettet mot allmennheten.³¹⁴ Også butikker, restauranter osv. er rettet mot allmennheten. Derimot vil for eksempel borettslag,

³¹⁰ § 12 første ledd

³¹¹ NOU 2005:8 s. 189.

³¹² Se også Universell utforming – Fra ideal til rettsnorm, Nicolai Skjerdal.

³¹³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 142.

³¹⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) 10.2.4.5.

boligsameier og lignende ikke være rettet mot allmennheten.³¹⁵ Utover dette er begrepet rettet mot allmennheten avgrenset først og fremst mot forhold av rent personlig karakter.

IKT-løsninger som er rettet mot allmennheten

Når det gjelder IKT, vil alle nettsider som ligger åpent tilgjengelig på Internett i prinsippet være en løsning som kan leses av allmennheten. Reglene er likevel ikke ment å favne så vidt. Plikten vil gjelde nettløsninger som gir informasjon og tjenester til allmennheten. Nettsteder som tar sikte på å nå en ubegrenset krets av personer, er omfattet. Dette betyr at nettsider for mobiltelefon og nettbrett også er omfattet når disse er ment å ha et slikt nedslagsfelt. Typisk vil nettbutikker, nettaviser, nettbank, Altinn, og for øvrig alle nettsider som henvender seg til en ubegrenset krets av personer, være omfattet, når dette er en hovedløsning for å gi informasjon og tjenester for virksomheten. Nettsider av privat karakter er altså ikke omfattet, selv om også slike nettsider i prinsippet normalt kan leses av enhver. Sosiale medier som blogger, Facebook og Twitter brukt i privat sammenheng er unntatt. Det samme er fjernsynsmedier, inklusive film og nett-tv.

Arbeidsplasser er ikke rettet mot allmennheten

Arbeidsplasser, herunder kontorer og møterom, regnes i seg selv ikke som rettet mot allmennheten dersom det er tale om fysisk miljø der bare de ansatte har tilgang. Nye arbeidsbygg er omfattet av plikten til universell utforming i plan- og bygningsloven § 29-3 med tilhørende forskrift.

14.2.4.1 Virksomhetens alminnelige funksjon

Selv om en virksomhet er omfattet av plikten til universell utforming, gjelder ikke plikten for alle deler av virksomheten. Det er bare et krav om å tilrettelegge virksomhetens «alminnelige funksjon». Dette innebærer at det må vurderes hvilken eller hvilke deler av funksjonene som er rettet mot allmennheten.³¹⁶ Plikten til universell utforming vil bare gjelde den delen av virksomhetens alminnelige funksjon som er rettet mot allmennheten.

For eksempel vil opplæring og undervisning være den alminnelige funksjonen til skoler og utdanningsinstitusjoner, mens salg av klær vil være en klesforretnings alminnelige funksjon. Det innebærer at klesforretningen må være tilgjengelig der personer som kjøper klær oppholder seg. Klesforretningens lagerrom eller personallrom vil ikke være en del av virksomhetens alminnelige funksjon. Klesforretningen vil derfor ikke ha en plikt til universell utforming av lagerrommet eller personallrommet.

14.2.4.2 Hovedløsningen

Plikten til universell utforming gjelder «hovedløsningen» i de fysiske forholdene. *Hovedløsningen* skal imøtekomme flest mulig brukerbehov. Vilkåret er ment å gi uttrykk for at universell utforming ikke skal skje gjennom særløsninger. For eksempel skal hovedinngangen i et bygg sikre tilgang for flest mulig.³¹⁷

³¹⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.5 s. 143.

³¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3.

³¹⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3.

Med hovedløsningen menes den mest inkluderende og minst stigmatiserende løsningen. For eksempel vil en trappeheis ikke være en hovedløsning fordi den i utgangspunktet bare brukes av rullestolbrukere.

Plikten til universell utforming faller ikke bort selv om hovedløsningen ikke kan tilrettelegges. I slike tilfeller må den beste alternative løsningen velges.³¹⁸

14.2.4.3 Fysiske forhold som i stor grad er skapt av mennesker

Plikten gjelder utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de «fysiske forholdene», inkludert IKT. Begrepet fysiske forhold skal forstås vidt.³¹⁹ Det omfatter både fastmonterte og løsrevne produkter, bygninger osv. Det må imidlertid trekkes en grense mellom menneskeskapte og naturgitte forhold. Det er bare fysiske forhold som er skapt – eller i stor grad bearbeidet av mennesker – som er omfattet av plikten. Ett eksempel er uteområder som fortau og parker hvor mange ferdes.³²⁰

Tjenester er som hovedregel ikke regnet som fysiske forhold. Unntak gjelder for tjenester som er en forutsetning for tilgang til fysiske forhold, for eksempel billettsystemer og parkeringsautomater.³²¹

Informasjon vil i utgangspunktet falle utenfor begrepet «fysiske forhold». Unntak gjelder for informasjon som er en forutsetning for tilgang til fysiske forhold, for eksempel informasjon på stoppesteder i kollektivtransport og skilting av nødutganger.³²²

14.2.4.4 Flest mulig

Begrepet universell utforming er en rettslig standard som skal imøtekomme «flest mulig», men ikke nødvendigvis alle.³²³ Ved universell utforming skal det tas høyde for ulike brukerforutsetninger så langt det er mulig. Det avgjørende er om det ved tilrettelegging av de fysiske forholdene er mulig å imøtekomme de ulike brukerforutsetningene.³²⁴ Begrepet «flest mulig» bør leses som en plikt til å tilstrebe at løsningen imøtekommer alle det er mulig å imøtekomme.

14.2.4.5 Det er ikke plikt til universell utforming som innebærer en uforholdsmessig byrde for virksomheten

Virksomhetene har ikke plikt til å iverksette tiltak som medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten.³²⁵ Det må foretas en skjønnsmessig vurdering av om utformingen eller tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig stor byrde for virksomheten.

³¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.8 s. 146 og s. 261.

³¹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 137.

³²⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3 s. 137.

³²¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 137 og Ombudets klagesak 09/588 (Europark).

³²² Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3 s. 138.

³²³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3 s. 140.

³²⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 139.

³²⁵ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 fjerde ledd.

Uforholdsmessighetsbegrensningen skal vurderes ut fra virksomhetens forhold. Det følger av lovteksten at det i denne vurderingen særlig skal legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, hvorvidt virksomhetens alminnelige funksjon er av offentlig art, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn. Momentene i lovteksten er ikke uttømmende, jf. uttrykksmåten «særlig legges vekt på».

Vekten av de ulike momentene må skje i tråd med formålet med universell utforming, som er å sørge for tilgjengelighet på like vilkår for flest mulig uavhengig av funksjonsevne og graden av nytte av tilretteleggingen.

Økonomiske hensyn

Det er de konkrete kostnadene som skal tillegges vekt. Det må imidlertid legges vekt på virksomhetens mulighet til å pulverisere kostnadene gjennom forhøyede priser. Det må også tas hensyn til mulige kostnadsbesparelser som følge av universell utforming. Jo større nytteeffekt tilretteleggingen har for å sikre deltagelse for personer med funksjonsnedsettelse, desto mer bør det til av økonomisk byrde.

Kostnadene må vurderes opp mot virksomhetens ressurser. En betydelig kostnad skal ikke hindre universell utforming i bedrifter som er store eller som har en god økonomi.³²⁶ Dette innebærer også at virksomhetens størrelse må tillegges vekt. Det kan for eksempel stilles større krav til tilgjengelighet på et stort varehus enn for en liten nisjebutikk med dårlig økonomi.

Sikkerhetshensyn og vernehensyn

Sikkerhetshensyn er etter ordlyden et vidt begrep. Med sikkerhetsmessige hensyn siktes det forhold som til brann, flom og andre faresituasjoner.³²⁷ At tiltaket vil komme i strid med sikkerhetshensyn, må baseres på en fagkyndig vurdering.

Vernehensyn kan innebære at også mindre kostbare tilretteleggingstiltak anses uforholdsmessige.³²⁸

Dersom sikkerhetshensyn og vernehensyn skal tillegges vekt som begrensning av plikten, må mangelfull universell utforming være nødvendig for å oppnå det aktuelle vernehensynet eller sikkerhetsmessige hensynet. Det betyr at dersom det er mulig å imøtekomme formålet med andre midler, for eksempel alternative utbedringsmåter, vil universell utforming som hovedregel ikke være uforholdsmessig.

³²⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 145.

³²⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 145.

³²⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 145.

14.2.4.6 Aktivitetsplikt

Offentlige virksomheter har plikt til å «arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innenfor virksomheten». Det samme gjelder for private virksomheter rettet mot allmennheten.³²⁹

Aktivitetsplikten innebærer at virksomhetene må kartlegge situasjonen i virksomheten, planlegge og iverksette forbedringstiltak.³³⁰ Plikten gir imidlertid ikke grunnlag for individuelle krav og utløser ingen konkrete sanksjoner.³³¹

Offentlig virksomhet

Når det gjelder offentlige virksomheter, gjelder aktivitetsplikten uavhengig av om den aktuelle virksomheten er rettet mot allmennheten eller ikke. Begrepet «offentlig virksomhet» er videre enn begrepet «offentlige myndigheter» som er benyttet i aktivitetspliktregelen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 18. Forarbeidene legger til grunn at begrepet omfatter offentlige virksomheter som har sitt tilbud rettet mot allmennheten, «som blant annet skoler, sykehus, trygdekontorer, fritidsklubber, idrettsanlegg og kulturbygg».³³² Ut fra forarbeidene er det uklart om eksempelvis statsforetak og statlige aksjeselskaper er omfattet av begrepet «offentlig virksomhet». Når det gjelder barnehager, ligger aktivitetsplikten til kommunen.

14.2.4.7 Sektorprinsipp

Lovens regler om universell utforming bygger på et sektorprinsipp.³³³ Det innebærer at konkrete krav til universell utforming skal hjemles i aktuell sektorlovgivning.³³⁴

Utformingen av sektorspesifikke forskrifter og standarder er avgjørende for å sikre at plikten til universell utforming blir ivaretatt på en god måte på ulike samfunnsområder. Sammenhengen med internasjonale standarder på området må også ivaretas.³³⁵

Det finnes en rekke lover og forskrifter i ulike sektorer som stiller krav til universell utforming. I tillegg finnes det en rekke standarder som presiserer hvordan universell utforming skal oppnås på ulike områder. Disse sektorreglene utfyller og presiserer reglene om universell utforming, men kan ikke innskrenke plikten til universell utforming etter lovens regler.³³⁶

Hvis sektorreglene ikke er fulgt, vil dette innebære brudd på plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. På den annen side er det ikke

³²⁹ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 første ledd.

³³⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.6 s. 143.

³³¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 144.

³³² NOU 2005: 8 punkt 10.12.4.2.

³³³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.9 s. 146–147.

³³⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.9 s. 146.

³³⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.2.4.3 s. 141.

³³⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 141.

plikt til universell utforming etter denne loven hvis virksomheten oppfyller nærmere bestemmelser i lov eller forskrift om innholdet i plikten til universell utforming.³³⁷

Forskrift med veiledning om hva som må til for å oppfylle plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kan utarbeides, men er foreløpig ikke laget.³³⁸

For en redegjørelse for sektorkrav til universell utforming, se utredning fra Standard Norge XX [ta inn henvisning].

14.2.5 Universell utforming etter plan og bygningsloven

Universell utforming inngår som en del av plan og bygnings- lovens formålsparagraf.³³⁹

Det innebærer at aspektet skal ivaretas i all kommunal og regional planlegging.

Byggteknisk forskrift har en rekke detaljerte krav til tilgjengelighet av nye bygg, anlegg og utearealer.³⁴⁰ I plan- og bygningsloven § 31-4 er det også en forskriftshjemmel for å kreve oppgradering av kategorier av eksisterende bygninger og utearealer til universell utforming innenfor nærmere angitte tidsfrister.

14.2.6 Det skal tas hensyn til universell utforming ved offentlige anskaffelser

Oppdragsgiver skal ta hensyn til universell utforming ved planleggingen av anskaffelsen.³⁴¹ Plikten gjelder alle anskaffelser uavhengig av anskaffelsesverdi.

Bestemmelsene er ikke begrenset til krav om universell utforming som fremgår av lov eller forskrift, men gjelder generelt for alle produkter, og tjenester for eksempel IKT.

Loven og forskriften gir bare en plikt til å «ta hensyn til» universell utforming ved anskaffelsen, og dermed ingen plikt til å legge avgjørende vekt på universell utforming. Det er også opp til den enkelte oppdragsgiver å bestemme hvilke fremgangsmåter eller løsninger som best kan ivareta hensynet til universell utforming:³⁴²

«I begrepet universell utforming ligger det en ambisjon om at alle produkter, tjenester, bygninger og omgivelser skal planlegges slik at de kan brukes på like vilkår av så mange som overhodet mulig. Det er sentralt at denne plikten blir lagt til planleggingsfasen, da det er i denne delen av anskaffelsesprosessen oppdragsgiver har best forutsetning til å vurdere hvilke hensyn og funksjoner anskaffelsen skal oppfylle. Bestemmelsen legger ikke

³³⁷ § 13 fjerde ledd.

³³⁸ Kongen er også gitt hjemmel til å gi forskrift om innholdet i plikten til universell utforming på områder som ikke er omfattet av krav i eller i medhold av annet regelverk, jf. § 13 siste ledd. Slik forskrift er foreløpig ikke gitt.

³³⁹ (§ 1-1 femte ledd)³³⁹.

³⁴⁰ Forskrift nr. 489 av 26. mars 2010 om tekniske krav til byggverk.

³⁴¹ Lov om offentlige anskaffelser § 6 og forskrift om offentlige anskaffelser.

³⁴² Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) s. 18.

føringer på bestemte fremgangsmåter eller løsninger, men overlater til oppdragsgiver å vurdere hvordan hensynet til universell utforming best kan ivaretas.»³⁴³

I høringsnotat 17. mars 2015 fra Nærings- og fiskeridepartementet ble det foreslått at en uttrykkelig regulering av universell utforming ikke skulle fremgå av selve lovbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 6, men at disse isteden skulle fremgå av forskriftsbestemmelser om krav til universell utforming.³⁴⁴ Nye forskriftsbestemmelser om kravspesifikasjoner gjør det obligatorisk for oppdragsgiver å stille krav til universell utforming. Bestemmelsene er mer presise enn dagens lovbestemmelse.

14.2.7 Universell utforming av IKT

Hva er universell utforming av IKT?

Universell utforming av IKT innebærer for eksempel å forstørre tekst, lese tekst høyt, tekste lydfiler og videoer, gi gode kontraster i skjermbildet og lage en oversiktlig og logisk oppbygging. Universelt utformede IKT-løsninger skal også kunne virke sammen med IKT-hjelpemidler, som følbart tastatur og lignende.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 14 har en egen bestemmelse om plikt til universell utforming av IKT.

Tidskrav for når IKT-løsninger skal være universelt utformet

Nye IKT-løsninger skal være universelt utformet 12 måneder etter at det foreligger standarder eller retningslinjer for innholdet i plikten,³⁴⁵ mens også eksisterende IKT-løsninger skal være universelt utformet innen 1. januar 2021. Disse tidskravene gjelder for alle offentlige og private virksomheter som tilbyr informasjon og tjenester til allmennheten på alle samfunnsområder, med mindre det foreligger egne krav i sektorlovgivning.³⁴⁶ IKT-løsninger som gjelder familieliv og andre forhold av personlig karakter eller bare retter seg mot den enkelte er ikke omfattet.³⁴⁷

Hvilke IKT-løsninger skal være universelt utformet?

I forrige kapittel redegjorde departementet nærmere for hvordan begrepene alminnelig funksjon, og hovedløsning skal forstås. De samme begrepene gjelder også for IKT-løsninger. Plikten til universell utforming av IKT gjelder IKT-løsninger som

³⁴³ Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) s. 25.

³⁴⁴ Høringsnotat 1 s. 6,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-1-forslag-til-lov-offentlige-anskaffelser.pdf>

³⁴⁵ § 14 annet ledd. Forskriften trådte i kraft den 1. juli 2013, noe som innebærer at ved utskifting eller større oppgradering av en virksomhets IKT-løsninger etter 1. juli 2014 skal disse være universelt utformet.

³⁴⁶ Samferdselssektoren er delvis unntatt.

³⁴⁷ Forskrift om universell utforming av IKT § 2 andre og tredje ledd.

«underbygger» virksomhetens alminnelige funksjoner og som er hovedløsninger rettet mot eller stillet til rådighet for allmennheten.³⁴⁸

Det skal ikke velges særløsninger ved utforming av IKT i en virksomhets hovedløsning. En virksomhet kan ha flere hovedløsninger, men det var ikke hensiktsmessig å lovfeste en plikt til universell utforming for enhver IKT-løsning.³⁴⁹

Antallet brukere vil være et sentralt kriterium for å vurdere om en løsning må anses som en hovedløsning. Minibanker og billettautomater er eksempler på hovedløsninger.³⁵⁰ Men hvis en bank har flere tilgjengelige minibanker på samme sted, trenger ikke alle minibankene være universelt utformet.

Det er ikke plikt til universell utforming av IKT som er en integrert del av et annet system

Begrepet hovedløsningen avgrensner også mot såkalt integrert IKT. Det betyr at IKT er avgrenset fra teknologi og systemer av teknologi hvor hovedfunksjonen ikke er tilegnelse, lagring, omdanning, administrering, kontroll, framvisning, publisering, endring, utveksling, overføring eller mottak av informasjon.³⁵¹ Heiser som har IKT-løsninger i form av eksempelvis brukerpanel rettet mot allmennheten, er ikke omfattet av § 14. Heiser og smarthusteknologi er regnet som funksjoner knyttet til bygget som sådan, og er regulert av plan- og bygningsloven.³⁵² Dette var tidligere tydeliggjort i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 annet ledd siste punktum. Bestemmelsen tydeliggjorde at plikten til universell utforming av IKT ikke omfatter IKT-løsninger der utformingen reguleres av annen lovgivning. Bestemmelsen er ikke videreført i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2013, men departementet vil foreslå å innta denne på nytt.

Forskrift om universell utforming av IKT

Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten til universell utforming av IKT-løsninger.³⁵³ Slik forskrift ble gitt gjennom forskrift om universell utforming av IKT-løsninger.³⁵⁴ Forskriften avgrensner hvilke IKT-løsninger som omfattes til «nettløsninger» og «automater». Nettløsninger som omfattes er slike som formidler informasjon og tjenester gjennom en nettleser eller tilsvarende, typisk nettsider og andre nettbaserte ressurser.

Plikten er ikke gjenstand for en uforholdsmessighetsvurdering, men det kan gis dispensasjon fra tidsfristene hvis det foreligger «særlig tungtveiende grunner».³⁵⁵

³⁴⁸ § 14.

³⁴⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 167.

³⁵⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 167.

³⁵¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.5.4.2 s. 157.

³⁵² Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 263.

³⁵³ § 14 siste ledd.

³⁵⁴ FOR-2013-06-21-732.

³⁵⁵ Forskriften § 9.

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) fører tilsyn med forskriften.

14.2.8 Håndheving av reglene om universell utforming av IKT: Likestillings- og diskrimineringsombudets vs. Difis kompetanse

Generell kompetanse

For ombudet, Difi og tilsynsorganer med hjemmel i forskrift er det fastsatt ulike regler for hvordan håndhevingen skal utøves.

Etter diskrimineringsombudsloven § 28 skal ombudet og nemnda håndheve diskriminerings- og tilgjengelighetslovens bestemmelser, med unntak av §§ 14 (universell utforming av IKT) og 15 (universell utforming av bygg, anlegg mv.). Ombudet skal blant annet behandle klager over brudd på § 13. Derimot skal klager over manglende universell utforming av IKT-løsninger som er omfattet av forskriftene til § 14 behandles av Difi, og ikke av ombudet. Ombudet skal oversende disse sakene til Difi som rette instans. Difi fører tilsyn etter forskriften om universell utforming av IKT, jf. forskriften § 5. Difi skal imidlertid ikke behandle individuelle klager.

Virksomheter som har plikt til universell utforming av IKT etter forskriften, skal kunne dokumentere at forskriftens krav til utforming av IKT-løsninger i § 4 er overholdt. Difi har hjemmel til å gi pålegg om iverksetting av tiltak og treffe vedtak om tvangsmulkt hvis fristen for oppfyllelse av pålegg er overskredet.³⁵⁶

I forskrift om flyplass er det foreslått at Luftfartstilsynet godkjenner den fysiske utformingen på flyplasser basert på en årlig redegjørelse.

Forholdet mellom den generelle plikten til universell utforming i § 13 og § 14 (andre sektorspesifikke forskrifter).

Både diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 og § 14 og sektorspesifikke forskrifter pålegger virksomheter rettet mot allmennheten en plikt til universell utforming. Plikten etter de ulike bestemmelsene vil være overlappende. På denne bakgrunn oppstår det et spørsmål om hvilke krav som stilles til universell utforming, og hvem som vil være rette instans til å behandle saker som gjelder manglende universell utforming for saksforhold som faller inn under både § 13 og § 14 og forskrifter for bestemte sektorer.

Ifølge § 13 fjerde ledd regnes det ikke som diskriminering etter denne bestemmelsen hvis virksomheten oppfyller nærmere bestemmelser i lov eller forskrift om innholdet i plikten til universell utforming. Det må legges til grunn at de sektorvise forskriftene vil speile uforholdsmessighetsvurderingen i § 13 og tolke og presisere innholdet i plikten for den aktuelle sektoren.

Håndheving i saker som kan vurderes både etter § 13 og § 14 og andre forskrifter om universell utforming.

Lovens § 28 bokstav a sier at Likestillings- og diskrimineringsnemnda og Likestillings- og diskrimineringsombudet ikke skal håndheve § 14. Ombudet vil heller ikke ha kompetanse

³⁵⁶ Forskriften §§ 6 og 7.

til å håndheve andre forskrifter om universell utforming der forskriften angir et annet organ som tilsynsorgan. Ombudet vil imidlertid ha i behold kompetanse etter § 13, og dette vil til dels gi en overlappende håndhevingskompetanse.

Forholdet mellom ulike håndhevingsorganer er nærmere omtalt i forarbeidene.³⁵⁷ Det heter der at ombudet kan få til behandling klager over brudd på plikten til universell utforming av IKT som faller inn under både lovens § 13 og forskriften. Ombudet skal ta sakene til behandling på bakgrunn av § 13, selv om det dreier seg om forhold som også kan behandles av organet som skal håndheve § 14 og forskriftene til denne bestemmelsen. Det er forutsatt at ombudet og nemnda skal se hen til tidsfristene som er fastsatt i § 14 for universell utforming av IKT i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen.

Dersom nemnda konkluderer med at det konkrete forholdet er i strid med § 13, vil nemnda kunne pålegge stansing eller retting etter diskrimineringsombudsloven § 7 annet ledd, med de begrensninger som følger av lovens § 9 (nemndas forhold til andre forvaltningsmyndigheter) og § 10 (nemndas forhold til Arbeidsretten).

I vurderingen av om diskriminering har skjedd i strid med § 13, er det avgjørende om virksomheten har oppfylt nærmere bestemmelser i lov eller forskrift om innholdet i plikten til universell utforming, jf. § 13 fjerde ledd. Ombudet og nemnda skal være tilbakeholdne med å tolke regelverk som er gitt av annen sektormyndighet.³⁵⁸ I saker der det kan foreligge tvil om sektorbestemte regler er fulgt bør derfor ombudet og nemnda innhente rådgivende uttalelse fra sektormyndighetene i sin saksbehandling. Forarbeidene presiserer samtidig at ombudet og nemnda bør avvente behandling av en sak dersom samme sak er til vurdering både hos ombudet og hos sektormyndighetene.³⁵⁹ Dersom sektormyndighetene har fattet vedtak i en sak må dette legges til grunn ved ombudets behandling av saken.

14.2.9 Henvisningen til plan- og bygningsloven i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 15

14.2.9.1 Bakgrunn og gjeldende rett

I NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet (Syse-utvalget) ble det foreslått en egen bestemmelse om plikt til universell utforming av bygg og anlegg. Utvalget foreslo konkrete tidsfrister for universell utforming av nye bygg og eksisterende bygg. Plikten til skulle være absolutt, og ikke avgrenset av en uforholdsmessighetsvurdering.

Forslaget fra Syse-utvalget ble ikke fulgt opp i Ot.prp. nr. 44 (2007–2008). Regjeringen erkjente behovet for bedre tilgjengelighet til og i bygg, men mente at reglene om universell utforming av bygg og uteområder i stedet burde forankres i plan- og bygningsloven.

³⁵⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.5.6.5 s. 174.

³⁵⁸ Ot. prp. nr. 44 (2007–2008) s. 148.

³⁵⁹ Ot. prp. nr. 44 (2007–2008) s. 155.

Samtidig med at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008 trådte i kraft i januar 2009, ble det innført krav om universell utforming av *nye* bygg i plan- og bygningsloven § 29-3. Når det gjelder *eksisterende* bygg ble det inntatt en hjemmel i plan- og bygningsloven § 31-4 tredje ledd om at «Kongen kan gi forskrift om at bestemte typer tiltak eller bestemte typer eksisterende bygninger, anlegg eller uteområder skal opparbeides slik at de blir universelt utformet. Det kan gis frist for slik opparbeidelse.» Av hensyn til synlighet³⁶⁰ ble det derfor tatt inn en bestemmelse i (gjeldende) diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 15 som henviser til kravene om universell utforming i plan- og bygningsloven. Dette var for å tydeliggjøre at kravene til universell utforming av bygg og anlegg reguleres av plan- og bygningsloven.³⁶¹

Ordlyden gir inntrykk av at plan- og bygningsloven uttømmende regulerer universell utforming av eksisterende bygg, anlegg mv. Det har imidlertid ennå ikke blitt vedtatt forskrifter om oppgradering av eksisterende bygg til universell utforming, som forutsatt ved vedtakelsen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og ny plan- og bygningslov.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har vektlagt § 15 i tolkningen av den generelle plikten til universell utforming etter § 13, og har derfor vært svært tilbakeholdne med å pålegge plikt til universell utforming av eksisterende bygg etter § 13. Nemnda har tolket § 15 slik at den legger begrensninger for forholdsmessighetsvurderingen. Nemnda begrunner dette med at «det vil stride mot lovens system og klare anvisninger i forarbeidene dersom Nemnda i en [...] mellomperiode skal foreta de prioriteringer som er tenkt å tillegge, og også bør tilligge andre organer.» Nemnda viser til at formålet med bestemmelsen var at man måtte foreta en skrittvis tilnærming gjennom forskriftsfestede krav til universell utforming av eksisterende bygg.³⁶² Nemnda har derfor konkludert med at forholdsmessighetsbegrensningen for eksisterende bygg må tolkes med forsiktighet frem til det foreligger forskrifter.

Bestemmelsen ble videreført i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2013. I forarbeidene er det presisert at bestemmelsen kun er tatt inn av informasjonshensyn.³⁶³ Bestemmelsen er følgelig ikke ment å begrense plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13. Dette underbygges av sammenhengen i regelverket. Plan- og bygningsloven stiller bare krav til universell utforming av *nye* bygg. I forarbeidene heter det imidlertid at § 15 ikke er ment å innskrenke rekkevidden av den generelle tilretteleggingsplikten etter § 13.³⁶⁴

³⁶⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 153 og Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 182.

³⁶¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 153.

³⁶² LDN-40/2010.

³⁶³ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20 s. 182.

³⁶⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 153 (punkt 10.3.4.1) og s. 262 (kommentarer til § 10).

14.3 Individuell tilrettelegging

14.3.1 Gjeldende rett

14.3.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Universell utforming vil ikke løse ethvert behov i enkelttilfeller for personer med funksjonsnedsettelse. Loven har derfor tilretteleggingsregler med et begrenset anvendelsesområde. § 16 gir barn med nedsatt funksjonsevne rett til egnet individuell tilrettelegging av kommunale barnehagetilbud for å sikre likeverdige utviklings- og aktivitetsmuligheter. Også barn i private barnehager har rett på egnet tilrettelegging fra kommunen. I tillegg gir § 16 annet ledd rett til tilrettelegging av kommunale tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven av varig karakter for den enkelte. § 17 gir rett til tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner, mens § 26 gir arbeidstakere eller arbeidssøkere rett til tilrettelegging. Bestemmelsene har i hovedsak samme innhold.³⁶⁵ Individuell tilrettelegging skal ikke erstatte universell utforming, men være et supplement i tilfeller hvor det enten ikke er en plikt til universell utforming, eller dersom universell utforming ikke dekker individuelle behov for tilrettelegging.³⁶⁶

Formålet med tilretteleggingsplikten er ikke å gi særlige rettigheter eller stille personer med funksjonsnedsettelse bedre enn andre, men å sikre like muligheter. For å oppnå likebehandling kreves det at det iverksettes konkrete tiltak tilpasset den enkeltes behov.

Tilretteleggingen kan være både organisatorisk (for eksempel tilrettelegging av arbeidsoppgaver eller arbeidstider) og fysisk (for eksempel fjerning av dørterskler, innstallering av heis mv).³⁶⁷ Retten er ikke begrenset til tilrettelegging av fysiske forhold, slik tilfellet er med universell utforming.

Tilretteleggingsreglene gjelder personer med nedsatt funksjonsevne. I forarbeidene er det imidlertid uttalt at det må være snakk om en nedsatt funksjonsevne av en viss varighet og alvorlighetsgrad for at tilretteleggingsreglene skal gjelde.³⁶⁸ Rent forbigående og marginale behov, for eksempel en brukket arm, vil som hovedregel ikke utløse en plikt til tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Alle bestemmelsene krever at tilretteleggingen må være «egnet». Kravet om at tilretteleggingen må være «egnet» innebærer at krav om konkrete tilretteleggingstiltak må vurderes i forhold til den enkelte personen med nedsatt funksjonsevne. Det skal foretas en vurdering av tilretteleggingstiltaket opp mot situasjonen, behovet og nytten for den som

³⁶⁵ Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 20.4 s. 183.

³⁶⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 174–175.

³⁶⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 264.

³⁶⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.1 s. 180.

har et tilretteleggingsbehov.³⁶⁹ Hva som ligger i tilretteleggingsplikten, må derfor vurderes konkret.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har, blant annet i 21/2007, slått fast at en arbeidsgiver som blir informert om at en arbeidstaker har fått stilt en diagnose som kan ha betydning for arbeidet, skal sette seg inn i hva diagnosen innebærer. Arbeidsgiver skal så i samråd med arbeidstakeren vurdere hva som kan gjøres for å konkret å tilrettelegge for vedkommende. Nemnda har også fastslått at dersom funksjonsnedsettelsen påvirker samarbeidet med andre kollegaer, plikter arbeidsgiver også å arbeide aktivt for å løse dette.³⁷⁰ Etter departementets syn må tilsvarende legges til grunn også ved spørsmål om tilrettelegging i skole- og utdanning og ved kommunale tjenester.

Tilretteleggingsplikten forutsetter et samarbeid mellom den som tilrettelegger og den det tilrettelegges for. Dersom den det tilrettelegges for har kjennskap til og kunnskap om hva som vil tilfredsstille behovet for individuell tilrettelegging, har vedkommende en plikt til å bidra med slik informasjon.³⁷¹ Det kan også være aktuelt å innhente bistand fra andre for å finne fram til en god individuell tilrettelegging. Arbeidsgiver vil imidlertid ikke ha anledning til å innhente helseopplysninger utover det som er nødvendig for å kartlegge tilretteleggingen.

Retten gjelder bare tilrettelegging som ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser. I forarbeidene er det presisert at begrensningen er en «sikkerhetsventil» som ikke må tolkes vidt.³⁷²

Departementet har i forarbeidene uttalt at kostnadene knyttet til tilretteleggingstiltaket må konkretiseres for at det skal kunne vektlegges i vurderingen. Dersom en arbeidsgiver for eksempel avviser et krav om tilrettelegging under henvisning til kostnadene ved tiltaket, må det som hovedregel kunne forventes at det foreligger et kostnadsoverslag utarbeidet av en fagkyndig. Dersom det er mulig å få dekket kostnadene, eksempelvis gjennom offentlige stønadsordninger, bør dette være forsøkt før kravet om tilrettelegging avslås.

I vurderingen av om tilretteleggingen er uforholdsmessig byrdefull, kan det også ha betydning om tiltaket har effekt i form av å bygge ned funksjonshemmende barrierer generelt, slik at tiltaket også kommer flere personer til gode. Individuell tilrettelegging skal imidlertid som utgangspunkt bestå i å iverksette tiltak som skal bygge ned funksjonshemmende barrierer for personen med funksjonsnedsettelse. I noen grad vil slik tilrettelegging også kunne påvirke arbeidsrutiner, innretningen av det offentlige tjenestetilbudet mv. Mindre endringer i arbeidsrutiner og oppgaver mv, må imidlertid også andre ansatte tåle, men negative konsekvenser for andre ansatte vil være et moment som

³⁶⁹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 182.

³⁷⁰ Se blant annet Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 21/2007.

³⁷¹ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 11/2013.

³⁷² Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 181.

inngår i helhetsvurderingen. Høyesterett har uttalt følgende i et obiter dictum i Rt. 1995 s. 227:

«Jeg finner det for min del vanskelig å tolke § 13 nr. 2 slik at andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmedes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske. Jeg tenker da på de tilfelle der arbeidskontrakten er slik utformet at den dekker begge stillingene.»

Dette utgangspunktet er også lagt til grunn i håndhevingsorganenes praksis.³⁷³ I håndhevingsorganenes praksis er det lagt til grunn at hensynet til andre arbeidstakeres situasjon skal veie tungt, men at kolleger i noen tilfeller må finne seg i en viss endring av sine arbeidsoppgaver.

Dersom det inntreffer ekstraordinære omstendigheter, for eksempel at det er streik hos heismontører som fører til at en person i rullestol ikke får tilgang til arbeidsplassen eller at det er problemer med nettilgang slik at en person med synshemming ikke får utført arbeidsoppgaver, oppstår spørsmålet om det også i slike tilfeller er en tilretteleggingsplikt. Ifølge forarbeidene vil slike kortvarige og ekstraordinære omstendigheter sjelden utløse en tilretteleggingsplikt.

Sanksjoner

Reglene om generell og individuell tilrettelegging er en presisering av lovens diskrimineringsforbud. Manglende universell utforming og individuell tilrettelegging regnes derfor som diskriminering.³⁷⁴

Ved brudd på reglene om individuell tilrettelegging kan det – i motsetning til brudd på plikten til universell utforming – kreves oppreisning og erstatning.³⁷⁵

14.3.3 Individuell tilrettelegging etter sektorlovgivningen

Sektorlovgivningen har en rekke regler om individuell tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse.

Arbeidsmiljøloven

Etter arbeidsmiljøloven § 4-1 er det et generelt krav om at arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd. I § 4-2 annet ledd bokstav b stilles det krav til tilrettelegging av den enkeltes arbeidssituasjon under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger. Hvis

³⁷³ Se blant annet Likestillings- og diskrimineringsombudets saker 10/710, 10/1862, 11/427 og 11/2335. Se for øvrig Likestillings- og diskrimineringsombudets rapport «Rett til individuell tilrettelegging for arbeidstakere og arbeidssøkere med nedsatt funksjonsevne – en oppsummering», publisert i april 2014.

³⁷⁴ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd.

³⁷⁵ Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 31 første ledd bokstav b.

en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje eller lignende, skal arbeidsgiver, «så langt det er mulig», iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid, jf. § 4-6. Lovens vilkår innebærer at arbeidsgivers plikter er vidtrekkende.³⁷⁶ Bestemmelsen er ikke begrenset til personer med funksjonsnedsettelse.³⁷⁷

Barnehageloven

I forarbeidene er det lagt til grunn at barnehageloven gir en rett til individuell tilrettelegging av barnehagetilbud til barn med funksjonsnedsettelse. I forarbeidene til den tidligere diskriminerings- og tilgjengelighetsloven vises det til daværende barnehagelov av 1995 som påla kommunen ansvaret for at barn med funksjonsnedsettelse får plass i barnehage og at kommunen har det økonomiske ansvaret for ekstrakostnader i denne sammenheng.

Kommunens tilretteleggingsplikt var tydeligere i forarbeidene til barnehageloven av 1995 enn hva som fremgår av forarbeidene til gjeldende barnehagelov. Etter gjeldende barnehagelov har kommunen plikt til tilrettelegging for barn med funksjonsnedsettelse, men denne plikten fremgår kun forutsetningsvis av kommunens plikt til å oppfylle rett til barnehageplass og plikten fremgår ikke av ordlyden.

Etter barnehageloven er det en lovfestet rett til barnehageplass. Kommunene er etter barnehageloven pålagt å gi barn med nedsatt funksjonsevne prioritet ved opptak i barnehage jf. barnehageloven § 13. Prioritetsregelen gjelder ved opptak både i offentlig og privat barnehage. Kommunen som barnehagemyndighet har plikt til å sikre at rett til barnehageplass blir oppfylt, jf. barnehageloven §§ 8 og 12 a. Barn med nedsatt funksjonsevne skal ha samme rett til barnehageplass som funksjonsfriske barn. For at kommunen skal kunne oppfylle plikten til å tilby barnehageplass må dermed kommunen også tilrettelegge barnehagetilbudet for de barna som har behov for dette..

Opplæringsloven

Etter opplæringsloven § 9a-2 tredje ledd har alle elever rett til en arbeidsplass som er tilpasset behovene deres. Det er også presisert at «[s]kolen skal innreiast slik at det blir teke omsyn til dei elevane ved skolen som har funksjonshemmingar». Opplæringsloven § 5-1 gir også rett til spesialundervisning.

Universitets- og høyskoleloven

Etter universitets- og høyskoleloven § 4-3 femte ledd skal institusjonen, så langt det er mulig og rimelig, legge studiesituasjonen til rette for studenter med særskilte behov. Etter § 4-3 annet ledd bokstav i) skal også læringsmiljøet være utformet etter prinsippet om universell utforming.

Helse- og omsorgstjenesteloven

³⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 7.3.7 s. 104–105.

³⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 7.3.7 s. 104–105.

Helse- og omsorgstjenesteloven pålegger kommunene å sikre at tjenestene er tilpasset den enkeltes behov.

14.3.4 Gir diskriminerings- og tilgjengelighetslovens tilretteleggingsregler selvstendige rettigheter uavhengig av krav i sektorlovgivningen?

Ordlyden i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 knytter ikke tilretteleggingsplikten opp mot krav etter sektorlovgivningen. Etter ordlyden gir derfor bestemmelsene selvstendige rettigheter uavhengig av hvor langt plikten til tilrettelegging eventuelt rekker etter sektorlovgivningen. Forarbeidene er noe uklare når det gjelder om diskriminerings- og tilgjengelighetslovens tilretteleggingsregler etablerer selvstendige rettigheter som kan gå utover pliktene etter sektorlovgivningen:

Forarbeidene bygger på et sektorprinsipp. I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven heter det at plikten til individuell tilrettelegging i skole- og utdanning i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ikke går lenger enn opplæringslovens krav.³⁷⁸ Det samme er sagt når det gjelder barnehageloven.³⁷⁹ Plikten skal heller ikke innskrenke rettighetene etter barnehageloven.³⁸⁰ Samtidig er det uttalt at bestemmelsen om plikt til individuell tilrettelegging skal «virke ved siden av sektorlovene».³⁸¹ Det er også lagt til grunn at det først bør rettes en klage til sektormyndighetene, men at sektormyndighetene etter omstendighetene kan henvende seg til ombudet eller nemnda dersom saken reiser vanskelige eller prinsipielle diskrimineringssspørsmål.³⁸²

Opplæringsloven kapittel 5 går lenger enn diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 17 når det gjelder spesialundervisning, fordi retten til spesialundervisning ikke er begrenset av en uforholdsmessighetsvurdering.³⁸³ Det samme gjelder retten til prioritert barnehageplass for barn med nedsatt funksjonsevne etter barnehageloven § 13.

Når det gjelder kommunale tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, er det sagt at retten til tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 ikke endrer kommunens plikter etter helse- og omsorgslovgivningen, men at hensikten er å styrke personer med funksjonsnedsettelse sin rett til individuelt tjenestetilbud ut fra et diskrimineringsperspektiv, slik at gruppen får et likeverdig tilbud med andre.³⁸⁴

Dersom sektormyndighetene har gjort en vurdering og anbefaling, skal dette ifølge forarbeidene normalt tillegges vekt av ombudet og nemnda ved vurderingen av retten til

³⁷⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.5 s. 184.

³⁷⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.6 s. 185.

³⁸⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.6 s. 185.

³⁸¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.5.

³⁸² Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.1 s. 180.

³⁸³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 184.

³⁸⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.7 s. 186.

tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.³⁸⁵ Blir slike anbefalinger fulgt, har den ansvarlige for tilretteleggingen normalt oppfylt sine forpliktelser etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det skal derfor mye til før et krav om ytterligere tilrettelegging kan føre frem etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, med mindre det dreier seg om tilretteleggingsbehov som sektormyndighetene ikke har vurdert.³⁸⁶

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 36/2014 fant nemnda at en kommune ikke diskriminerte utviklingshemmede i bofellesskap ved at personer i bofellesskap ikke fikk tildelt støttekontakt for å delta i fritidsaktiviteter. Nemnda la til grunn at det ble organisert sosiale aktiviteter i bofellesskapet og at det avgjørende måte være at den enkelte søker får personlig assistanse og får dekket sitt faktiske behov for deltakelse i fritidsaktiviteter.

Det samme vil for eksempel kunne gjelde ved spørsmål om tildeling av brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Dersom kommunen har foretatt en forsvarlig vurdert søkerens behov, og innvilget et visst timeantall med BPA, vil ombudet eller nemnda som hovedregel ikke kunne overprøve disse vurderingene. Verken ombudet eller nemnda vil ha forutsetninger for å vurdere omfanget av hjelpebehov, ettersom dette beror på en helsefaglig vurdering.³⁸⁷ Dette vil imidlertid stille seg annerledes dersom det ikke er foretatt en tilstrekkelig individuell vurdering av søkeren eller denne fremstår som klart uforsvarlig sett i lys av brukerens behov.

Etter dette kan det synes å være et anstrengt forhold mellom forarbeidenes forutsetning om at diskriminerings- og tilgjengelighetslovens tilretteleggingsregler ikke går lenger enn sektorlovgivningen, når sektorlovgivningen som vist inneholder flere hull i plikten til individuell tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse.

Departementet legger til grunn at ordlyden og forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven må forstås slik at den gir selvstendige rettigheter og dermed vil den kunne rekke lenger enn krav etter sektorlovningen. Dette er også lagt til grunn av Diskrimineringslovutvalget og i håndhevingspraksis.³⁸⁸ Departementet antar at kravene etter sektorlovgivningen vil være veiledende, men vil ikke nødvendigvis være avgjørende etter diskrimineringslovgivningen. Ved vurderingen bør det blant annet legges vekt på om sektorregelverket fremstår som tilstrekkelig dekkende innenfor rammene av hva som er forholdsmessig etter diskrimineringsloven.

Det er ingen motsetning mellom tilretteleggingsregler i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og i sektorlovgivningen. Tvert imot kan det være viktig at tilretteleggingsreglene også reguleres i en felles diskrimineringslov, fordi manglende

³⁸⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 182.

³⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.3 s. 182.

³⁸⁷ Se for eksempel Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 10/1346.

³⁸⁸ NOU 2009: 14 «Et helhetlig diskrimineringsvern» punkt 18.2.4.2 og Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 50/2014.

tilrettelegging er en særlig form for diskriminering som personer med funksjonsnedsettelse erfaringsvis utsettes for. En tydeliggjøring av tilretteleggingspliktene i sektorlovgivningen sikrer også en mer effektiv håndheving av retten til tilrettelegging

Ombudet og nemnda har kompetanse til å føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.³⁸⁹ Nemnda har ikke anledning til å oppheve eller endre vedtak truffet av annen forvaltningsmyndighet (ombudet gir bare en uttalelse). Nemnda kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndigheten til å treffe vedtak må utøves for ikke å komme i strid med bestemmelsene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.³⁹⁰ Ombudet og nemnda vil imidlertid i kunne pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at tilretteleggingspliktene overholdes.³⁹¹

Vedtak om tilrettelegging etter sektorlovgivningen vil ofte kunne påklages til Fylkesmannen, som kan fatte et bindende vedtak. Å ha tilretteleggingsregler i sektorlovgivningen vil dermed sikre en mer effektiv overprøving.

14.3.5 Plikten til universell utforming og individuell tilrettelegging er uttømmende regulert for de rettssubjekter og på de områder der disse bestemmelsene gjelder

Ifølge § 12 annet ledd er diskriminering som skyldes mangelfull «fysisk» tilrettelegging uttømmende regulert i §§ 13 til 17 og § 26 for de rettssubjekter og på de områder disse bestemmelsene gjelder. Regelen innebærer at det ikke kan utledes ytterligere krav av hovedregelen om forbud mot diskriminering i § 5 når det gjelder universell utforming av fysiske forhold i virksomheter rettet mot allmennheten. Tilsvarende gjelder individuell tilrettelegging av fysiske forhold innen skole- og utdanning (§ 17), av kommunale tjenester (§ 16) og i arbeidslivet (§ 26).

Bakgrunnen for bestemmelsen er hensynet til at den som lojalt innretter seg etter lovens regler om universell utforming og individuell tilrettelegging, ikke skal kunne rammes av en påstand om diskriminering. Avgrensingsregelen gjelder bare for de rettssubjekter og på de områder der tilretteleggingsplikten i dag er særlig regulert.³⁹²

Det betyr at det ikke kan utledes en rett til tilrettelegging etter diskrimineringsforbudet hvis tilretteleggingen regnes som en uforholdsmessig byrde etter lovens bestemmelser om universell utforming og individuell tilrettelegging. På områder hvor disse reglene *ikke* kommer til anvendelse (det vil si på andre områder enn arbeidsliv, barnehage, skole og utdanning og visse andre kommunale tjenester), vil det imidlertid kunne utledes en plikt til tilrettelegging av det generelle diskrimineringsforbudet, se under.

³⁸⁹ Diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd

³⁹⁰ Diskrimineringsombudsloven § 9

³⁹¹ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 10.6.4.8 s. 187.

³⁹² Prop 88 L (2012–2013) s. 181.

14.3.6 Hvilke positive tilretteleggingsplikter kan utledes av det generelle diskrimineringsforbudet?

Plikten til individuell tilrettelegging innen skole- og utdanning, ved kommunal tjenesteyting og i arbeidslivet er uttømmende regulert i §§ 17, 16 og 26. Som nevnt over, kan man for eksempel ikke bli pålagt en plikt til tilrettelegging for en arbeidstaker etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 hvis tilretteleggingen vil medføre en uforholdsmessig byrde etter lovens § 26. Det motsatte ville ført til at plikten til tilrettelegging ville bli for lite forutsigbart for pliktsubjektet.

På andre områder enn skole- og utdanning, kommunal tjenesteyting og i arbeidslivet, vil det imidlertid kunne utledes en plikt til tilrettelegging etter det generelle diskrimineringsforbudet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5.

En nøytral praksis som i utgangspunktet behandler likt, men som fører til at personer med nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre, vil rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling. Forbudet omfatter også unnlatelser. Dette innebærer til en viss grad en plikt til å iverksette aktive tiltak for å hindre diskriminering.

I hvilken grad det må iverksettes tilretteleggingstiltak for å unngå å handle i strid med § 5, må vurderes konkret. Det kan ikke utledes en bestemt tilretteleggingsplikt etter denne bestemmelsen. De positive forpliktelsene om individuell tilrettelegging innen skole- og utdanning (§ 17), av kommunale tjenester (§ 16) og i arbeidslivet (§ 26) er dermed langt mer omfattende enn den plikten som kan utledes av det generelle forbudet i § 5. Det er samtidig klart at plikten til positive tilretteleggingstiltak etter § 5 bare inntreffer i de tilfellene hvor personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre.

14.3.7 Håndheving

Nemnda kan gi pålegg om retting som er nødvendig for å oppfylle plikten til universell utforming, jf. diskrimineringsombudsloven § 7. Hvis pålegget ikke etterkommes kan nemnda vedta tvangsmulkt, jf. § 8. Nemnda kan imidlertid ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer, og heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe vedtak må utøves for ikke å komme i strid med diskrimineringsforbudet, jf. diskrimineringsombudsloven § 9. Nemnda kan med andre ord ikke gi pålegg som binder plan- og bygningsmyndighetene eller skolemyndighetene.

14.4 Menneskerettigheter og EU- og EØS-rett

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 5 nr. 3 slår fast at partene skal treffe alle hensiktsmessige tiltak for å sikre en rimelig tilrettelegging, med sikte på å fremme likhet og avskaffe diskriminering. Artikkel 4 forplikter partene til ved lovgivning og andre tiltak å sikre full gjennomføring av alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle mennesker med nedsatt funksjonsevne, uten diskriminering av noe slag.

Konvensjonens artikkel 9 pålegger statene å treffe hensiktsmessige tiltak for å sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne på lik linje med andre får tilgang til det fysiske

miljøet, til transport, til informasjon og kommunikasjon, herunder informasjons- og kommunikasjonsteknologi og informasjons- og kommunikasjonssystemer, og til andre tilbud og tjenester som er åpne for eller tilbys allmennheten. Bestemmelsen angir videre på hvilke konkrete områder det skal iverksettes tiltak for å identifisere og fjerne barrierer. Artikkel 9 kan gjennomføres gradvis, og det er opp til statene å vurdere hvilke tiltak som er rimelige og forholdsmessige. Konvensjonen stiller ikke krav om at dette skjer ved rettslig bindende bestemmelser om universell utforming i lovverket.

Barn og unges rett til skole og utdanning er en grunnleggende rettighet som følger blant annet av Menneskerettighetserklæringen artikkel 26, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 14 og FNs barnekonvensjon artikkel 28 og 29.

Rammedirektivet artikkel 5 forplikter statene til å vedta regler som forplikter arbeidsgivere til å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne.

15 Aktivt likestillingsarbeid

15.1 Arbeidsgivers aktivitets- og redegjørelsesplikt

15.1.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 9.1 å konkretisere arbeidsgivers aktivitetsplikt, samt ikke å videreføre arbeidsgivers redegjørelsesplikt.

15.1.2 Gjeldende rett

15.1.2.1 Grunnloven

Grunnloven § 98 forbyr usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling av mennesker. Dette forbudet skal statens myndigheter «respektere og sikre», jf. Grunnloven § 92. Etter Grunnloven har dermed staten en positiv plikt til å iverksette tiltak for å sørge for at mennesker ikke blir utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Å ha bestemmelser om plikt til aktivt likestillingsarbeid for statens myndigheter og andre rettssubjekter, er et viktig ledd i å oppfylle denne plikten.

15.1.2.2 Diskrimineringslovene

Arbeidsgivers aktivitetsplikt

Likestillingsloven pålegger *alle* arbeidsgivere en plikt til å arbeide «aktivt, målrettet og planmessig» for likestilling (aktivitetsplikt).³⁹³ Diskrimineringsloven om etnisitet, diskrimineringsloven om seksuell orientering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven pålegger alle arbeidsgivere i offentlig sektor uavhengig av størrelse og arbeidsgivere i

³⁹³ Likestillingsloven § 23.

private virksomheter som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte³⁹⁴ en tilsvarende aktivitetsplikt.³⁹⁵³⁹⁶

I kravet til *aktivitet* ligger at arbeidsgiver må iverksette konkrete tiltak knyttet til arbeidsgiverens personalpolitiske funksjoner i vid forstand.³⁹⁷ Det kan for eksempel dreie seg om en gjennomgang av kriteriene for karriereutvikling og lederstillinger i bedriften, og undersøke om disse er ulike for kvinnelige og mannlige ansatte, etniske majoriteter og minoriteter, iverksette tiltak for å forhindre seksuell trakassering, og tilrettelegge for at de ansatte kan kombinere arbeidet med familieliv.³⁹⁸ Arbeidsgiver er imidlertid gitt fleksibiliteten til å vurdere hvilke tiltak som skal gjennomføres ut fra en analyse av tilstanden og utfordringene i bedriften.

I kravet om *målrettethet* ligger at arbeidsgiver må definere mål for likestillingsarbeidet. Arbeidsgiver må identifisere hvilke forhold i virksomheten som kan fungere som barrierer for likestilling.³⁹⁹ Forarbeidene nevner som eksempler forhold knyttet til arbeidstid, lønn, bruken av permisjonsordninger, fordeling av arbeidsoppgaver, ansettelse, rekruttering, mentorordning, kurs for kvinnelige ledere og barnehage tilbud.⁴⁰⁰ I aktivitetsplikten ligger det også en oppfordring til å analysere i et kjønnsperspektiv tiltak som er utfordrende.⁴⁰¹

I kravet til *planmessighet* ligger at arbeidsgiver må ha en plan for arbeidet og utpeke en ansvarlig. Tiltakene skal drøftes med de ansatte. Forventningene til arbeidsgivers aktivitet må ses i sammenheng med bedriftens størrelse, type og geografiske beliggenhet.⁴⁰²

Det finnes lite rettspraksis om arbeidsgivers aktivitetsplikt. Det kan imidlertid vises til en dom fra Øst-Finnmark tingrett, hvor retten kom til at en kommune ikke hadde oppfylt sin aktivitetsplikt overfor en kvinnelig brannkonstabel:

«Kommunen [...] har ikke oppfylt sin aktivitetsplikt i henhold til likestillingsloven § 1a. Kommunen har ikke på en god nok måte ivarettatt de spesielle behov A har hatt som eneste kvinnelig arbeidstaker har på en mannsdominert arbeidsplass. Det var heller ikke lagt til rette for kvinnelige arbeidstakere på brannstasjonen, ved at man ikke hadde separate toalett og garderobes. I utlysningstekstene ble ikke kvinner oppfordret til å søke verken den midlertidige eller faste stillingen som brannkonstabel. Ut i fra forklaringene fra

³⁹⁴ Det er gjennomsnittlig ansatte i løpet av året som skal legges til grunn, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 13.8.2 side 208–209.

³⁹⁵ Diskrimineringsloven om etnisitet § 20, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 24 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 19.

³⁹⁶ Ombudet har utviklet flere veiledere om aktivitets- og rapporteringsplikter i arbeidslivet.

³⁹⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 4.7.2 s. 19.

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 4.7.3 s. 20.

³⁹⁹ Ot.prp.nr.77 (2000–2001) punkt 4.7.3 side 19 og Ot.prp.nr.44 (2007–2008) punkt 13.8.4 side 209–211.

⁴⁰⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 19 flg.

⁴⁰¹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 20.

⁴⁰² Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 13.8.4.

brannsjefen og kommunens partsrepresentant fremstår det som svært uklart hvem som har ansvaret for likestillingstiltak i kommunen.»⁴⁰³

Unnlatelse av å oppfylle aktivitetsplikten er et forhold som etter omstendighetene vil kunne vektlegges ved oppreisningsutmålingen.

Arbeidsgivers redegjørelsesplikt

Arbeidsgivere som har en aktivitetsplikt og som i lov er pålagt å utarbeide årsberetning, skal redegjøre for iverksatte og planlagte tiltak i virksomhetens årsberetning eller årsbudsjett (redegjørelsesplikt).⁴⁰⁴

Likestillingsloven § 24 pålegger i tillegg alle arbeidsgivere å redegjøre for *faktisk tilstand*. Verken loven eller forarbeidene angir en uttømmende beskrivelse av hvilke forhold som skal beskrives. Virksomheten kan blant annet beskrive kjønnsfordelingen på områder som lønns- og stillingsnivåer, heltids- og deltidsansatte, bruk av overtid og ubekvem arbeidstid, velferdspermisjoner, omsorgspermisjoner og sykefravær.

Plikten til å redegjøre om likestilling er også slått fast i regnskapsloven § 3-3 sjette og syvende ledd for små foretak og § 3-3a tiende og ellefte ledd for regnskapspliktige som ikke er små foretak. Redegjørelsesplikten for kommuner og fylkeskommuner fremkommer av kommuneloven § 48 nr. 5 tredje og fjerde punktum.

15.1.2.3 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven kapittel 13 har ingen regler om aktivitets- eller redegjørelsesplikt. Som begrunnelse er det i forarbeidene vist til at en aktivitets- og redegjørelsesplikt vil medføre økt byråkratisering for arbeidsgivere.⁴⁰⁵ Arbeidsgivere har dermed ikke plikt til å arbeide aktivt for å fremme likestilling uavhengig av alder, politisk syn, deltidsansatte, midlertidig ansatte og medlemmer i arbeidstakerorganisasjoner.

15.1.2.4 Håndheving

Ombudet og nemnda håndhever arbeidsgivers redegjørelsesplikt. Ombudet kan etter klage eller på eget initiativ kontrollere om årsberetningen, årsrapporten eller årsbudsjettet tilfredsstillende lovens krav. Dette innebærer at ombudet både kan kontrollere at virksomheten faktisk har redegjort i henhold til plikten, og selve innholdet i redegjørelsen. Manglende oppfølging av redegjørelsesplikten kan møtes med pålegg om forbedring fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda, og eventuelt tvangsmulkt.

Ombudet fører indirekte tilsyn med aktivitetsplikten ved at ombudet kontrollerer arbeidsgivers redegjørelsesplikt.⁴⁰⁶ Ifølge de fire diskrimineringslovene skal ombudet og nemnda likevel ikke håndheve reglene om aktivt likestillingsarbeid, herunder

⁴⁰³ Se et eksempel på hvor brudd på aktivitetsplikten etter likestillingsloven ble vektlagt ved oppreisningsutmålingen, TOSFI-2009-136827.

⁴⁰⁴ Likestillingsloven § 24, diskrimineringsloven om etnisitet § 21, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 25 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 20.

⁴⁰⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 24–25.

⁴⁰⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 4.7.4 s. 20.

arbeidsgivers aktivitetsplikt.⁴⁰⁷ Det fremgår av forarbeidene at ombudet vil kunne be om opplysninger, foreta undersøkelser, gå i dialog og påpeke manglende oppfølging av aktivitetsplikten. Derimot vil ombudet ikke kunne pålegge den enkelte virksomhet konkrete tiltak eller avgi en uttalelse om en virksomhet har brutt aktivitetsplikten.⁴⁰⁸

15.1.3 Internasjonale regler

Diskrimineringsvernet etter menneskerettskonvensjonene innebærer ikke bare en plikt til å unnlate å diskriminere, men også forpliktelser for myndighetene til aktivt å sørge for at likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet blir oppfylt i praksis (såkalte positive plikter).⁴⁰⁹

Statene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å hindre at personer, organisasjoner eller foretak diskriminerer kvinner gjennom egnede lovgivningsmessige, politiske og administrative tiltak på alle områder, jf. FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 2 bokstav e). Formålet med statenes positive plikter er ifølge FNs kvinnediskrimineringskomité å sørge for reell likestilling.⁴¹⁰

I flere konvensjoner må sikringsplikten ses i sammenheng med retten til arbeid. Konvensjonspartene er ifølge FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 2 forpliktet til – med alle egnede midler – å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for rasediskriminering. Artikkel 5 bokstav e slår fast at konvensjonspartene særlig er forpliktet til å sikre retten til arbeid.

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 4 pålegger staten å ta i bruk alle egnede virkemidler for å avskaffe diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Denne plikten henger nært sammen med artikkel 27, som gir statene en plikt til å sikre og fremme realiseringen av personer med funksjonsnedsettelse sin rett til arbeid.

15.1.4 EU- og EØS-rett

EUs likestillingsdirektiv artikkel 26 pålegger medlemsstatene å *tilskynde* at arbeidsgivere iverksetter effektive tiltak for å forhindre diskriminering og trakassering når det gjelder tilgang til arbeid, arbeidspraksis og forfremmelse.

⁴⁰⁷ Likestillingsloven § 26 første ledd bokstav b), diskrimineringsloven om etnisitet § 23 første ledd bokstav a), diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 28 første ledd bokstav d) og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 22 første ledd bokstav a).

⁴⁰⁸ Prop. 88 L (2012–2013) pkt. 15.1 s. 106 og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 212–213.

⁴⁰⁹ I det følgende nevnes en ikke uttømmende liste av eksempler på konvensjoner som pålegger statene positive plikter til å sikre reell likebehandling.

⁴¹⁰ Se blant annet FNs kvinnediskrimineringskomité's General recommendation No. 25, para 8.

15.1.5 Nordisk rett

15.1.5.1 Sverige

Arbeidsgivere

Den svenske diskrimineringslagen kapittel 3 regulerer aktivitetsplikten. Arbeidsgiver skal, i samarbeid med arbeidstakerne, iverksette aktive tiltak for å sikre like rettigheter og muligheter i arbeidslivet uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, jf. 2 kap. 1 §. I tillegg har loven en rekke konkrete aktivitetsplikter for arbeidsgivere. Arbeidsgiver skal blant annet arbeide for å utjevne lønnsforskjeller mellom kvinner og menn, forebygge trakassering som har sammenheng med kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning og påse at alle kan søke en stilling ved rekruttering. Aktivitetsplikten omfatter ikke personer med nedsatt funksjonsevne.

Arbeidsgivere som har minst 25 ansatte, skal utarbeide en likestillingsplan, jf. diskrimineringslagen 3 kap. 13 §.

Utdanningsinstitusjoner

Utdanningsinstitusjoner skal arbeide aktivt og målrettet for å fremme like rettigheter og muligheter uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, jf. 3 kap. 14 §. Utdanningsinstitusjoner skal forebygge trakassering på grunn av de nevnte grunnlagene.

Utdanningsinstitusjoner skal utarbeide likebehandlingsplaner med oversikt over påkrevde tiltak for å fremme like rettigheter.

15.1.5.2 Finland

Diskrimineringslagen

Etter den finske diskrimineringslagen 5–7 §§ skal myndigheter, utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere bedømme hvordan likestilling oppnås i deres virksomhet og iverksette tiltak som er nødvendige for å fremme likestilling. Tiltakene skal være effektive, formålsrettede og forholdsmessige tatt betraktning av miljøet i virksomheten, ressursene og andre omstendigheter. Aktivitetsplikten gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Arbeidsgivere som regelmessig sysselsetter minst 30 ansatte, skal i samarbeid med de ansatte utarbeide en plan med tiltak for å fremme likestilling. Plikten til å utarbeide likestillingsplan gjelder for alle utdanningsinstitusjoner og offentlige myndigheter, med unntak av den evangelisk-lutherske kirken. Også private aktører som utfører offentlige forvaltningsoppgaver og som regelmessig har færre enn 30 ansatte, er unntatt plikten til å utarbeide en likestillingsplan.

Jämställdhetslagen

Den finske jämställdhetslagen har regler om aktive tiltak for å fremme likestilling uavhengig av kjønn. Pliktene gjelder for offentlige myndigheter, arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner. Pliktene i jämställdhetslagen er mer omfattende og konkret utformet enn i diskrimineringslagen.

Alle arbeidsgivere skal arbeide målrettet og planmessig for å fremme likestilling uavhengig av kjønn, jf. 6 §. Arbeidsgiver skal under hensyn til ressurser og andre relevante omstendigheter, arbeide for at både kvinner og menn søker på ledige stillinger, fremme en jevn fordeling av ulike oppgaver for kvinner og menn, og sørge for at kvinner og menn har like muligheter til forfremmelse. Arbeidsgiver skal dessuten fremme likebehandling av kvinner og menn når det gjelder ansettelsesvilkår, tilrettelegge arbeidsforholdene slik at de er egnet for både kvinner og menn, og gjøre det lettere for kvinner og menn å kombinere arbeid og familieliv.

Arbeidsgivere som regelmessig har minst 50 ansatte, skal i tillegg utarbeide en likestillingsplan annethvert år, jf. 6 a §. Blant annet skal planen inneholde en lønnskartlegging for å sikre like lønnsvilkår for kvinner og menn, jf. 6 a § tredje ledd.

Etter 6 c § skal myndigheter, utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere arbeide målrettet for å forebygge diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Tiltakene skal inngå i likestillingsplanene.

Utdanningsinstitusjoner skal årlig utarbeide en likestillingsplan i samarbeid med representanter blant studentene og de ansatte, jf. 5 a §. Planen skal inneholde en kartlegging av likestillingssituasjonen, hindringer for likestilling og nødvendige tiltak som planlegges for å fremme likestilling.

15.1.5.3 Danmark

Offentlige myndigheter skal innenfor sine områder arbeide for likestilling og innarbeide likestilling i all planlegging og forvaltning (likebehandlingsloven § 1a og likestillingsloven § 4). Departementer, statlige institusjoner og statlige virksomheter skal utarbeide redegjørelser for likestilling (likestillingsloven § 5). Kommuner har også en redegjøringsplikt (likestillingsloven § 5 a). Likestillingsloven §§ 8 til 13 har regler om kjønns sammensetning i utvalg og styreverv.

Arbeidsgivere med minst 35 ansatte skal hvert år utarbeide en kjønnsoppdelt lønnsstatistikk, jf. likelønnsloven § 5 a.

15.2 Aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner

15.2.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner og at plikten utvides til å gjelde alle grunnlag.

15.2.2 Gjeldende rett

Alle de fire diskrimineringslovene har regler om at arbeidslivets organisasjoner skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål innenfor sitt

virkefelt.⁴¹¹ Aktivitetsplikten er knyttet til virksomheten som avtalepart i arbeidslivet og deres funksjon som interesseorganisasjon for arbeidsgivere eller arbeidstakere.⁴¹²

Det er opp til organisasjonene selv å vurdere hvilke tiltak som er aktuelle og hensiktsmessige.⁴¹³ Det kan for eksempel dreie seg om kurs, seminarer og annen informasjon til medlemsbedriftene. Aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner innebærer imidlertid ingen plikt til å overvåke at organisasjonens medlemmer oppfyller sin aktivitetsplikt.

15.3 Aktivitetsplikt for offentlige myndigheter

15.3.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre aktivitetsplikten for offentlige myndigheter. Departementet foreslår ingen redegjøringsplikt for offentlige myndigheter.

15.3.2 Gjeldende rett

Alle de fire diskrimineringslovene pålegger offentlige myndigheter en plikt til å arbeide «aktivt, målrettet og planmessig» for likestilling.⁴¹⁴ Med offentlige myndigheter menes organer som er en del av stat, kommune eller fylkeskommune, det vil si forvaltningsorganer som utøver offentlig myndighet.⁴¹⁵ Hvis en del av myndighetsutøvelsen er overlatt til statsforetak eller statlige aksjeselskaper, er disse også omfattet så langt de utøver offentlig myndighet. Privatrettslige disposisjoner foretatt av statsforetak og statlige aksjeselskaper, faller derfor utenom.

Offentlige myndigheters aktivitetsplikt skiller seg fra arbeidsgiveres aktivitetsplikt ved at plikten omfatter virksomheten i kraft av å ha en myndighetsrolle. En målrettet aktivitet innebærer at offentlige myndigheter må definere målet for likestillingsarbeidet og hvem som er ansvarlige. Likestillingshensynet skal integreres i all offentlig virksomhet. Offentlige myndigheters aktivitetsplikt innebærer en plikt til å utrede likestillingsmessige konsekvenser av lovforslag, og å endre lover og forvaltningsvedtak som er i strid med diskrimineringslovgivningen, ivareta hensynet til likestilling og mangfold ved det offentlige tjenestetilbudet, ved vedtak om bevilninger mv.⁴¹⁶ Myndighetene må legge til rette for god kommunikasjon som er tilgjengelig for flest mulig.

⁴¹¹ Likestillingsloven § 14, diskrimineringsloven om etnisitet § 14, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 19 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 13.

⁴¹² Se blant annet Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 4.7.3 s. 20.

⁴¹³ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 13.8.4.

⁴¹⁴ Likestillingsloven § 12, diskrimineringsloven om etnisitet § 13, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 18 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 12.

⁴¹⁵ Prop. 88 L (2012–2013) s. 162.

⁴¹⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 4.7.3 s. 19–20.

For at likestillingsarbeidet skal ha den ønskede effekten, må det forankres både hos ledelsen og hos alle ansatte, i plandokumenter, serviceerklæringer og budsjetter. Det er imidlertid ikke en plikt til å gjennomføre bestemte tiltak. Offentlige myndigheter vil selv, ut fra en analyse av tilstanden og utfordringene i den enkelte virksomhet, måtte vurdere hvilke tiltak som er aktuelle og hensiktsmessige.⁴¹⁷

Plikten til å fremme likestilling skal inngå som ledd i all myndighetsutøvelse og må tolkes i samsvar med aktivitetspliktene etter Grunnloven §§ 98, jf. 92 og menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av.

Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet konkluderte i 2010 – under atskillig tvil – med at offentlige myndigheter ikke hadde en redegjøringsplikt etter likestillingsloven 1978. Etter de någjeldende diskrimineringslovene er det bare en redegjøringsplikt for offentlige virksomheter i kraft av å være arbeidsgivere, ikke som myndighetsutøvere.⁴¹⁸ Staten redegjør imidlertid for likestillingsarbeid blant annet gjennom rapporteringer til internasjonale menneskerettslige tilsynsorganer og i offentlige dokumenter som for eksempel statsbudsjettet.

15.4 Plikten til å forebygge og søke å hindre trakassering

15.4.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre plikten til arbeidsgivere og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner om å forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering. Departementet foreslår å slå sammen de nevnte bestemmelsene, se lovforslaget § 27 og at ombudet og nemnda skal gis kompetanse til å håndheve reglene om organisasjoners og utdanningsinstitusjoners plikt til å forebygge og hindre trakassering.

15.4.2 Gjeldende rett

Diskrimineringslovene

Arbeidsgivere og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner plikter å forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med loven.⁴¹⁹ Plikten er av preventiv karakter, og kan omfatte en plikt til å utforme retningslinjer og holdningskampanjer.⁴²⁰

Ombudet og nemnda har kompetanse til å håndheve *arbeidsgivers* plikt til å forebygge og hindre trakassering. Reglene om *organisasjoners og utdanningsinstitusjoners* plikt til å forebygge og hindre trakassering ble tidligere håndhevet av ombudet og nemnda. Ved en

⁴¹⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 13.8.4 s. 210.

⁴¹⁸ Se blant annet diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 25.

⁴¹⁹ Likestillingsloven § 15 og § 25, diskrimineringsloven om etnisitet § 15 og § 22, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 20 og § 27 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 14 og § 21.

⁴²⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 208.

inkurie ble ombudet og nemnda avskåret fra å håndheve bestemmelsen i likestillingsloven 2013, fordi bestemmelsen er plassert i lovens kapittel 3, som er unntatt nemndas håndhevingskompetanse.⁴²¹ Endringen var ikke tilsiktet.⁴²² Departementet foreslår å gi ombudet og nemnda kompetanse til å håndheve reglene om organisasjoners og utdanningsinstitusjoners plikt til å forebygge og hindre trakassering.

Arbeidsmiljøloven

Etter arbeidsmiljøloven har alle arbeidsgivere en generell plikt til å forebygge trakassering på arbeidsplassen. Denne plikten følger av arbeidsmiljølovens krav til virksomhetenes psykososiale arbeidsmiljø, jf. § 4-3. Plikten til å forebygge trakassering etter arbeidsmiljøloven er ikke begrenset til trakassering på grunn av bestemte egenskaper eller forhold. Plikten gjelder generelt.

15.4.3 Nordisk rett

Sverige

Den svenske diskrimineringsloven pålegger arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner en plikt til å forebygge og forhindre trakassering.⁴²³ Det skal redegjøres for tiltakene i likestillingsplanene.⁴²⁴

Arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner utredningsplikt dersom de får kjennskap til at en arbeidstaker, student mv. mener seg utsatt for trakassering eller seksuell trakassering av en annen arbeidstaker, student mv.⁴²⁵

De som er omfattet av plikten til aktivt likestillingsarbeid eller plikten til å utrede og iverksette tiltak mot trakassering, har plikt til å dokumentere arbeidet på begjæring av Diskrimineringsombudsmannen.⁴²⁶

Finland

Den finske diskrimineringslagen 14 § annet ledd slår fast at det regnes som diskriminering dersom en arbeidsgiver, etter å ha fått kjennskap om en arbeidstaker i sitt arbeid har blitt utsatt for trakassering, unnlater å iverksette tiltak for å hindre trakasseringen.

⁴²¹ jf. likestillingsloven § 26 første ledd bokstav b. Tilsvarende er tilfelle med de tre andre diskrimineringslovene. I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er reglene om aktivt likestillingsarbeid plassert i lovens kapittel 4.

⁴²² Prop. 88 L (2012–2013) s. 174.

⁴²³ Diskrimineringslagen 3 kap. 6 § og 15 §.

⁴²⁴ Diskrimineringslagen 3 kap 13 § første ledd og 16 §.

⁴²⁵ Diskrimineringslagen 2 kap 3 § og 7 §.

⁴²⁶ Diskrimineringslagen 4 kap 3 §.

15.4.4 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Diskrimineringslovutvalget foreslo å videreføre reglene om plikt til å forebygge og hindre trakassering og utvide bestemmelsen til å gjelde alle grunnlag.

15.4.5 Departementets vurderinger og forslag

Hvem bør omfattes av plikten?

Departementet foreslår å videreføre reglene som pålegger arbeidsgivere og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner å forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering. Plikten bør gjelde alle diskrimineringsgrunnlag, i tillegg til seksuell trakassering.

Undersøkelser viser at særlig seksuell trakassering er et utbredt problem.⁴²⁷ Trakassering er en stor påkjenning for den som blir utsatt for dette, og plikt til forebygging er derfor særlig viktig. Departementet mener derfor at *alle* arbeidsgivere, utdanningsinstitusjoner og organisasjoner bør ha en plikt til å forebygge og søke å hindre trakassering og seksuell trakassering. Dette vil også gjelde barne- og ungdomsorganisasjoner. Dette er en videreføring av gjeldende rett.

Med utdanningsinstitusjoner menes blant annet grunnskole, videregående skole, folkehøgskoler, spesialskoler, høyskoler og universiteter. Plikten skal gjelde uavhengig av om institusjonen er i offentlig eller privat eie eller drift.⁴²⁸ Departementet mener plikten ikke bør begrenses til utdanningsinstitusjoner som tilbyr opplæring med grunnlag i lov, slik det er foreslått for regelen om at læremidler og undervisning skal bygge på likestilling, se høringsnotatet kapittel 9.2. Departementet mener det er viktig at alle former for utdanningsinstitusjoner omfattes av plikten til å forebygge og søke å hindre trakassering og seksuell trakassering. Omfanget av plikten vil imidlertid kunne variere etter størrelsen og arten av virksomheten, utdanningsinstitusjonen eller organisasjonen.

Hva innebærer plikten til å forebygge og søke å hindre trakassering?

Bestemmelsen vil innebære en plikt til å iverksette tiltak som er reelt forebyggende. Et viktig forebyggende tiltak kan være å ha en klar og uttalt holdning mot trakassering.

Alle arbeidsgivere, utdanningsinstitusjoner og organisasjoner bør utarbeide retningslinjer der det markeres at verken trakassering eller seksuell trakassering er tillatt.

Retningslinjene bør også definere hva som menes med trakassering og seksuell trakassering. Andre former for forebyggende tiltak kan være holdningskampanjer, varslingsrutiner, at spørsmålet tas opp i medarbeidersamtaler og i møter med tillitsvalgte. Dette skal skje uavhengig av om det ved arbeidsgiverens kartlegging viser seg at det er en risiko for trakassering i virksomheten. Etter departementets syn må en virksomhets forebyggings tiltak vurderes i lys av dens størrelse, tidligere problemer knyttet til

⁴²⁷ Se blant annet SSBs arbeidsmiljøundersøkelse fra 2013, <http://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/arbmiljo>

⁴²⁸ Dette er i tråd med Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.3.1 s. 74.

trakassering og arbeidsstyrkens sammensetning.⁴²⁹ Det er for eksempel ikke nødvendigvis hensiktsmessig å ha store holdningskampanjer mot trakassering i små bedrifter hvor trakassering ikke tidligere har vært tatt opp som et problem.

Arbeidsgiver bør ha rutiner for å registrering og håndtering av saker om trakassering, for eksempel rutinger som klargjør hvordan arbeidsgiveren skal reagere dersom arbeidsgiveren blir oppmerksom på at trakassering forekommer i virksomheten, hvem den som mener å ha blitt trakassert kan henvende seg til og hvem som har ansvar for å følge opp saken. Arbeidsgiver bør utrede saken og komme med forslag til tiltak for å hindre gjentagelse.

Også utdanningsinstitusjoner og organisasjoner bør ha retningslinjer og rutiner som dels klargjør hvordan institusjonen skal reagere dersom noen mener seg trakassert. Rutinene bør inkludere å registrere klager, hvem vedkommende skal henvende seg til og hvem som har ansvar for å utrede påstanden eller hendelsen.⁴³⁰

Dersom arbeidsgiveren, utdanningsinstitusjonen eller organisasjonen blir klar over at det pågår trakassering i virksomheten, vil plikten skjerpes. Arbeidsgiver må i et slikt tilfelle gripe fatt i aktuelle problemer og utrede hva som har skjedd og komme fram til en løsning. Det er tilstrekkelig at den ansvarlige har iverksatt tiltak for å forhindre trakassering – det kreves ikke at trakasseringen faktisk er forhindret, jf. uttrykksmåten «søke» å hindre.⁴³¹ På den annen side gjelder plikten uavhengig av om det faktisk forekommer trakassering i virksomheten eller ikke. Klager skal ikke være nødt til å bevise at trakassering har funnet sted før den ansvarlige griper inn.⁴³²

Ansvarsforhold

Bestemmelsen innebærer en plikt til å forebygge trakassering av personer som naturlig hører inn under arbeidsgiverens, utdanningsinstitusjonens eller organisasjonens ansvarsområde. Dette vil blant annet omfatte arbeidstakere, studenter, elever, kunder, klienter, medlemmer og pasienter.⁴³³ Bestemmelsen vil dermed blant annet omfatte en plikt til å forebygge at ansatte blir trakassert av kunder eller at ansatte trakasserer kunder. Forutsetningen for at arbeidsgiver kan bli ansvarlig for trakassering er at trakasseringen er begått av en som kan identifiseres med arbeidsgiver, eller at arbeidsgiver på noen måte kan bebreides. Dette følger også av nemndas praksis.⁴³⁴ Seksuell trakassering som skjer mellom medlemmene i en organisasjon, eller mellom ledelsen og medlemmene, kan også være omfattet.

⁴²⁹ Se også Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.3.3.

⁴³⁰ Dette er i tråd med gjeldende rett. Se blant annet Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.5.4 s. 69.

⁴³¹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 208.

⁴³² Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) pkt. 9.7.3 s. 74-76. Se også Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) pkt. 7.6.5 s. 41–42.

⁴³³ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) punkt 9.7.3.2 s. 75.

⁴³⁴ Se blant annet sak nr. 10/2014.

Plikten er ikke begrenset til å forbygge trakassering som har direkte sammenheng med arbeidet. Plikten vil også omfatte tiltak til å forebygge trakassering som inntreffer utenfor arbeidstid og utenfor arbeidsplassen, så lenge den aktuelle hendelsen har en tilknytning til arbeidet, for eksempel trakassering som skjer ved sosiale sammenkomster i regi av arbeidsgiver utenom arbeidstid, for eksempel i forbindelse med julebord.⁴³⁵ I en dom fra Agder lagmannsrett ble det lagt til grunn at arbeidsgivers ansvar for seksuell trakassering gjelder i sosiale sammenhenger i arbeidsgiverens regi.⁴³⁶

For utdanningsinstitusjoner vil plikten blant annet innebære at det må iverksettes tiltak også ved skoleturer mv. For organisasjoner kan plikten eksempelvis omfatte tiltak for å forbygge og hindre trakassering i forbindelse med møter og andre arrangementer i regi av organisasjonen. Plikten bør imidlertid ikke gjelde situasjoner som ikke har en naturlig sammenheng med arbeidet, opplæringen eller organisasjonsvirksomheten.

Håndheving

Ombudet og nemnda skal ha kompetanse til å føre tilsyn med arbeidsgivers, organisasjoners og utdanningsinstitusjoners plikt til å forebygge og søke å hindre trakassering. Ombudet kan gi en uttalelse av om institusjonen har oppfylt sin plikt til å forebygge og søke å hindre trakassering.

15.5 Innhold i læremidler og undervisning

15.5.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 9.2 at bestemmelsen i dagens likestillingslov § 16 om at læremidler i skoler og andre utdanningsinstitusjoner skal bygge på likestilling, skal utvides til å omfatte både læremidler og muntlig undervisning og skal gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag med unntak av en eventuell samlekategori.

15.5.2 Gjeldende rett

15.5.2.1 Grunnloven

Grunnloven § 109 handler om retten til utdanning og grunnleggende opplæring. Bestemmelsen slår fast at opplæringen skal «fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene». Grunnloven § 109 nevner ikke uttrykkelig at opplæringen skal bygge på likestilling eller hindre ikke-diskriminering. Diskrimineringsvernet er imidlertid et sentralt element i menneskerettighetene, som bestemmelsen uttrykkelig viser til. Grunnloven § 109 må videre leses i sammenheng med likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet i Grunnloven § 98. Ikke-diskrimineringsprinsippet må også avveis mot religionsfriheten som er forankret i Grunnloven § 16.

⁴³⁵ Se blant annet sak nr. 10/2014.

⁴³⁶ Agder lagmannsretts dom (LA-2009-189015-2), som gjaldt gyldigheten av en oppsigelse som følge av at arbeidstakeren hadde opptrådt seksuelt krenkende overfor to unge kvinnelige ansatte.

Samtidig må både Grunnloven §§ 98 og 109 leses i sammenheng med yrtingsfriheten som er vernet av Grunnloven § 100. Rt. 1982 side 1729 (Hoaas 3-dommen) gjaldt en lektor som hadde blitt avskjediget på grunn av uttalelser han hadde kommet med om rasespørsmål og jødeforfølgelse dels i undervisningen og dels også i offentligheten. Høyesterett kom her med prinsipielle uttalelser om forholdet mellom yrtingsfriheten og hans tjenesteplikter og skikkethet som lærer. Høyesterett understreket på side 1738 at

«det ikke er spørsmål om A har overtrådt grensen for den alminnelige yrtingsfrihet, men om hans tjenesteplikter og hans skikkethet som lærer. Og skikketheten må, først og fremst, vurderes i forhold til de stillingsforpliktelser som ved lovgivningen er pålagt lærertjenesten i de offentlige skoler. Loven om videregående opplæring av 21. juni 1974 fastslår i § 20 første ledd den i og for seg selvfølgelig ting at en lærer har ansvar for at skolen blir drevet i samsvar med sin målsetting. [...]

Jeg er selvfølgelig enig med A i at lærerens personlige oppfatninger ikke skal sensureres. Han må også ha rett til å gi uttrykk for dem. Innenfor skolen må likevel hans yrtingsfrihet være underlagt de begrensninger som nødvendigvis må følge av skolens formål. Han kan ikke drive undervisningen slik at han motvirker de formål som det etter skolelovgivningen er hans plikt å fremme. Heller ikke kan han dosere egne meninger til fortrensel for pensumgjennomgåelsen etter undervisningsplanen.»

Departementet tolker uttalelsene dit hen at yrtingsfriheten kan underlegges større begrensninger i en undervisningssituasjon enn i andre sammenhenger. Her er utgangspunktet at de som underviser skal formidle fellesskapets verdier, ikke egne synspunkter som undergraver opplæringens formål. Departementet antar imidlertid at hensynet til yrtingsfriheten vil veie vesentlig tyngre ved undervisning på høyskole- og universitetsnivå. Barn har på grunn av sin alder og modenhet typisk en mindre utviklet evne til å forholde seg kritisk til stigmatiserende fremstillinger.

Høyesteretts ankeutvalg understreket i Rt. 2011 side 1011 at yrtingsfriheten setter svært vide rammer for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål. Utvalget fremhevet at «[d]en frie akademiske meningsutveksling er en grunnleggende verdi, og en forutsetning for at universiteter og høyskoler skal kunne fylle sin oppgave i et demokratisk samfunn». Videre uttalte ankeutvalget av avveiningen mellom yrtingsfrihet og diskrimineringsvern må skje i tråd med Grunnloven § 100 andre og tredje ledd og EMK artikkel 10 nr. 2. Ettersom ikke-diskrimineringsprinsippet nå er grunnlovsfestet, vil dette ytterligere kunne ha betydning for vekten av hensynet til diskrimineringsvern.

15.5.2.2 Likestillingsloven

Likestillingsloven § 16 fastsetter at læremidlene som benyttes i skoler og andre undervisningsinstitusjoner, skal bygge på likestilling uavhengig av kjønn. Bestemmelsen erstatter og viderefører likestillingsloven 1978 § 7.⁴³⁷

⁴³⁷ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 20.2.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at læremidler ble ansett å ha en betydelig innflytelse på barns syn på kjønnsroller.⁴³⁸ Bestemmelsen omfatter kun læremidler som «benyttes» i skoler og andre undervisningsinstitusjoner. Bestemmelsen innebærer med andre ord ikke et direkte forbud mot å fremstilling eller salg av læremidler med et innhold som er i strid med lovens krav.⁴³⁹

Læremidlene skal «bygge på» likestilling uavhengig av kjønn. Derimot er det ikke et krav at læremidlene *fremmer* likestilling. Bestemmelsen gir få konkrete føringer på hvordan læremidlene må utformes for å tilfredsstillere lovens krav. I forarbeidene er det fremhevet at regelen ikke innebærer noe forbud mot å beskrive virkeligheten, for eksempel dagens kjønnsrollemønstre.⁴⁴⁰ Derimot er bestemmelsen forutsatt å innebære et forbud mot å omtale det ene kjønn på en nedsettende måte. Kvinner må for eksempel ikke omtales som dumme og menn som voldsomme.⁴⁴¹

I forarbeidene er det understreket at «[h]vorvidt lovens krav er oppfylt, vil måtte bero på en skjønnsmessig totalvurdering. Målet er balanse i boka som helhet, ikke nødvendigvis innenfor hvert enkelt kapittel». Det er likevel «et generelt krav til alle slags lærebøker at bevisst diskriminerende stoff eller ytringer ikke må nyttes uimotsagt, og at ubevisste tankeløse formuleringer med holdningsskapende virkning må unngås».⁴⁴²

Med «læremidler» menes bøker, tidsskrifter, filmer, leker til bruk i barnehager mv. som er produsert med tanke på undervisning. Også verker som er beregnet til både undervisning og til bruk for praktikere, vil i utgangspunktet regnes som læremidler.⁴⁴³ På den annen side vil vitenskapelige artikler og avhandlinger som hovedregel ikke anses som «læremidler», selv om de brukes i undervisningen.⁴⁴⁴ Bestemmelsen gir dermed ikke direktiver om innholdet i forskningen. Det er forutsatt i forarbeidene at muntlig undervisning ikke kan anses som «læremidler».

Loven definerer ikke begrepet «skoler og andre undervisningsinstitusjoner». Bestemmelsen omfatter imidlertid både offentlige og private skoler og undervisningsinstitusjoner. Også barnehager er omfattet av plikten.⁴⁴⁵ Hva som ellers skal regnes for undervisningsinstitusjon beror i noen grad på skjønn, hvor det blant annet legges vekt på hvor fremtredende undervisningsformålet er og om det dreier seg om opplæring som har betydning for videre skolegang og yrkeskompetanse.⁴⁴⁶

⁴³⁸ Ot.prp. nr. 33 (1917–1975) side 39–40.

⁴³⁹ Ot.prp. 33 (1974–1974) side 42.

⁴⁴⁰ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 43.

⁴⁴¹ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 41.

⁴⁴² Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 43.

⁴⁴³ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 59.

⁴⁴⁴ Ot.prp. nr. 1 (1977–1978) side 13.

⁴⁴⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 59.

⁴⁴⁶ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) på side 59.

Retten til fri religionsundervisning er et sentralt element i retten til religionsutøvelse. Likestillingsloven § 16 hindrer derfor ikke kjønnsdiskriminerende læremidler som brukes i religionsundervisning.⁴⁴⁷ Unntaket innfortolkes i likestillingsloven § 6 om adgang til lovlig forskjellsbehandling. Unntaket gjelder imidlertid bare læremidler brukt i religionsundervisningen. Hvis religionsundervisningen er integrert i øvrige fag, må likebehandlingsprinsippet også gjelde for læremidlene i disse fagene selv om læremidlene skal reflektere en religiøs tro.⁴⁴⁸

Ombudet og nemnda hadde tidligere kompetanse til å håndheve likestillingsloven 1978 § 7. Ved en inkurie ble ombudet og nemnda avskåret fra å håndheve bestemmelsen i likestillingsloven 2013, fordi bestemmelsen ble plassert i lovens kapittel 3, som er unntatt nemndas håndhevingskompetanse.⁴⁴⁹ Endringen var ikke tilsiktet.⁴⁵⁰ Derimot har domstolene adgang til å prøve innholdet i § 16 om læremidlers innhold. Det er ikke knyttet noen formelle sanksjoner til brudd på bestemmelsen, men domstolen vil kunne forby bruken av læremidler som er i strid med bestemmelsen.

15.5.2.3 Forbudet mot direkte diskriminering

Undervisning består hovedsakelig av ytringer. Forbudet mot diskriminering rammer i utgangspunktet bare handlinger. Den delen av undervisningen som gjelder ytringer, rammes derfor i utgangspunktet ikke av diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 5, diskrimineringsloven om etnisitet § 6, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.⁴⁵¹

15.5.2.4 Forbudet mot trakassering

Diskriminerende ytringer fremsatt i læremidlene eller i undervisningen, vil kunne anses som forbudt trakassering, jf. likestillingsloven § 8, diskrimineringsloven om etnisitet § 9, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8. Det er kun ytringer som konkret er rettet mot en eller flere bestemte personer, og som for øvrig oppfyller vilkårene, som kan regnes som trakassering.⁴⁵² I en undervisningssituasjon vil derfor først og fremst diskriminerende ytringer rettet direkte mot elevene kunne rammes av forbudet mot trakassering.

15.5.2.5 Offentlige myndigheters plikt til aktivt likestillingsarbeid

Diskrimineringslovene slår fast at offentlige myndigheter skal arbeide «aktivt, målrettet og planmessig» for likestilling.⁴⁵³ Denne plikten gjelder også for utdanningsinstitusjoner. Bestemmelsen er imidlertid av generell karakter, og innebærer ikke konkrete plikter

⁴⁴⁷ Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) side 23 og Prop. 88 L (2012–2013) kapittel 12.4.2.2 side 88.

⁴⁴⁸ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) side 62–63.

⁴⁴⁹ jf. likestillingsloven § 26 første ledd bokstav b.

⁴⁵⁰ Prop. 88 L (2012–2013) s. 174.

⁴⁵¹ Ot.prp. nr. 33 (1974–1974) kapittel 3.2, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) side 205 og NOU 2009:14 side 39.

⁴⁵² Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) side 107.

⁴⁵³ Likestillingsloven § 12, diskrimineringsloven om etnisitet § 13, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 18 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 12.

knyttet til lærebøker og undervisning. At likestilling vektlegges i undervisning og læremateriell, vil imidlertid bidra til å oppfylle denne plikten. Siden privatskoler ikke vil være en del av offentlige myndigheter, har ikke privatskoler en tilsvarende aktivitetsplikt utenfor arbeidsforhold.

15.5.2.6 *Straffeloven 2005 § 185*

Straffeloven § 185 setter straff for den som forsettlig eller grovt uaktsomt setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. I annet ledd er det presisert at det med diskriminerende eller hatefull ytring menes det å true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av deres hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse, religion eller livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne.

I forarbeidene er det uttalt at skoler må anses som offentlige steder.⁴⁵⁴ Bestemmelsen må avveies mot ytringsfriheten. Det er derfor bare utsagn som er kvalifisert krenkende som omfattes av forbudet.⁴⁵⁵

15.5.2.7 *Opplæringsloven*

Opplæringsloven gjelder grunnskoleopplæring og videregående opplæring i offentlige skoler og lærebedrifter, jf. opplæringsloven § 1-2 første ledd. Loven stiller enkelte generelle krav til innholdet i opplæringen og krav til læringsmiljøet.

Formålsbestemmelsen i opplæringsloven § 1-1 slår fast at opplæringen blant annet skal bygge på verdier som er forankret i menneskerettighetene og fremme demokrati, likestilling og vitenskapelig tenkemåte. At opplæringen skal «fremme» likestilling, tilsier at det stilles innholdsmessige krav til undervisningen av hensyn til å oppnå likestilling. I forarbeidene er det fremhevet at disse verdiene «skal være gjennomgående for sentrale sider ved opplæringens innhold», og at «[s]kolen skal forberede elevene på å møte og skape et mer likestilt samfunn».⁴⁵⁶

I bestemmelsens siste ledd er det uttrykkelig presisert at «[a]lle former for diskriminering skal motarbeidast». Den nærmere konkretiseringen av at «alle former for diskriminering skal motarbeidast», er imidlertid forutsatt nedfelt andre steder i lovgivningen.⁴⁵⁷

Merknadene til bestemmelsen synes hovedsakelig å rette seg mot tilfeller av diskriminering eller krenking av elever eller ansatte:

«Bestemmelsen innebærer at det ikke er rom for noen former for diskriminering eller krenkende ord eller handlinger. Dette må gjenspeiles i det daglige arbeidet og i alle sammenhenger der skolen og lærebedriften er ansvarlige.»

⁴⁵⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) side 215.

⁴⁵⁵ Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 33 og Rt. 2012 s. 536 avsnitt 28.

⁴⁵⁶ Ot.prp. nr. 46 (2007–2008) på side 32.

⁴⁵⁷ Ot.prp. nr. 46 (2007–2008) punkt 7.4 side 29.

Formålsbestemmelsen kan imidlertid få betydning for utarbeidelsen av læreplaner og ved tolkningen av andre bestemmelser i opplæringsloven. Læreplanene for offentlige skoler er vedtatt med hjemmel i opplæringsloven § 2-3, og har status som forskrift.

Også andre bestemmelser i opplæringsloven kan være av relevans for spørsmålet om loven krever at læremidler og undervisning skal bygge på likestilling. Det gjelder særlig opplæringsloven kapittel 9a om elevers rett til et godt skolemiljø.

Paragraf 9a-1 slår fast at alle elever i grunnskoler og videregående skoler har rett til et godt fysisk og psykososialt miljø som fremmer helse, trivsel og læring. Loven stiller altså krav til et godt fysisk og psykososialt læringsmiljø blant annet av hensyn til å fremme læring. Bestemmelsen vil være til hinder for diskriminering som oppleves krenkende for den enkelte, men det kan imidlertid ikke utledes et generelt krav om at læremidlene og undervisningen skal bygge på likestilling.

I § 9a-3 oppstilles det en varslingsplikt og plikt til å følge opp forespørsler for å hindre at elever utsettes for krenkende ord eller handlinger som mobbing, diskriminering, vold eller rasisme. Bestemmelsens annet ledd omfatter alle former for krenkende ord eller handlinger, og ikke bare mobbing diskriminering, vold eller rasisme. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes som et krav om at selve undervisningen må bygge på likestilling, så lenge undervisningen ikke innebærer en krenkelse av elevene.⁴⁵⁸

Ifølge opplæringsloven § 9a-4 har skolene plikt til å arbeide kontinuerlig og systematisk for å fremme det fysiske og psykososiale miljøet.

Håndheving

Opplæringsloven § 13-10 pålegger skoleeier å ha et forsvarlig system for å vurdere om og følge opp at skoleeier etterlever lover og forskrifter. Skoleeier står fritt til selv å utforme dette systemet under forutsetning av det fyller kravet til forsvarlighet.

Fylkesmannen fører tilsyn med at kommunene og fylkeskommunene oppfyller opplæringsloven kapittel 1–16. I tillegg gir departementet råd og veiledning for å sikre et godt og likeverdig opplæringstilbud i samsvar med lov og forskrifter, jf. opplæringsloven § 14-2. Etter § 14-4 har departementet hjemmel til å gi forskrifter som pålegger opplæringsvirksomhetene å gi opplysninger og delta i evalueringer og rapportere om forhold som er av betydning for evaluering av opplæringsvirksomheten etter opplæringsloven. I forskrift til opplæringsloven § 2-1 fremgår det at skolen jevnlig skal vurdere om opplæringen medvirker til å nå målene som er fastsatt i Læreplanverket for Kunnskapsløftet.⁴⁵⁹

15.5.2.8 *Privatskoleloven*

Etter privatskoleloven skal opplæringen ta sikte på å utvikle respekt for menneskerettighetene, grunnleggende friheter og prinsippene som FN-pakten verner om. I tillegg skal opplæringen forberede eleven til et ansvarlig liv i et fritt samfunn i en ånd av

⁴⁵⁸ Dette underbygges av uttalelser i Ot.prp. nr. 72 (2001–2002) punkt 6.2.2 side 16.

⁴⁵⁹ Forskrift til opplæringsloven av 23. juni 2006 nr. 724 kapittel 2.

forståelse, fred, toleranse, likestilling mellom kjønnene og vennskap mellom alle folkeslag, etniske, nasjonale og religiøse grupper og urfolk, jf. § 1-1 (2) bokstav b og d. Etter § 1-1 (3) siste punktum skal alle som er knyttet til skolen, arbeide for å hindre at elevene kommer til skade eller blir utsatt for krenkende ord eller handlinger. Privatskolelovens formålsbestemmelse er noe vagere enn opplæringsloven § 1-1, ettersom den ikke uttrykkelig krever at opplæringen skal «fremme» likestilling.

Formålsbestemmelsen er utformet etter mønster av FNs barnekonvensjon artikkel 29. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at bestemmelsen ikke var ment å endre gjeldende rett, herunder endringer i undervisningsfriheten som privatskoleloven gir.⁴⁶⁰

Opplæringsloven kapittel 9a kommer også til anvendelse på privatskoler, jf. privatskoleloven § 2-4 (2). Det vises til fremstillingen under punkt 16.5.1.7 rett ovenfor.

Håndheving

Læreplaner for private skoler godkjennes særskilt, jf. privatskoleloven § 2-3 (1). Det fremgår av forarbeidene at læreplanene ikke skal være i strid med lovens formålsbestemmelse.⁴⁶¹ Det innebærer at myndighetene fører kontroll med at læreplanene er utformet i samsvar med lovens formålsbestemmelse.

Etter privatskoleloven § 5-2 skal skolens styre sørge for at skolen blir drevet i samsvar med gjeldende lov og forskrifter. I tillegg er departementet gitt anledning til å føre tilsyn med at privatskolene drives i samsvar med lovgivningen, og skal i den sammenheng ha tilgang til skoleanlegg og dokumentasjon, jf. privatskoleloven § 7-2 (1).

15.5.2.9 Barnehageloven

Etter barnehageloven § 1 tredje ledd siste punktum skal barnehagen «fremme» demokrati og likestilling og «motarbeide» alle former for diskriminering. Forarbeidene viser at plikten gjelder alle sammenhenger der barnehagen er ansvarlig. I forarbeidene understreket departementet at det

«ikke [skal] være rom for noen former for diskriminering eller krenkende ord og handlinger i barnehagens virksomhet. Av respekt for både fellesskapet og det enkelte individ må dette gjenspeiles i det daglige arbeidet og i alle sammenhenger der barnehagen er ansvarlig. Barnehagen skal forberede barna på å møte og skape et mer likestilt samfunn. Barnehagen skal sammen med hjemmene skape et godt grunnlag for aktiv deltakelse i et demokratisk samfunn.»⁴⁶²

Barnehageloven § 14 slår fast at kommunen fører tilsyn med virksomheter etter barnehageloven, og blant annet kan gi pålegg om retting av ulovlige forhold.

15.5.2.10 Universitets- og høyskoleloven

Universitets- og høyskoleloven § 4-3 stiller enkelte krav til læringsmiljøet. Loven har imidlertid ingen bestemmelser som legger føringer på at læremidler, undervisning eller

⁴⁶⁰ Ot.prp. nr. 33 (2002–2003) punkt 3.4 på side 14.

⁴⁶¹ Ot.prp. nr. 37 (2006–2007) side 27.

⁴⁶² Ot.prp. nr. 47 (2007–2008) side 33.

forskning skal bygge på likestilling. Styret i statlige universiteter og høyskoler skal påse at institusjonene drives i samsvar med lovgivningen, jf. § 9-1. Departementet er i § 8-3 (3) gitt kompetanse til å føre tilsyn med private universiteter og høyskoler som mottar statstilskudd.

15.5.2.11 Andre utdanningslover

I likhet med universitets- og høyskoleloven § 4-3, heter det i fagskoleloven § 4a annet ledd bokstav h) og folkehøyskoleloven § 5a annet ledd bokstav h) at det «fysiske arbeidsmiljøet» skal være innrettet for begge kjønn. Ingen av disse lovene legger føringer på at læremidler eller undervisning skal bygge på likestilling. Voksenopplæringsloven har heller ingen bestemmelser om læringsmiljø.

15.5.3 Gir internasjonale menneskerettskonvensjoner føringer om at læremidler og undervisning skal bygge på likestilling?

Det grunnleggende menneskerettslige prinsippet om likeverd og ikke-diskriminering medfører at retten til utdanning skal gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte. Det er bare da menneskerettighetene vil kunne få like stor betydning for alle. Prinsippet om ikke-diskriminering er dermed en konsekvens av ønsket om likestilling.

Gjennomføringen av ikke-diskrimineringsprinsippet innebærer blant annet en plikt til å motarbeide de underliggende årsakene til diskriminering, for eksempel stereotypier eller fordommer som regner noen personer eller grupper som mindreverdige på grunn av deres personlige kjennetegn. Noen konvensjoner legger derfor føringer om at likestilling skal fremmes i læremidler og undervisning.

15.5.3.1 FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FNs barnekonvensjon (BK)

ØSK artikkel 13 fastsetter at utdanningen skal ta sikte på full utvikling av menneskets karakter og forståelse av dets verdighet. I tillegg skal utdanningen styrke respekten for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Utdanningen skal også sette alle i stand til å delta på en nyttig måte i et fritt samfunn, fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom alle nasjoner og alle rasegrupper, etniske og religiøse grupper.

Barnekonvensjonen artikkel 29 nr. 1 slår fast at utdanningen skal forberede barnet til et ansvarlig liv i et fritt samfunn i en ånd av forståelse, fred, toleranse, likestilling mellom kjønnene og vennskap mellom alle folkeslag, etniske nasjonale og religiøse grupper. Utdanningen skal ta sikte på å utvikle respekt for ulike nasjonaliteter og menneskerettighetene.

ØSK og FNs barnekonvensjonen pålegger altså statene en plikt til å sørge for at undervisningen skal styrke respekten for menneskerettighetene, blant annet retten til ikke å bli diskriminert som er vernet av ØSK artikkel 2 (2) og barnekonvensjonen artikkel 2. Denne plikten må ses i sammenheng med ØSK artikkel 2 nr. 1 og barnekonvensjonen artikkel 4 som slår fast at statene skal iverksette alle egnede tiltak for å sikre at rettighetene etter konvensjonen blir gjennomført. ØSK-komiteen har i sin generelle kommentar understreket at konvensjonen forplikter statene til å sikre at læreplanene og

systemet for utdanning sikrer verdiene som er fremhevet i artikkel 13 nr. 1.⁴⁶³ ØSK-komiteen konkretiserte statenes plikter på følgende måte i premiss 31:

«The prohibition against discrimination enshrined in article 2(2) of the Covenant is subject to neither progressive realization nor the availability of resources; it applies fully and immediately to all aspects of education and encompasses all internationally prohibited grounds of discrimination.»

I tillegg har FNs Barnekomité understreket at statene for å oppfylle plikten må iverksettes konkrete tiltak ved «the educational processes, the pedagogical methods and the environment within which education takes place».⁴⁶⁴

15.5.3.2 FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK)

FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 5 bokstav a slår fast at staten skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å endre menns og kvinners sosiale atferdsmønstre, med sikte på å avskaffe fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent.⁴⁶⁵

Den positive forpliktelsen om å avskaffe alle stereotype forestillinger om manns- og kvinneroller skal ivaretas i «alle typer undervisning», jf. konvensjonen artikkel 10 bokstav c. Dette skal særlig skje ved å «revidere lærebøker og undervisningsplaner og tilpasse undervisningsmetodene». KDK stiller følgelig krav til at likestilling skal vektlegges i læremidler og undervisning. Dette kravet må ses i sammenheng med KDK artikkel 2 f) slår fast at statene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å endre eller oppheve eksisterende sedvane og praksis som innebærer diskriminering av kvinner. I tillegg fastsetter KDK artikkel 2 e) at konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å «hindre at personer, organisasjoner eller foretak diskriminerer kvinner».

15.5.3.3 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

FNs konvensjon om rettighetene for mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 8 nr. 1 forplikter statene til å treffe øyeblikkelige, effektive og hensiktsmessige tiltak for å fremme respekten for de rettigheter og den verdighet som tilkommer mennesker med nedsatt funksjonsevne og bekjempe stereotypier, fordommer og skadelig praksis knyttet til mennesker med nedsatt funksjonsevne «på alle livets områder». Ifølge artikkel 8 nr. 2 bokstav b innebærer slike tiltak «å fremme respekt for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, på alle nivåer i utdanningssystemet, også hos alle barn fra ung alder». Etter artikkel 24 nr. 1 bokstav a skal også statene sikre et inkluderende utdanningssystem på alle nivåer, samt livslang læring, som tar sikte på at menneskets muligheter og forståelsen av dets verdighet og egenverdi utvikles fullt ut, og at respekten

⁴⁶³ ØSK-komiteen General Comment No. 13 (1999), punkt 49.

⁴⁶⁴ FNs barnekomité General Comment No. 1 (2001), punkt 18.

⁴⁶⁵ Se også FNs kvinnediskrimineringskomité General Recommendation No. 28, punkt 9.

for menneskerettighetene, de grunnleggende friheter og det menneskelige mangfold styrkes.

15.5.3.4 FNs rasediskrimineringskonvensjon

FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 7 slår fast at statene skal iverksette øyeblikkelige og effektive tiltak blant annet på områdene undervisning og utdanning for å bekjempe fordommer som fører til rasediskriminering og for å fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom etniske grupper. FNs rasediskrimineringskomité har uttalt at læreplaner, lærebøker og undervisningsmateriale bør søke å fremme gjensidig respekt og toleranse mellom nasjoner etniske grupper.⁴⁶⁶

15.5.3.4.1 Særlig om trosfriheten

Retten til trosfrihet er vernet av blant annet EMK artikkel 9 og SP artikkel 8. Videre gir EMK TP 1 artikkel 2, ØSK artikkel 13 nr. 3 og SP artikkel 18 nr. 4 foreldre rett til å velge privatskoler for sine barn som sikrer barna undervisning i tråd med egen religion og overbevisning. En slik religiøs undervisning kan komme i konflikt med retten til ikke-diskriminering dersom religionsutøvelsen fremmer diskriminerende holdninger. Diskrimineringsvernet gjelder imidlertid også i privatskoler og i religionsundervisning. Det innebærer at retten til ikke å bli diskriminert må veies mot religionsfriheten.

Når det skal vurderes om det skal kunne gjøres inngrep i trosfriheten av hensyn til å beskytte andre mot diskriminering, vil det avgjørende være om et inngrep i trosfriheten er hjemlet i lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte andres rettigheter til ikke å bli diskriminert, jf. blant annet EMK artikkel 9 nr. 2. Det innebærer at et inngrep i trosfriheten ikke må være mer omfattende enn det som er nødvendig og forholdsmessig for å beskytte andre mot diskriminering.

15.5.3.5 Den europeiske menneskerettskonvensjon

EMK P1-1 om retten til utdanning er tolket slik at den stiller visse krav til at undervisningen formidles på en objektiv, kritisk og pluralistisk måte.⁴⁶⁷

15.5.4 Nordiske lands rett

15.5.4.1 Finland

Den finske jämställdhetslagen skal fremme likestilling uavhengig av kjønn, jf. jämställdhetslagen 1 §. Etter 5 § har «utbildningsanordnare» plikt til å sørge for at læremidlene, forskningen og undervisningen støtter formålet med loven. Med «utbildningsanordnare» menes den som tilbyr undervisning eller utdanning med grunnlag i lov, jf. 3 § fjerde ledd. Ved utdanning og undervisning skal likestilling fremmes under hensyn til barnets alder og modenhet.

⁴⁶⁶ FNs rasediskrimineringskomité General recommendation No. 35, «Combating racist hate speech» (CERD/C/GC/35), 2013, punkt 32.

⁴⁶⁷ Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark, sak nr. 5095/71, 5920/72 og 5926/72, dom 7. desember 1976.

Også etter den finske diskrimineringsloven 6 § har utdanningsinstitusjoner en aktivitetsplikt for å fremme likestilling. Aktivitetsplikten gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsloven har imidlertid ikke en tilsvarende bestemmelse som jämställdhetslagen som pålegger utdanningsinstitusjonene en plikt til å sørge for at undervisningen skal støtte formålet med loven.

Både jämställdhetslagen og diskrimineringsloven unntar religionsutøvelse fra lovenes virkeområde. Forholdet mellom diskrimineringsvern og trosfrihet settes derfor ikke på spissen.

15.5.4.2 Sverige

Den svenske diskrimineringsloven 16 § pålegger utdanningsinstitusjoner å utarbeide en likestillingsplan. Planen skal inneholde en oversikt over tiltak som er nødvendige for å fremme barns, elevers og studenters like rettigheter og muligheter uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller livssyn, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, og forebygge og forhindre trakassering. Loven pålegger imidlertid ikke utdanningsinstitusjoner en generell plikt til å sørge for at læremidler og undervisning bygger på likestilling.

15.5.4.3 Island

Den islandske likestillingsloven artikkel 23 slår fast at elever på alle stadier av utdanningssystemet skal få opplæring om likestillingsspørsmål. Opplæringen skal blant annet legge vekt på å forberede begge kjønn på å spille en lik rolle i samfunnet, inkludert arbeid og familieliv. I tillegg er det presisert at læremateriell og skolebøker skal være utformet slik at de ikke diskriminerer ett av kjønnene. Det islandske kunnskapsdepartementet skal overvåke om skoler og utdanningsinstitusjoner oppfyller de nevnte pliktene, også i sport og fritidsaktiviteter. Det islandske kunnskapsdepartementet skal ansette en likestillingsrådgiver som skal overvåke og spre kunnskap om skoler og utdanningsinstitusjoners plikt til å fremme likestilling i tråd med bestemmelsen.

15.6 Kjønnbalanse i offentlige utvalg

15.6.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 9.3 å videreføre bestemmelsen i dagens likestillingslov om kjønnbalanse i offentlige utvalg med mer videreføres, men at unntaksadgangen bringes mer i samsvar med praksis.

15.6.2 Gjeldende rett

Etter likestillingsloven § 13 skal begge kjønn være representert på følgende måte når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder, delegasjoner mv.:

- a) Har utvalget to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.
- b) Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.

- c) Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.
- d) Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire.
- e) Har utvalget flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.

Med offentlig organ menes her det samme som forvaltningsorgan jf. forvaltningsloven § 1.

Offentlige utvalg utgjør en alternativ kanal til politisk innflytelse. Formålet med reglene om kjønnsbalanse er at begge kjønn skal sikres lik mulighet til innflytelse.

Demokratihensyn tilsier derfor at begge kjønn skal ha like muligheter til å bidra med ressurser og talent.⁴⁶⁸ Også mangfold og variasjon er et viktig formål med reglene.⁴⁶⁹

Det kan oppstå tvil om hvilke grupper som kan kalles utvalg mv. i bestemmelsens forstand. I utgangspunktet er dette en gruppe personer som er pålagt en avgrenset oppgave. Bestemmelsene gjelder både utredningsutvalg, utvalg som gir rådgivende uttalelser og utvalg som treffer vedtak. Som hovedregel bør to forutsetninger være til stede for at en gruppe skal kunne omfattes av bestemmelsen. For det første må gruppen ha fått et mandat eller oppdrag, muntlig eller skriftlig. For det andre må det foreligge en forventning om at gruppens arbeid skal munne ut i et sluttprodukt, muntlig eller skriftlig. Interne arbeidsgrupper som hører til det daglige arbeidet i et offentlig organ, omfattes ikke av bestemmelsen.

Med «delegasjon» menes språklig sett en delegasjon utsendinger med fullmakt til å føre forhandlinger. Det er naturlig å ta utgangspunkt i dette når en skal vurdere om en utsendt gruppe anses som en delegasjon. Delegationer som oppnevnes i statsråd eller i departementet, vil falle inn under begrepet delegasjon. Dette gjelder også i andre tilfeller der det er naturlig med en formell beslutning om hvem som skal delta eller der deltakerne på annen måte oppnevnes. Det er ikke nødvendig at politisk ledelse er representert for at det skal være en delegasjon. Det er heller ikke et krav at det må dreie seg om en utenlandsreise. Departementets utsendinger til internasjonale eller bilaterale råd, utvalg, komitéer mv. vil som utgangspunkt være å anse som en delegasjon i lovens forstand. Det at flere personer fra samme departement eller institusjon deltar på samme kurs, seminar, møte eller liknende regnes i utgangspunktet ikke som en delegasjon i bestemmelsens forstand.

Bestemmelsen gjelder også der offentlige organer oppnevner eller velger representanter til ikke- offentlige organer. Reglene gjelder her bare for de representantene det offentlige har oppnevnt eller valgt. Dersom flere offentlige organer, f.eks. stat og kommune, skal oppnevne representanter til styrer, interkommunale organer o.l., skal hvert av de offentlige organene regnes for seg. I Ot.prp. nr. 67 (1980–1981) s. 6 og 14 heter det at reglene om kjønnsbalanse gjelder ved «gjenoppnevninger, ved endret sammensetning av utvalget m.v.

⁴⁶⁸ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) punkt 10.5.1 s. 64.

⁴⁶⁹ Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) punkt 10.5.1 s. 64.

og når det foretas supplerende oppnevninger. Ved vurdering av om reglene er oppfylt, må en se på den nye sammensetningen av utvalget m.v. Reglene skal imidlertid ikke gjelde ved automatisk opprykk av varamedlemmer.» I forarbeidene heter det også at «[d]ersom selvskrevne medlemmer skifter i løpet av et utvalgs fungeringstid, skal det betraktes som automatisk opprykk av vararepresentant.»⁴⁷⁰ Med et selvskrevet medlem menes ifølge forarbeidene en som sitter i utvalget i kraft av sin stilling, og som derfor ikke oppnevnes på vanlig måte. Standpunktet er begrunnet med at det i slike tilfeller vil være umulig å oppfylle kravet til kjønnsbalanse.

Utvalg som opprettes direkte ved alminnelige valg faller utenfor bestemmelsen. Dette er organer som Stortinget, fylkesting, kommunestyre og menighetsråd. Her er det nominasjonsprosessen og valgresultatet som må avgjøre kjønns sammensetningen.

Reglene om kjønnsrepresentasjon gjelder også for varamedlemmer til utvalg. Medlemmer og varamedlemmer regnes hver for seg, slik at reglene må oppfylles for begge grupper. Medlemmer som sitter i et utvalget i kraft av sin stilling (selvskrevne medlemmer), skal også telles med i vurderingen av fordelingen av kvinner og menn. Utvalgssekretærer mv. som ikke er oppnevnt som medlem av utvalg mv. skal ikke telle med ved beregningen av kjønnsandelen i utvalget.

Hvis det foreligger særlige forhold som gjør det åpenbart urimelig å oppfylle kravene, kan man søke Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) om dispensasjon fra kravet til kjønnsbalanse.

Det er gjort unntak for utvalg som etter lov bare skal ha medlemmer fra direkte valgte forsamlinger. Regelen gjelder derfor f. eks. ikke for Stortingets komitéer. Utvalg som også kan ha medlemmer som ikke er medlemmer av folkevalgte organer, faller imidlertid inn under bestemmelsen. Utvalget vurderes da under ett.

Bestemmelsen omfatter ikke de tilfeller der private organisasjoner selv oppnevner medlemmer til offentlige utvalg mv. Heller ikke valg eller oppnevninger som arbeidstakere foretar til utvalg mv. hjemlet i lov eller avtaleverk, omfattes av bestemmelsen.

Kravet til kjønnsbalanse gjelder også når det foretas gjenoppnevninger, endringer i sammensetning av utvalget og når det foretas supplerende oppnevninger. Bestemmelsen gjelder imidlertid ikke ved automatisk opprykk av varamedlemmer.

Også selskapslovgivningen stiller krav til kjønnsbalanse i blant annet allmennaksjeselskaper.⁴⁷¹ I allmennaksjeloven § 6-11a første ledd heter det at i styret i allmennaksjeselskap «skal begge kjønn være representert» med fordelingen som bestemmelsen angir. I forarbeidene til allmennaksjelovens regler om kjønnsbalanse, heter at departementet anså det som hensiktsmessig at «reglene som gjelder på området [reglene

⁴⁷⁰ Ot.prp. nr. 67 (1980–1981) s. 15.

⁴⁷¹ Se allmennaksjeloven §§ 6-11 a og 20-6.

om kjønnsbalanse i likestillingsloven og selskapslovgivningen] blir mest mulig like». ⁴⁷² Reglene om kjønnsbalanse i selskapslovgivningen åpner imidlertid ikke for unntak fra kravet til kjønnsbalanse.

Forskrift

Det er gitt en forskrift som utdyper hvordan bestemmelsen skal håndheves. ⁴⁷³ Verken loven eller forskriften gir hjemmel for sanksjoner hvis et oppnevnt utvalg ikke fyller kravene til kjønnsbalanse.

De andre diskrimineringslovene har ikke tilsvarende regler om sammensetning av utvalg mv.

16 Særlige regler i arbeidsforhold

16.1 Presisering av diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold

16.1.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre bestemmelsene som slår fast at det generelle diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold.

16.1.2 Gjeldende rett

I alle de fire diskrimineringslovene er det presisert i en egen bestemmelse at det generelle diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold. ⁴⁷⁴ Dette gjelder både

- utlysning av stilling,
- ansettelse,
- omplassering og forfremmelse,
- opplæring og kompetanseutvikling,
- lønns- og arbeidsvilkår og
- opphør av ansettelsesforholdet.

Forbudet gjelder ikke bare arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven, men også arbeidsgivers valg av og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

⁴⁷² Ot.prp. nr. 97 (2002–2003) kapittel 7 s. 53.

⁴⁷³ Forskrift 2. februar 1996 nr. 110 om representasjon av begge kjønn i statlige utvalg, styrer, råd, delegasjoner m.v. – regler om håndheving og rapportering.

⁴⁷⁴ Likestillingsloven §17, diskrimineringsloven om etnisitet § 16, diskrimineringsloven om seksuell orientering § 15 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 21.

16.1.3 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Diskrimineringslovutvalget foreslo en bestemmelse som presiserte at diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold. Bestemmelsen skulle også gjelde ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

16.1.4 Departementets vurderinger og forslag

Departementet mener bestemmelsen som presiserer at diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av ansettelsesforholdet bør videreføres. Bestemmelsen presiserer at diskrimineringsforbudet også gjelder ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

Bestemmelsen har ikke selvstendig betydning, men er kun en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet i § 6. Informasjonshensyn tilsier likevel at dette bør fremgå uttrykkelig av loven.

16.2 Innhenting av opplysninger ved ansettelse

16.2.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 10.2 at bestemmelsen om innhenting av opplysninger ved ansettelse skal omfatte opplysninger om graviditet, adopsjon og planer om å få barn, etnisitet, religiøse og kulturelle spørsmål, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk og funksjonsnedsettelse.

16.2.2 Gjeldende rett

Diskrimineringslovgivningen har regler som forbyr arbeidsgiver å innhente visse opplysninger ved ansettelse.⁴⁷⁵ Disse opplysningene er knyttet opp mot de respektive lovers diskrimineringsforbud, og håndheves av ombudet og nemnda.

Formålet med bestemmelsene er å forhindre at arbeidsgiver gis et faktisk grunnlag for å diskriminere ved ansettelsen. Det skal ikke være adgang til å spørre om opplysninger som det ikke er lov å vektlegge ved selve ansettelsen. På den annen side skal bestemmelsen ikke innskrenke religiøse, politiske og kulturelle organisasjoners mulighet til å drive virksomhet i samsvar med sitt formål.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har ikke en tilsvarende bestemmelse som forbyr innhenting av opplysninger om nedsatt funksjonsevne eller etnisitet.

16.2.2.1 Likestillingsloven, graviditet og familieplanlegging

Etter likestillingsloven § 18 må en arbeidsgiver ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om graviditet, adopsjon og

⁴⁷⁵ Arbeidsmiljøloven §§ 13-4 og 9-3, likestillingsloven § 18, diskrimineringsloven om etnisitet § 16 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 16.

planer om å få barn. Bestemmelsen kom inn i likestillingsloven 1978 § 4 ved en lovendring i 2010, og er videreført i likestillingsloven 2013. Før lovfestingen ble spørsmål om graviditet, adopsjon, uttak av foreldrepermisjon og familieplanlegging etter likestillingsloven 1978 regnet som direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.⁴⁷⁶ Formålet med lovfestingen var å presisere og klargjøre rettstilstanden.⁴⁷⁷

Forbudet mot innhenting av opplysninger har en kjønnsnøytral utforming og gjelder uavhengig av søkerens kjønn.

Med «planer om å få barn» menes planlagt graviditet, planlagt adopsjon, infertilitetsbehandling – planlagt og pågående og planlegging av hvordan man har tenkt til å ta ut foreldrepermisjonen, dvs. 100 % uttak eller 80 % uttak, fleksibelt uttak eller utsettelse av permisjonen mv.⁴⁷⁸

I forarbeidene er det vist til at spørsmål om planer om å få barn er personlige spørsmål som de fleste bare deler med sine nærmeste, og en arbeidssøker bør derfor ha et utvidet vern overfor potensielle arbeidsgivere. I tillegg er det fremhevet at

«et spørsmål om familieplanlegging kan ha mange svar: Arbeidssøker og dennes ektefelle/partner/samboer skal kanskje snart i gang med assistert befruktning, de har nettopp spontanabortert og prøver på nytt, de har nettopp tatt abort, de ønsker seg ikke barn eller arbeidssøker leter rett og slett etter en å få barn med.»⁴⁷⁹

Forbudet omfatter ikke spørsmål om antall barn eller sivil status, selv om slike spørsmål kan danne grunnlag for spekulasjoner som kan føre til forskjellsbehandling.⁴⁸⁰

Departementet mente at et forbud mot innhenting av slike opplysninger ville innebære at både praktisering og håndheving kunne bli svært komplisert. Det ble også vist til at det under jobbintervju kan være naturlig å snakke om familieforhold, fritidsinteresser og lignende, og at dette også kan være av betydning for søkeres realkompetanse.

Det er ingen unntaksadgang i likestillingsloven § 18. Etter likestillingsloven 1978 ble spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging regnet som direkte forskjellsbehandling. Dette innebar at det ikke var en lovfestet unntaksadgang til å innhente slike opplysninger. Det har likevel blitt innfortolket en svært snever unntaksadgang på ulovfestet grunnlag. Denne ulovfestede unntaksadgangen er omtalt i forarbeidene til likestillingsloven 1978. For at denne skulle komme til anvendelse måtte tre vilkår være oppfylt. For det første måtte det knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner. For det andre måtte det være tale om et «vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav» og for det tredje måtte det legges til grunn en forholdsmessighetsvurdering.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Ot. prp. nr. 79 (2008–2009) s. 56.

⁴⁷⁷ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 54

⁴⁷⁸ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 55.

⁴⁷⁹ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 55.

⁴⁸⁰ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 57.

⁴⁸¹ Se blant annet Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 55.

I forarbeidene til likestillingsloven 2013 er ikke den ulovfestede unntaksadgangen omtalt. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene til likestillingsloven 2013 at det er et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av slike forhold ved ansettelse og oppsigelse.⁴⁸²

16.2.2.2 *Diskrimineringsloven om seksuell orientering*

Etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 16 må en arbeidsgiver ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om søkeres seksuelle orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Bestemmelsens annet punktum tillater likevel at det innhentes opplysninger om søkerens samlivsform i enkelte særlige tilfeller.

Det er to alternative vilkår for å kunne innhente opplysninger om samlivsform:

- a) dersom det er begrunnet i stillingens karakter, eller
- b) dersom det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn.

Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen. I lys av bestemmelsens første ledd er det homofil samlivsform bestemmelsen har praktisk betydning for. Bestemmelsen åpner ikke for unntak for innhenting av opplysninger om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I NOU 2008:1 foreslo utvalget at unntaksbestemmelsen skulle omfatte seksuell orientering. Forslaget var begrunnet i at en slik endring ville gi bedre sammenheng mellom reglene og en mer ensartet terminologi. Utvalget viste også til at selv om det ikke står uttrykkelig, må unntaket fra spørreforbudet ses i sammenheng med den generelle unntaksadgangen (nåværende § 6). Det vil si at det i særlige tilfeller kan åpnes for at seksuell orientering kan tillegges vekt, for eksempel hvis en interesseorganisasjon for homofile ønsker en leder som selv er homofil eller hvis homofilt samliv er i strid med læren i et trossamfunn. Departementet støttet imidlertid ikke utvalgets syn om at «homofil samlivsform» skulle erstattes med seksuell orientering. Departementet viste til at skillet mellom seksuell orientering og samlivsform er avgjørende ved ansettelser i trossamfunn. Departementet mente dette ville medføre en utvidet diskrimineringsadgang.⁴⁸³

Unntakenes virkeområde er i hovedsak sammenfallende. Uttrykket «stillingens karakter» må for begge alternativer vurderes i lys av virksomhetens formål i sin alminnelighet. Det kan likevel ikke utelukkes tilfeller hvor alternativ a) har en selvstendig betydning som ikke dekkes av alternativ b). Det kan tenkes tilfeller hvor virksomheter som drives etter et bestemt idégrunnlag verken er av religiøs eller kulturell karakter, i alle fall kan det oppstå rettslig tvil om så er tilfelle. Dette må også fortolkes i lys av adgangen etter § 6 til å legge vekt på seksuell orientering ved ansettelser.

Religionsfriheten gir trossamfunn og andre religiøse organisasjoner eller virksomheter rett til å påberope seg religiøst begrunnet forskjellsbehandling. Det innebærer at trossamfunn kan ha en videre adgang til å forskjellsbehandle enn andre virksomheter, fordi religiøs

⁴⁸² Prop. 88 L (2012–2013) s. 68.

⁴⁸³ Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 46

lære kan være en saklig grunn for forskjellsbehandling. Unntaksadgangen i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 16 skal likevel ikke forstås slik at alle stillinger i livssynsorganisasjoner mv. faller inn under unntakene. Det må foretas en vurdering av den konkrete stillingens betydning for gjennomføringen av virksomhetens formål. Selv om en virksomhet er knyttet til en bestemt religion eller et bestemt livssyn, vil slike virksomheter også ofte ha stillinger som ikke har spesiell betydning for å fremme formålet. Dette kan for eksempel være stillinger med rent administrative oppgaver, renholdere eller vaktmestere. Trosfriheten og religionsfriheten må derfor veies opp mot hverandre i hver enkelt konkrete sak. Dette gjør det vanskelig å angi hvilke forhold som vil komme innunder unntaksadgangen.

Unntaksadgangen i § 16 må tolkes i tråd med adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av samlivsform ved ansettelse, som i dag følger av den ordinære unntaksbestemmelsen i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6. Det er redegjort nærmere for de relevante tolkningsmomentene i Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 40 følgende. Her er det også vist til typetilfeller.

16.2.2.3 Diskrimineringsloven om etnisitet

Etter diskrimineringsloven om etnisitet § 17 må arbeidsgiver ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål.

Forbudet gjelder ikke hvis innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål er

- begrunnet i stillingens karakter, eller
- det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte religiøse eller kulturelle syn, og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet.

Dersom slike opplysninger vil bli krevet må dette angis i utlysningen av stillingen.

Unntakene skal forstås på samme måte som i unntaksbestemmelsen ved innhenting av opplysninger om samlivsform.⁴⁸⁴ Formålet med unntaket er at religiøse, politiske og kulturelle organisasjoner og institusjoner skal kunne drive sin virksomhet i samsvar med sin egenart og sitt formål.

Loven har to unntak fra forbudet mot innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål. Det er en glidende overgang mellom de to unntaksalternativene, men ifølge forarbeidene har hvert unntak selvstendig betydning. Opprinnelig hadde bestemmelsen – som tidligere var plassert i arbeidsmiljøloven – bare et unntak for spørsmål som er begrunnet i stillingens karakter. Senere ble det også gjort unntak for forbudet mot å stille religiøse eller kulturelle spørsmål ved ansettelser hvis det inngår i formålet med vedkommende virksomhet å fremme bestemte religiøse eller kulturelle syn, og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av

⁴⁸⁴ Se beskrivelsen i Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) s. 40 følgende.

formålet.⁴⁸⁵ Hensikten med det nye unntaket var sørge for å fjerne enhver tvil om at politiske, religiøse og kulturelle organisasjoner og institusjoner skal kunne drive sin virksomhet fullt ut i samsvar med sin egenart og sitt formål, og presisere at unntaket ikke bare gjelder for visse stillinger.⁴⁸⁶ I forarbeidene er det også presisert at unntaket kan gi adgang til å stille livssynskrav til søkere til for eksempel vaktmesterstillinger eller for kjøkkenpersonell hvis disse stillingene har betydning for gjennomføringen av organisasjonens eller institusjonens målsetting.⁴⁸⁷ Det må foretas en vurdering av den konkrete stillingens betydning for gjennomføringen av virksomhetens formål.⁴⁸⁸

Unntaket for spørsmål som er begrunnet i stillingens karakter, kan være aktuelt hvis virksomheten drives etter et bestemt idégrunnlag som verken er av religiøs eller kulturell karakter og dermed ikke faller innunder alternativ to om at det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte religiøse eller kulturelle syn.⁴⁸⁹

Lovligheten av innhenting av opplysninger, må også her ses i sammenheng med unntaksadgangen ved ansettelser. Dersom det er tillatt å legge vekt på søkerens tro eller livssyn ved ansettelse etter diskrimineringsloven om etnisitet § 7, vil det også være adgang til å innhente opplysninger om tro og livssyn. Det følger av forarbeidene at forbudet mot innhenting av opplysninger

«kun vil innebære en presisering av det generelle forbudet og unntaket i lovforslagets § 4 første og fjerde ledd. Bestemmelsen innebærer således ingen utvidelse eller innskrenkning av adgangen til å innhente opplysninger i forhold til det generelle diskrimineringsforbudet.»⁴⁹⁰

Det avgjørende for begge vurderinger er om stillingen er tillagt ansvar og oppgaver som i kvalifisert grad knytter den opp til virksomhetens formål.⁴⁹¹ Det må derfor foretas en nærmere vurdering av den konkrete stillingens betydning for gjennomføringen av virksomhetens formål.⁴⁹² Ifølge forarbeidene skal bare ansettelser av personell i tilknytning til samfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige aktiviteter kunne unntas fra forbudet. Det er videre presisert at det ikke vil være saklig «å forskjellsbehandle på grunn av religion ved ansettelser av vaktmester eller renholder i et trossamfunn, med mindre funksjonene kan sies å være av betydning for gjennomføringen

⁴⁸⁵ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982).

⁴⁸⁶ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III, s. 3 og 5.

⁴⁸⁷ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III, s. 3.

⁴⁸⁸ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III.

⁴⁸⁹ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III, s. 4.

⁴⁹⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 114

⁴⁹¹ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 30/2012

⁴⁹² Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III.

av trossamfunnets religiøse formål.»⁴⁹³ Ifølge forarbeidene er det i første rekke opp til den enkelte virksomhet selv å vurdere om den konkrete stillingen er av betydning for gjennomføringen av trossamfunnets formål.⁴⁹⁴ Også trossamfunn som driver barnehager vil kunne stille livssynskrav til søkerne hvis vilkårene for øvrig er oppfylt.⁴⁹⁵

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 30/2012, som gjaldt en stillingsutlysning for økonomileder ved en skole, fant nemnda at stillingsutlysningen var lovlig. I den konkrete vurderingen av stillingen uttalte nemnda følgende:

«Nemnda legger til grunn at økonomileder, rektor og inspektør utgjør skolens ledelse, og at det settes et særlig krav til disse om å ivareta eiers verdigrunnlag og målsettinger når det gjelder skoleutvikling, virksomhetsutvikling og oppfølging av medarbeidere. Nemnda legger videre til grunn at økonomileders rolle ved skolen er så sterkt knyttet til utøvelsen av en religiøs funksjon, både i den personlige omgang med enkeltelever, gjennom deltakelse i skolens forkynnelse og i utviklingen av skolens kristne identitet, at dette gir et tilstrekkelig grunnlag for å stille krav om kristent livssyn, og ikke bare krav om lojalitet. Slik sett har økonomileders trostilknytning betydning for vedkommendes gjøremål ved skolen som ligger utenfor de egentlige tjenesteplikter, for eksempel ledelse av andakter. I en slik situasjon må direktivets forutsetning om regulært, legitimt og berettiget ervervsmessig krav anses oppfylt. Nemnda viser også til Høyesteretts dom vedrørende Diakonhjemmets Sosialhøgskole (Rt-1986-1250). Høyesterett fastslo at skolen, med bakgrunn i sitt kristne formål, hadde adgang til å spørre om kristent livssyn innen visse stillingskategorier. Selv om dommen kom før diskrimineringsloven trådte i kraft, må den fremdeles ses som utslag av et bærende prinsipp i norsk rett.»

16.2.2.4 Arbeidsmiljøloven

Politiske spørsmål og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Etter arbeidsmiljøloven § 13-4 må arbeidsgiver ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver skal heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

Forbudet gjelder ikke dersom innhenting av slike opplysninger er

- begrunnet i stillingens karakter eller
- det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte politiske syn, og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet.

Dersom slike opplysninger vil bli krevet må dette angis i utlysningen av stillingen.

⁴⁹³ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 102–103.

⁴⁹⁴ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III s. 5 og kapittel VI s. 7.

⁴⁹⁵ Ot.prp. nr. 30 (1981–1982) kapittel III, s. 6.

Hovedregelen er at det er forbudt å innhente opplysninger om hvordan arbeidstaker stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Det er bare i unntakstilfeller at arbeidsgiver kan kreve slike opplysninger, og dette må i tilfelle begrunnes i stillingens karakter. Stillingens karakter bestemmes ut fra oppgavene som er lagt til, eller som kan legges til, vedkommende stillingskategori eller den bestemte stilling som vurderes. Det er ikke uten videre tilstrekkelig at virksomheten som sådan i vedtekter eller på annen måte er knyttet til et politisk formål som virksomheten skal fremme. Selv om en virksomhet er knyttet til et bestemt politisk syn, vil den ofte også ha stillinger som ikke har spesiell betydning for å fremme formålet, for eksempel kontorpersonale som har rent administrative oppgaver, renholdspersonale og vaktmestere og som ikke er av betydning for gjennomføringen av organisasjonens politiske formål eller formål som arbeidstakerorganisasjon.

Helse

Etter arbeidsmiljøloven § 9-3 må arbeidsgiver ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn de som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente opplysninger på annen måte. Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hvilke opplysninger som kan innhentes, jf. § 9-3 tredje ledd.

Formålet med arbeidsmiljøloven § 9-3 er tosidig. Den skal både ivareta arbeidstakers rett til personvern og hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet.⁴⁹⁶ Bestemmelsen har derfor nær sammenheng med vernet mot diskriminering i arbeidslivet.⁴⁹⁷

Med helseopplysninger menes informasjon som kan brukes til å kartlegge personers nåværende og mulige framtidige helsetilstand. Slik informasjon kan i henhold til forarbeidene bare innhentes dersom arbeidsgiver har et saklig formål. En for vid adgang til å innhente helseopplysninger kan føre til at enkelte arbeidstakere holdes utenfor arbeidslivet på grunn av helseutfordringer. Helseopplysninger er svært personlige, og arbeidsgivers adgang til å innhente slike opplysninger er derfor begrenset til helseopplysninger som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgavene som ligger til stillingen. Arbeidsgiver kan for eksempel stille spørsmål om forhold av betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og om arbeidstaker har en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stillingen. Arbeidsgiver kan derimot ikke stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer.⁴⁹⁸

Arbeidsgiver kan spørre om arbeidssøkeren er i stand til å klare eventuelle fysiske oppgavene som ligger til stillingen. Arbeidsgiver kan også stille spørsmål om forhold som vil ha betydning for tilpasning av arbeidsmiljøet og lignende, herunder om arbeidstaker

⁴⁹⁶ NOU 2009: 14 s. 260.

⁴⁹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 12.6.4 s. 148.

⁴⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 12.6.4 s. 148–149.

lider av en sykdom som er uforenlig med stillingen. For eksempel vil det være saklig å spørre om en søker har pacemaker dersom vedkommende skal jobbe i en elektrolysehall, fordi magnetfeltene i hallen vil forstyrre pacemakeren.

Et samtykke fra arbeidssøkeren gir ikke arbeidsgiver hjemmel til å innhente opplysninger utover de som er nødvendige. Bakgrunnen er at en arbeidssøker i et slikt tilfelle ofte vil føle seg i en tvangssituasjon.⁴⁹⁹

Innhenting av helseopplysninger i forbindelse med ansettelser kan etter omstendighetene være diskriminering etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5, fordi det kan utestenge personer med nedsatt funksjonsevne fra å søke. Innhenting av slike opplysninger vil imidlertid ikke være diskriminering dersom krav om helse er nødvendig for stillingen eller dersom innhenting av slike opplysninger er nødvendig for å vurdere individuell tilrettelegging for søkere med nedsatt funksjonsevne. Dette må ses i sammenheng med at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 26 pålegger arbeidsgivere en tilretteleggingsplikt også overfor arbeidssøkere med nedsatt funksjonsevne. Spørsmål om helse knyttet til graviditet kan være diskriminering etter likestillingsloven § 18, se nedenfor.

16.3 Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker

16.3.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre arbeidsgivers opplysningsplikt og at opplysningsplikten skal gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

16.3.2 Gjeldende rett

Arbeidsgiver har etter gjeldende diskrimineringslovgivning opplysningsplikt i ansettelsessaker. Arbeidsgiver plikter å opplyse om kvalifikasjonene til den som ble ansatt. Opplysningsplikten gir en arbeidssøker mulighet til å vurdere om det kan foreligge diskriminering.

Bestemmelsene om arbeidsgivers opplysningsplikt er selvstendige bestemmelser som supplerer det generelle diskrimineringsforbudet.

16.3.2.1 *Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker*

En arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med bestemmelsene i diskrimineringslovgivningen⁵⁰⁰, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig gir opplysninger om den som ble ansatt. Arbeidsgiver skal opplyse om utdanning, praksis og andre formelle kvalifikasjoner.

⁴⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 148 og 314.

⁵⁰⁰ Arbeidsmiljøloven § 13-7, diskrimineringsloven om etnisitet § 18, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 22, likestillingsloven § 19 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 17.

Opplysningsplikten omfatter ikke andre forhold som vanligvis tillegges vekt ved ansettelser, som for eksempel personlig egnethet eller mer personrelaterte forhold. Arbeidssøker kan heller ikke kreve at arbeidsgiver gir en begrunnelse for ansettelsen.

Bestemmelsenes formål er å gi en arbeidssøker som mener seg forbigått mulighet for å vurdere om det kan foreligge diskriminering, og på denne måten gjøre diskrimineringsvernet mer effektivt.

Adgangen til å kreve opplysninger må ses i sammenheng med reglene om delt bevisbyrde. Hvis arbeidssøker ved klage for ombudet eller ved søksmål for domstolene fremlegger opplysninger som viser at den som ble ansatt hadde dårligere kvalifikasjoner, kan dette gi «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd. Arbeidsgiver må da motbevise at diskriminering har skjedd for å gå fri for ansvar.

Både eksterne og interne søkere har krav på slike opplysninger. Arbeidsgivers opplysningsplikt gjelder imidlertid kun ved ansettelse og ikke ved interne forfremmelser som ikke er basert på en ansettelsesprosess. Opplysningsplikten omfatter ikke opplysninger relatert til handlinger eller beslutninger arbeidsgiver foretar i etablerte arbeidsforhold. Opplysningsplikten omfatter derfor ikke lønn, ved interne opprykk som ikke innebærer ansettelse, tildeling av kompetansemidler eller andre goder.

Bestemmelsene om opplysningsplikten håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.⁵⁰¹ Dette er også opplysninger ombudet selv har anledning til å hente inn, jf. nedenfor. I vurderingen av en diskrimineringspåstand vil det også kunne tale i arbeidsgivers disfavør hvis arbeidsgiver ikke legger frem opplysninger i saken som han eller hun er forpliktet etter loven til å fremlegge.

Brudd på bestemmelsene om opplysningsplikt utløser ikke krav om erstatning eller oppreisning.⁵⁰²

Offentleglova

Diskrimineringslovgivningens bestemmelser om opplysningsplikt overfor arbeidssøker gjelder for arbeidsgivere i både privat og offentlig sektor. I offentlig virksomheter som er underlagt offentliglova, har imidlertid arbeidssøkere rett til å gjøre seg kjent med flere opplysninger enn i privat sektor. Dette følger av forvaltningsforskriften, som går lenger enn opplysningsplikten i diskrimineringslovene. Forvaltningsforskriften håndheves ikke av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda, men av Sivilombudsmannen.

Etter forskriften § 15 har en part i en ansettelsessak rett til å gjøre seg kjent med samtlige søkeres navn, alder og fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet. Etter § 17 i forskriften har en part i en ansettelsessak rett til å gjøre

⁵⁰¹ Se likestillingsloven § 26, diskrimineringsloven om etnisitet § 23, diskrimineringsloven om seksuell orientering § 22 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 28.

⁵⁰² Se blant annet likestillingsloven § 28. Dette er også omtalt i Prop. 88 L (2012–2013) s. 140

seg kjent med søknader fra søkere som er innstilt til eller tilsatt i stillingen, og vedlegg til disse søknadene. En part har også rett til å gjøre seg kjent med deler av dokumenter som inneholder faktiske opplysninger om søkere som er blitt innstilt, og om den søker som er tilsatt i stillingen.

16.3.2.2 Opplysningsplikt overfor ombudet i saker som gjelder ansettelse og arbeidsvilkår

Dersom en arbeidssøker eller arbeidstaker fremmer en klagesak for ombudet, har arbeidsgiver opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda etter diskrimineringsombudsloven § 11. Offentlige myndigheter plikter uten hinder av taushetsplikt å gi opplysninger som er nødvendige for ombudets håndheving. Opplysningsplikten omfatter også private. Private arbeidsgiveres opplysningsplikt går like langt som vitneplikten etter tvisteloven. Dette innebærer at for eksempel nære slektninger kan nekte å gi forklaring overfor ombudet og nemnda. Ombudet og nemnda kan også kreve bevisopptak ved domstolene etter tvistelovens regler.

Brudd på opplysningsplikten er straffesanksjonert. Den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å oppfylle opplysningsplikten etter diskrimineringsombudsloven § 11 kan straffes med bøter, jf. diskrimineringsombudsloven § 13.

Opplysningsplikten etter diskrimineringsombudsloven § 11 omfatter enhver opplysning knyttet til ansettelsen eller et bestående arbeidsforhold. Opplysningsplikten etter diskrimineringsombudsloven § 11 går dermed lenger enn opplysningsplikten arbeidsgiver har overfor en arbeidssøker. Det innebærer blant annet at ombudet – i motsetning til arbeidssøkere – kan få opplysninger også om arbeidsgivers begrunnelse for ansettelsen og søkeres personlige egnethet.

Dersom en ansettelsessak som er underlagt forvaltningsforskriften bringes inn for ombudet og nemnda, vil heller ikke forskriften legge begrensninger på ombudets og nemndas rett til opplysninger. En sak om diskriminering er ikke en ansettelsessak i forskriftens forstand, men en sak om diskriminering. Arbeidsgiver vil dermed være forpliktet til å gi opplysninger søkeren selv ikke har krav på etter forvaltningsforskriften, som for eksempel dokumenter som inneholder arbeidsgivers begrunnelser for innstillingen eller arbeidsgivers vurderinger av søkerens intervjuprestasjoner.

Så langt de passer, kommer forvaltningslovens regler kommer til anvendelse når en sak om diskriminering bringes inn for ombudet. Dette betyr at reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven kommer til anvendelse. En part vil derfor ha rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter med mindre annet følger av forvaltningsloven §§ 18 og 19. En part har for eksempel ikke krav på å få gjøre seg kjent med opplysninger i et dokument som gjelder en annen persons helseforhold eller andre forhold som av særlige grunner ikke bør meddeles videre, med mindre det er av vesentlig betydning for parten å gjøre seg kjent med disse opplysningene.⁵⁰³

⁵⁰³ Forvaltningsloven § 19.

Det følger av forvaltningsloven § 13 b annet ledd at en part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 (noens personlige forhold), bare kan bruke slike opplysninger i den utstrekning det er nødvendig for å vareta partens tarv i saken. Ombudet og nemnda skal gjøre parten oppmerksom på dette. Likeledes kan forvaltningsorganet pålegge taushetsplikt når vitner og liknende får opplysninger undergitt taushetsplikt i forbindelse med at de uttaler seg til organet.

16.3.3 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Diskrimineringslovutvalget foreslo å videreføre gjeldende bestemmelser i diskrimineringslovgivningen om arbeidsgivers opplysningsplikt slik disse var nedfelt i arbeidsmiljøloven 13-7, lov om etnisk diskriminering § 11, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 14 og likestillingsloven § 4 tredje ledd. Utvalget mente bestemmelsen kun skulle gjelde ved ansettelse, og at opplysningsplikten skulle omfatte utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner.

16.3.4 Departementets vurderinger og forslag

Departementet foreslår at arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker videreføres i en samlet bestemmelse som gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen har samme ordlyd som de fire någjeldende diskrimineringslovene, og er dermed en videreføring av gjeldende rett. Dette betyr at arbeidssøker som mener seg forbigått ved ansettelse kan kreve opplysninger om utdanning, praksis og andre formelle kvalifikasjoner den som fikk stillingen.

Opplysningsplikten overfor ombudet og nemnda vil fortsatt reguleres av diskrimineringsombudsloven § 11.

16.4 Opplysningsplikt om lønn

16.4.1 Departementets forslag

Departementet foreslår at reglene om opplysningsplikt om lønn videreføres og utvides til å gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

16.4.2 Gjeldende rett

Alle de fire diskrimineringslovene har regler om opplysningsplikt i ansettelsessaker.⁵⁰⁴ Reglene ble vedtatt i 2013.⁵⁰⁵ Formålet var å bidra til en bedre gjennomføring av prinsippet om lik lønn for arbeid av lik verdi. Opplysninger om andre ansattes lønn er en

⁵⁰⁴ Likestillingsloven § 22, diskrimineringsloven om etnisitet § 19, diskrimineringsloven om seksuell orientering § 18 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 23.

⁵⁰⁵ Likestillingsloven § 22, diskrimineringsloven om etnisitet § 19, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 23 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 18. Se Prop. 88 L (2012–2013) punkt 18.4 s. 145 flg.

forutsetning for å kunne sammenligne lønn og vurdere om man kan ha blitt diskriminert. Åpenhet om lønn vil dermed bidra til å gjøre diskrimineringsvernet mer effektivt.

Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår regnes som personopplysninger når opplysningene «kan knyttes til en enkeltperson», jf. personopplysningsloven § 2. En ansatt har derfor som utgangspunkt kun rett til informasjon om egen lønn. Unntak kan tenkes dersom opplysningene anonymiseres og gis på en måte som gjør at personen opplysningene er knyttet til ikke vil kunne identifiseres. Utlevering av opplysningene vil da ikke omfattes av personopplysningsloven.

Dersom opplysninger om ansattes lønn skal gis til andre, kreves det særskilt hjemmel. Lønnsopplysningsplikten i diskrimineringslovene gir en slik særskilt hjemmel. Bestemmelsen gjelder for ansatte i både privat og offentlig sektor. Den vil imidlertid være særlig relevant for ansatte i privat sektor og offentlige virksomheter som ikke er underlagt offentleglova, fordi arbeidstakere i virksomheter som er underlagt denne loven har krav på opplysninger om andres lønn.⁵⁰⁶ Retten til innsyn etter offentleglova gjelder uavhengig av om arbeidstakeren har mistanke om diskriminering. Diskrimineringslovenes lønnsopplysningsplikt går likevel noe lenger enn offentleglova, fordi lønnsopplysningsplikten i diskrimineringslovene også gir arbeidsgiver en plikt til å oppgi kriteriene for lønnsfastsettelse.

Ifølge bestemmelsene om lønnsopplysningsplikt i diskrimineringslovene kan en arbeidstaker som har «mistanke» om at han/hun har blitt diskriminert ved lønnsfastsettelsen, kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om lønnsnivå og kriteriene for fastsettelsen av lønn for den eller de vedkommende sammenlikner seg med.

Lønn er ikke avgrenset til alminnelige arbeidsvederlag, men omfatter også andre tillegg, fordeler og goder som ytes av arbeidsgiveren. For eksempel innebærer dette at bonuser, akkordlønn, avisabonnementer og fri bil omfattes. Ved vurderingen av hvilke goder som omfattes av lønnsbegrepet, må det blant annet ses hensyn til hvilke goder som omfattes av lønnsbegrepet etter EU-domstolens praksis.

Plikten gjelder lønnsnivå og kriterier for lønnsfastsettelse, men ikke vurderingen av individuelle prestasjoner.⁵⁰⁷ Det er ikke utdypet hva som ligger i kriterier for lønnsfastsettelse og hvor detaljerte opplysninger arbeidsgiver plikter å gi ut når det gjelder slike kriterier.

Kravet til å få utlevert opplysninger kommer kun til anvendelse hvis en arbeidstaker har «mistanke» om diskriminering ved lønnsfastsettelsen. For at det skal foreligge «mistanke» om diskriminering ved lønnsfastsettelse, bør arbeidstakeren kunne vise til at en eventuell lønnsdiskriminering har sammenheng med ett av lovens diskrimineringsgrunnlag. I tillegg må mistanken baseres på andre forhold. Mistanken kan for eksempel begrunnes fra arbeidstakerens side ved at kollegaen utfører liknende arbeidsoppgaver eller arbeid av samme verdi, at det er tale om samme stillingskategori eller yrkeskode. Virksomhetens

⁵⁰⁶ Personopplysningsloven § 6, jf. offentleglova § 3.

⁵⁰⁷ Prop. 88 L (2012–2013) s. 164.

lønnsstatistikk kan også gi grunnlag for mistanke. Et annet forhold som kan gi grunnlag for mistanke er hvis arbeidstakeren blir kjent med at andre har fått lønnsopprykk etter forhandlinger, men ikke arbeidstakeren selv. Samtidig bør ikke terskelen for å få opplysningene bli for høy. Hvis en arbeidstaker skal være nødt til å begrunne sin mistanke med den følge at arbeidsgiveren skal kunne nekte å gi ut opplysningene dersom mistanken ikke er godt nok begrunnet, vil en risikere at arbeidsgiver og arbeidstaker allerede i den innledende fasen av en sak kommer langt inn i en konflikt.⁵⁰⁸ En arbeidsgiver kan derfor ikke nekte å utgi lønnsopplysninger fordi arbeidsgiver mener mistanken er grunnløs.⁵⁰⁹

Det er den enkelte arbeidstaker som har krav på lønnsopplysninger fra arbeidsgiver. En arbeidstaker som har fått utlevert opplysninger om lønn, har imidlertid anledning til å gi disse opplysningene videre til tillitsvalgt, advokat, andre rådgivere eller til Likestillings- og diskrimineringsombudet.⁵¹⁰

I forbindelse med innføringen av bestemmelsen om lønnsopplysningsplikt, ble det vurdert om også tillitsvalgte skulle ha en rett til å få slike opplysninger fra arbeidsgiver. Departementet falt imidlertid ned på at kun den enkelte arbeidstaker skulle ha en slik rett. Det ble blant annet vist til at tillitsvalgte har tilgang til lønnsopplysninger om egne medlemmer gjennom tariffavtaler, og at det ville ha liten praktisk betydning å gi tillitsvalgte en slik rettighet gjennom diskrimineringslovene.⁵¹¹

Taushetsplikt for den som mottar lønnsopplysninger er inntatt for å hindre uønsket spredning av opplysningene. Taushetsplikten synliggjør at arbeidstaker må behandle lønnsopplysningene konfidensielt. Brudd på taushetsplikten vil være et mislighold av arbeidsavtalen, som etter omstendighetene kan få konsekvenser i samsvar med gjeldende arbeidsrettslige eller tjenestemannsrettslige regler.

Arbeidsgiver skal samtidig informere den «utleverte» arbeidstakeren om hvilke opplysninger som er levert og til hvem. Den som mottar opplysninger om lønn i medhold av denne bestemmelsen har taushetsplikt og skal underskrive en taushetserklæring.

Bestemmelsene om opplysningsplikt om lønn håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

16.4.3 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Utvalget foreslo at arbeidsgiver pålegges opplysningsplikt om lønn, herunder vilkårene for avlønning. En slik opplysningsplikt var etter utvalgets vurdering viktig av hensyn til diskrimineringsvernets effektivitet og for å realisere retten til lik lønn for arbeid av lik verdi.

⁵⁰⁸ Prop. 88 L (2012–2013) punkt 18.5.1 s. 150.

⁵⁰⁹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 164.

⁵¹⁰ Prop. 88 L (2012–2013) s. 151.

⁵¹¹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 147. Regler om tillitsvalgtes innsyn i lønn er også gitt i forskrift til allmenngjøringsloven (Forskrift 22. februar 2008 nr. 166).

16.4.4 Departementets vurderinger og forslag

Opplysningsplikt om lønn er en ny ordning. Bestemmelsene trådte i kraft 1. januar 2014. Det finnes derfor et begrenset erfaringsmateriale å trekke på ved vurderingen av om bestemmelsen skal videreføres eller ikke. Etter det departementet kjenner til har praktiseringen av regelen til nå vært uproblematisk, men departementet vil evaluere bestemmelsen når den har fått virke en stund. Departementet foreslår derfor at dagens bestemmelse om opplysningsplikt om lønn videreføres.

Departementet mener en bestemmelse om opplysningsplikt om lønn bidrar til større åpenhet om lønn på arbeidsplassen. Opplysningsplikten er viktig av hensyn til diskrimineringsvernets effektivitet og for å realisere den lovbestemte retten til lik lønn for arbeid av lik verdi. Uten en opplysningsplikt om lønn, vil ikke den ansatte ha noe sammenligningsgrunnlag for å vurdere om vedkommende har blitt diskriminert ved lønnsfastsettelsen, og dermed ikke noe grunnlag for å fremme en sak om lønnsdiskriminering.

Dersom en arbeidstaker klager saken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet eller anlegger søksmål for domstolene, kan lønnsopplysninger kreves fremlagt. En klage eller et søksmål forutsetter imidlertid at arbeidstakeren mener det er grunnlag for å fremme en sak om lønnsdiskriminering, noe som igjen forutsetter at arbeidstakeren har tilgang til opplysninger om lønn. Manglende rett til opplysninger om kollegaers lønn gjør det vanskelig å sammenligne sin egen lønn med andres. Dette kan igjen føre til at enkeltpersoner vegrer seg mot å reise klagesak, fordi det kan oppleves som en stor belastning å fremme en sak med små utsikter til medhold.

Departementet vil også fremheve at Europakommisjonen våren 2014 offentliggjorde en anbefaling om å styrke prinsippet om lik lønn for arbeid av lik verdi for menn og kvinner gjennom å skape større åpenhet om lønn på arbeidsplassen. Medlemslandene oppfordres til å innføre ordninger som sikrer at arbeidstager kan kreve opplysninger om lønnsnivåer fordelt på kjønn for grupper av ansatte som utfører samme type arbeid eller arbeid av lik verdi.

16.5 Arbeidstakeres rettigheter ved foreldrepermisjon

16.5.1 Departementets forslag

Departementet foreslår at bestemmelsen om arbeidstakeres rettigheter ved foreldrepermisjon videreføres.

16.5.2 Gjeldende rett

Likestillingsloven § 20 presiserer det generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon i arbeidsforhold. Rettighetene er utledet av forbudet mot kjønnsdiskriminering. Rettighetene er en presisering av det generelle diskrimineringsforbudet, og ble inntatt i likestillingsloven 1978 i 2013. Bestemmelsen er

videreført i likestillingsloven 2013 § 20. Fremstillingen i det følgende bygger hovedsakelig på redegjørelsen i Prop. 126 L (2011–2012) kapittel 6.3.

Ifølge likestillingsloven § 20 har en arbeidstaker som er eller har vært i foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5 rett til å vende tilbake til samme, eventuelt tilsvarende, stilling, nyte godt av forbedringer av arbeidsvilkårene som arbeidstakeren ellers ville vært berettiget til under fraværet og fremme lønnskrav og å bli vurdert i lønnsforhandlinger på samme måte som de øvrige arbeidstakerne i virksomheten. En tilsvarende presisering følger blant annet av Likestillingsdirektivet artikkel 15, som er en presisering av direktivets generelle diskrimineringsforbud. Bestemmelsen slår fast at en kvinne som har vært i fødselspermisjon, ved slutten av permisjonsperioden, skal ha rett til å vende tilbake til det samme eller et tilsvarende arbeid med betingelser og vilkår som ikke er mindre gunstige for henne, og ha rett til å nyte godt av alle forbedringer av arbeidsvilkårene som hun ville hatt rett til under fraværet.

Likestillingsloven § 20 gjelder alt fravær fra arbeidet ved permisjoner som har sammenheng med svangerskap, fødsel og omsorg for små barn. Det siktes her til svangerskapspermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-2, omsorgspermisjon etter § 12-3, fødselspermisjon etter § 12-4 og foreldrepermisjon etter § 12-5 og § 12-6, samt ammefri etter arbeidsmiljøloven § 12-8.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med den generelle unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 6 og de nærmere presiseringene om unntaksbestemmelsen i likestillingslovens forarbeider.⁵¹² Unntaksadgangen er snever, og det er dermed et strengt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon. Det skal mye til for at hensynet til likestilling skal vike for andre interesser.

16.5.2.1 Samme eller tilsvarende stilling

Det ligger i utgangspunktet innenfor arbeidsgivers styringsrett å omorganisere arbeidsplassen og omplassere arbeidstakerne innenfor de rammer som arbeidsavtalen setter. Omorganiseringer kan berøre arbeidstakere som ikke er i permisjon, så vel som arbeidstakere som er i permisjon. Diskrimineringsforbudet setter imidlertid grenser for hvilke endringer som kan gjøres i arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår når endringene har sammenheng med foreldrepermisjon.⁵¹³

Det følger av likestillingsloven § 20 første ledd bokstav a) at en arbeidstaker som er eller har vært i foreldrepermisjon har rett til å «vende tilbake til samme, eventuelt tilsvarende stilling». Utgangspunktet er at arbeidstakeren har rett til å komme tilbake til *samme stilling*. Med samme stilling menes at arbeidstakeren får tilbake de samme arbeidsoppgavene, samme stillingsbetegnelse, samme lønn, samme kontorplass osv. som før permisjonen. I praksis er dette imidlertid ofte vanskelig å få til. Ingen organisasjon er statisk. I de aller fleste virksomheter gjøres det ofte små og store forandringer. Noen medarbeidere begynner og andre slutter, bedriften får andre kunder, virksomheten

⁵¹² Se særlig Prop. 88 L (2013–2013), Prop. 126 L (2011–2012) og Ot.prp. nr. 77 (2000–2001).

⁵¹³ Prop. 126 L (2011/2012) punkt 6.3.1.

omorganiseres, prosjekter avsluttes og nye prosjekter startes opp. Hensynet til kontinuitet og drift tilsier at det kan bli behov for noen endringer i arbeidstakerens arbeidsoppgaver og andre arbeidsvilkår. Arbeidstaker skal da få en *tilsvarende stilling*. Med dette menes at endringene i arbeidsvilkår ikke skal stille vedkommende dårligere enn før permisjonen. Arbeidstakeren skal få fortsette sin karrieremessige utvikling uavhengig av permisjonen.⁵¹⁴ Arbeidsoppgavene skal være likeverdige med de oppgavene vedkommende hadde før permisjonen, både når det gjelder innhold og ansvar. Det betyr samme lønn, samme stillingstittel, nivå i organisasjonen og samme oppgaver.⁵¹⁵

Ved vurderingen av om endringene har ført til at arbeidstaker har kommet i en dårligere stilling, skal det som utgangspunkt legges en objektiv målestokk til grunn. Det må altså foreligge omstendigheter som tilsier at arbeidstakeren har blitt stilt dårligere enn tidligere på grunn av foreldrepermisjonen, og det må legges vekt på hva som vanligvis regnes som negative endringer. Dersom det etter en slik objektiv vurdering er tvil om endringene er negative for arbeidstakeren, kan arbeidstakerens subjektive oppfatning av situasjonen få betydning. Dette er slått fast av Likestillings- og diskrimineringsnemnda, blant annet i sak 7/2006.

Arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i arbeidsforholdet vil bero på om endringen har et saklig formål, om den er nødvendig for å nå det saklige formålet og om endringen er uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakeren, jf. likestillingsloven § 6. Dette setter grenser for arbeidsgivers adgang til å gi arbeidstakeren en tilsvarende stilling istedenfor samme stilling. Det vil også sette grenser for hvor store endringer som kan aksepteres.

Momenter i vurderingen vil for det første være hvor lang permisjon det er tale om og hvor store endringer det er gjort i arbeidsoppgaver osv. Jo kortere permisjon, desto mindre endringer er tillatt. Tilsvarende vil det være slik at jo større endringer som gjøres i arbeidsforholdet, desto mer tungtveiende grunner må arbeidsgiveren ha for at endringene skal være lovlige. Hensynet til likestilling skal tillegges særlig stor vekt i interesseavveiningen.⁵¹⁶

Arbeidsgiveres rett til å gjøre endringer vil også være betinget av for eksempel hensynet til kontinuitet overfor pasienter, klienter, kunder eller elever. Det kan være problematisk dersom det i slike tilfeller må gjøres et skifte, ikke bare én gang når arbeidstakeren går ut i permisjon, men også én gang til når arbeidstakeren kommer tilbake. Virksomheten kan ha fått andre kunder eller klienter enn den hadde før arbeidstakeren gikk ut i permisjon. Virksomheten kan også ha avsluttet eller satt i gang nye prosjekter. Det skal likevel svært mye til for at en forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon skal være tillatt i slike tilfeller. Hensynet til kontinuitet vil ikke uten videre kunne legitimere en forskjellsbehandling. Det må i så fall sannsynliggjøres at en forskjellsbehandling er nødvendig, og at kontinuitet ikke kan oppnås på andre mindre inngripende måter.

⁵¹⁴ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 22/2006.

⁵¹⁵ Prop. 126 L (2011–2012) s. 30.

⁵¹⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 112.

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 48/2010 hadde en kvinne i foreldrepermisjon ikke fått forlenget sin prosjektlederstilling. Det var kvinnens vikar som fikk stillingen. Selv om saken gjelder forlengelse av stilling, er den også relevant i spørsmålet om endrede arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver begrunnet dette i kontinuitetshensyn og at vikaren var bedre kvalifisert. Likestillings- og diskrimineringsnemnda uttalte at det å vektlegge kontinuitet vil ramme kvinner og menn som tar ut foreldrepermisjon negativt. Nemnda fant i den konkrete saken at det ikke var «påvist forhold som tilsier at behovet for kontinuitet var særlig viktig» i den aktuelle saken.

Når det gjaldt begrunnelsen om at kvinnens vikar var bedre kvalifisert for prosjektlederstillingen, uttalte nemnda:

«Nemnda viser imidlertid til at beskyttelsen for dem som tar ut fødselspermisjon, mot at vikaren beholder stilling eller arbeidsoppgaver etter at fødselspermisjonen er over, vil være svært svak dersom arbeidsgiver skal kunne måle kvalifikasjonene mot hverandre. Nemnda er klar over at det i dette tilfellet formelt sett var tale om en ny ansettelse for 2010. I realiteten var det imidlertid samme stilling for 2010 som for 2009.»

En forskjellsbehandling som er begrunnet i at vikaren utfører arbeidet bedre enn den som er i foreldrepermisjon, vil altså ikke være en saklig, nødvendig og forholdsmessig begrunnelse.

Likestillingsloven § 20 regulerer ikke endringer i arbeidsforholdet som ikke skyldes permisjonen, for eksempel omorganiseringer, rasjonalisering av driften, nye oppgaver eller nye kunder og prosjekter. Slike endringer skjer i de fleste virksomheter. Permisjonen skal ikke gi noe amnesti for arbeidstakeren mot å bli berørt av slike driftsmessige endringer. I slike saker må det vurderes om endringene var begrunnet i permisjonen eller i andre forhold. Her vil prinsippet om delt bevisbyrde kunne få betydning.

Dersom endringene er så omfattende at hovedinnholdet i arbeidskontrakten er endret, kan endringen innebære en endringsoppsigelse. I så fall gjelder de ordinære oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15.

16.5.2.2 Alminnelige forbedringer i lønns- og arbeidsvilkårene

En permisjonstaker skal nyte godt av eventuell lønnsvekst og andre nye fordeler som hun eller han ville fått om vedkommende ikke var i permisjon. Dette gjelder for eksempel hvis alle ansatte i virksomheten går opp et lønnstrinn eller hvis alle får samme (prosentvise) tillegg.

Bonus som gis uavhengig av den enkelte arbeidstakers innsats, omfattes av bestemmelsen. Dette regnes som lønn og dermed en del av den alminnelige forbedring i lønnsvilkårene.

Arbeidstaker har derimot ikke rett til å kreve høyere lønn selv om andre i tilsvarende stilling får lønnsforhøyelse, dersom lønnsforhøyelsen er konkret begrunnet i andres kompetanse eller innsats.

16.5.2.3 Fremme lønnskrav og rett til lønnsvurdering

Permisjonstakere har rett til å fremme krav og til å bli vurdert under lokale lønnsforhandlinger. Arbeidstakere skal altså ikke utelukkes fra forhandlinger på grunn av foreldrepermisjonen.

Arbeidstakeren som er eller har vært i permisjon har rett til å bli vurdert på samme måte som kolleger som ikke er i permisjon. Permisjonstakeren har krav på en konkret vurdering av sitt lønnskrav. I utgangspunktet skal arbeidsgiver ikke legge vekt på permisjonen eller på andre måter la fraværet diskvalifisere arbeidstakeren. Selve fraværet kan ikke trekkes direkte inn i lønnsvurderingen.

Arbeidsgivere kan imidlertid legge vekt på både innsats, erfaring og opparbeidet kompetanse i lønnsfastsettelsen. De vil ikke ha tilstrekkelig grunnlag for å vurdere arbeidstakere som har vært i permisjon i hele eller store deler av perioden.

Arbeidstakere som har vært i permisjon har ikke hatt samme mulighet som andre til å få erfaring og kompetanse. Dette kan medføre at arbeidstakere som har hatt permisjon kommer dårligere ut av lønnsforhandlingene enn andre ansatte i bedriften. Dette er i utgangspunktet forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Arbeidsgiver kan derfor bare legge vekt på forhold som har sammenheng med permisjonsfravær så langt det er i samsvar med det generelle diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 5 og adgangen til lovlig forskjellsbehandling i § 6.

En annen sak er at det ikke nødvendigvis bare er oppnådde resultater, utførelse eller innsats i en bestemt periode som honoreres ved lønnsfastsettelsen. Arbeidsgiver kan også i noen tilfeller honorere for eksempel ansiennitet eller kompetanse som ikke er betinget av arbeid utført i perioden. Det å vektlegge permisjonsfravær ved en slik vurdering vil også være i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 6.

Arbeidsgiver skal i tillegg alltid påse at en arbeidstaker som har vært i permisjon ikke sakker urimelig mye akterut i lønnsutviklingen. Dette kan lett skje hvis en arbeidstaker som følger av en eller flere permisjoner ikke har fått lønnsforhøyelse.

16.5.3 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Diskrimineringslovutvalget foreslo ingen særskilt presisering av arbeidstakeres rettigheter i forbindelse med foreldrepermisjon. Presiseringen ble inntatt i likestillingsloven 1978 i 2013, og er videreført i likestillingsloven 2013.

16.5.4 Departementets vurderinger og forslag

Diskriminering av arbeidstakere i foreldrepermisjon er et brudd på lovens generelle diskrimineringsforbud. Bestemmelsen har derfor ingen selvstendig rettslig betydning. Bestemmelsen foreslås likevel videreført av informasjonshensyn, fordi diskriminering på grunn av foreldrepermisjon er særlig aktuelt i arbeidsforhold.

16.6 Lik lønn for arbeid av lik verdi

16.6.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 10.3 å videreføre bestemmelsen om lik lønn for arbeid av lik verdi i dagens likestillingslov og at bestemmelsen bare skal gjelde for diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Forbudet mot lønnsdiskriminering på grunn av de andre diskrimineringsgrunnlagene skal følge av det generelle diskrimineringsforbudet i lovforslaget i § 6, jf. § 9.

16.6.2 Gjeldende rett

I dag er det bare likestillingsloven som har en uttrykkelig bestemmelse om lik lønn for arbeid av lik verdi. Det følger av likestillingsloven § 21 første ledd at kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Videre følger det av annet punktum at lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn. For at det skal foreligge brudd på bestemmelsen, må følgende vilkår være oppfylt:

- Det må være lønnsforskjell
- Lønnsforskjellene må være innenfor samme virksomhet
- Arbeidene som sammenlignes må være de samme eller av lik verdi
- Lønnsforskjellen må direkte eller indirekte skyldes arbeidstakers kjønn
- Lønnsforskjellen må ikke være saklig, nødvendige og forholdsmessige, jf. likestillingsloven § 6

Regelen om delt bevisbyrde har stor betydning i likelønnsaker. EU-domstolen har slått fast at bevisbyrden går over på arbeidsgiver dersom det er sannsynliggjort at arbeidene er av lik verdi.⁵¹⁷ Det er da arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at lønnsforskjellen skyldes kjønnsnøytrale kriterier.

Bestemmelsen om lik lønn for arbeid av lik verdi gjelder for enkeltpersoner. Retten til sammenligning gjelder ikke for ubestemte grupper av arbeidstakere, som for eksempel en hel yrkesgruppe. Oppjustering av hele grupper må skje gjennom sentrale forhandlinger mellom partene. I forarbeidene er det likevel uttalt at man ikke kan se bort fra at utfallet i en enkeltsak kan gi argumenter i forhandlingene som taler for heving av enkelte kvinnedominerte yrker.⁵¹⁸ Dersom bestemmelsen er brutt overfor enkeltpersoner, skal imidlertid arbeidsgiver ikke vente med å oppjustere lønnen til neste lønnsforhandling.

Det må foreligge en lønnsforskjell «kvinner og menn»

Lønnsbegrepet i bestemmelsen er vidt. Det følger av fjerde ledd at «alminnelig arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren» omfattes. Det betyr at timelønn, akkordlønn, bonuser, reisefasiliteter,

⁵¹⁷ EU-domstolens sak C-381/99 (Brunnhöfer).

⁵¹⁸ Se mer om dette i Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 83

overtidsordninger, fri bil og avisabonnement er å anse som lønn. Også tjenestepensjoner kan anses som lønn. Derimot vil alderspensjoner som følger av nasjonale trygdeordninger falle utenfor.

Ifølge bestemmelsen er sammenligningspersonene kvinner og menn. I enkelte tilfeller vil det også kunne være aktuelt å sammenligne personer av samme kjønn. Dette vil typisk gjelde dersom lønnsforskjellene skyldes foreldrepermisjon eller omsorgsoppgaver. Det er ikke en forutsetning at personene som sammenlignes har vært ansatt samtidig.⁵¹⁹ I praksis er det lagt til grunn at man også kan sammenligne seg med personer som har vært ansatt i stillingen tidligere («førgjenger i stilling»).

Samme virksomhet

Bestemmelsen er begrenset til samme virksomhet. Begrepet samme virksomhet skal forstås vidt. Ansatte i samme kommune er ansatt i samme virksomhet. Ansatte i staten er også ansatt i samme virksomhet⁵²⁰, men statlige virksomheter vil ikke tilhøre samme virksomhet som staten for øvrig.

Arbeid av lik verdi

Retten til lik lønn gjelder i de tilfeller der to arbeidstakere utfører samme arbeid eller «arbeid av lik verdi». For det første vil samme arbeid, dvs. arbeid som i det ytre fremstår som like, også ha lik verdi. Dette gjelder hvis det er tale om arbeidstakere med samme fagbakgrunn som utfører like arbeidsoppgaver. For det andre kan også arbeid som fremstår som ulike, for eksempel på grunn av ulik fagbakgrunn, ha lik verdi.

Det fremgår av annet ledd at «retten til lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres i ulike tariffavtaler». Annet ledd kom inn i bestemmelsen etter en lovendring i 2001, og innebar en presisering og klargjøring av rettstilstanden. Formålet med endringen var å ramme lønnsforskjeller som begrunnes i ulik verdsetting av kvinne- og mannsyrker. Endringen var en erkjennelse av at bestemmelsen, slik den var utformet, ga begrensede muligheter til å løse problemet med lønnsforskjeller mellom kvinner og menn. Årsaken til dette var at lønnsforskjellene i stor grad henger sammen med den ulike verdsettingen av typiske kvinne- og mannsyrker.⁵²¹ Departementet uttalte:

«Ifølge forarbeidene skulle plikten til sammenlikning av arbeid være begrenset til arbeid innen samme fag eller arbeid med vesentlige ytre likhetstrekk. Dette er etter departementets vurdering ikke tilstrekkelig til å ramme den diskriminering som grunner seg på ulik verdsetting av kvinne- og mannsyrker. Dersom likelønnsbestemmelsen skal være et godt og effektivt virkemiddel på et kjønnsdelt arbeidsmarked, må det være mulig å sammenlikne helt ulike yrker og fag. Det bør også tas i betraktning at det heller ikke er uvanlig at arbeidstakere

⁵¹⁹ Se blant annet sak C-129/79.

⁵²⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 86 og 87.

⁵²¹ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 72.

i samme virksomhet omfattes av ulike tariffavtaler, slik at lønningene er fastsatt på grunnlag av separate forhandlinger.»⁵²²

Presiseringen innebærer at sammenligningen kan foretas mellom helt ulike yrker og fag. I praksis har det blant annet blitt foretatt sammenligninger mellom ledere for sykepleiere og ledere for ingeniører i en kommune.⁵²³ Et annet eksempel er sammenligning mellom en SFO-leder og ledere for teknisk drift i en kommune.⁵²⁴ Presiseringen av at sammenligningen kan foretas på tvers av tariffavtaler, innebærer blant annet at det ikke skal stå i veien for lik lønn for arbeid av lik verdi at lønningene er resultat av separate forhandlinger.

Likestillingsloven § 21 inneholder sentrale faktorer som skal inngå i vurderingen av om arbeidene er av lik verdi. Det fremgår av loven at det skal foretas en «helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante faktorer, som for eksempel anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold».

Opplistingen er ikke uttømmende, også andre faktorer kan være relevante i sammenligningen, for eksempel vil organisatorisk plassering ofte kunne være relevant. Alle faglige kvalifikasjoner, samt ansvar og belastninger som skal til for å utføre arbeidet, bør tas i betraktning.⁵²⁵

De faktorene som vektlegges må imidlertid være relevante for den aktuelle stillingen. Kvalifikasjoner og ferdigheter som måles skal ha en direkte tilknytning til arbeidet og høre til de krav og vanskelighetsgrader som er definert for den konkrete stillingen. Det er for eksempel ikke gitt at arbeid som krever lengst utdanning nødvendigvis er mer verdt enn arbeid som krever kortere utdanning. Det er den totale summen av faktorene som er avgjørende.⁵²⁶

Arbeidets verdi i likestillingslovens forstand er ikke knyttet til verdien for arbeidsgiveren, men til en objektiv vurdering av innholdet og i det arbeidet som utføres. Denne rettslige betydningen av begrepet lik verdi er derfor ikke helt sammenfallende med den økonomiske forståelsen av begrepet.

Det er altså arbeidsoppgavene, ansvaret og kravene til kompetanse som ligger til stillingen som er relevante i vurderingen av om arbeidene er av lik verdi, og ikke hvordan arbeidstakeren utfører arbeidet, eller hvordan det verdsettes av kunder og brukere.⁵²⁷ Selv om slike forhold ikke er relevante i vurderingen av om arbeidene har lik verdi, vil de være relevante for den individuelle lønnsfastsettelse og kan begrunne ulik lønn.

⁵²² Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 81.

⁵²³ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 23/2008.

⁵²⁴ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 42/2009.

⁵²⁵ Ot.prp. nr. 77 2000–2001) kapitel 16.1 s. 114.

⁵²⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 52.

⁵²⁷ Se blant annet C-109/88 (Danfoss).

Når det gjelder faktoren kompetanse, må det ses hen til hvilken kompetanse som kreves til stillingen og hvilke kompetansekrav som stilles når stillingen lyses ut. At en person har høyere kvalifikasjoner enn det som kreves til stillingen, vil ikke virke inn på vurderingene av om arbeidene objektivt sett er av lik verdi. At vedkommende er overkvalifisert, fører altså ikke til at arbeidet har en høyere verdi. Særlige kvalifikasjoner kan imidlertid være et kjønnsnøytralt kriterium som kan begrunne ulik lønn. Både fagkunnskaper og ferdigheter tas med i betraktning. Det skal tas hensyn både til generalistkompetanse og spisskompetanse. Ofte vil utdanning og yrkeserfaring være relevant her. Ferdigheter kan være instrumentelle ferdigheter, fysiske og sosiale ferdigheter, samt stillingers krav til kreativitet og initiativ.

Med anstrengelse menes både fysiske og psykiske anstrengelser. For eksempel vil det at en stilling innebærer tunge løft mens en annen stilling er stillesittende, kunne føre til at arbeidene ikke er av lik verdi. At arbeidet er tyngende på grunn av stort ansvar, hører under vurderingen av ansvar.

Faktoren ansvar kan omfatte ansvar for økonomiske/materielle ressurser, arbeidsledelse, personalansvar, ansvar for informasjon, ansvar for mennesker og ansvar for planlegging og organisering.⁵²⁸

Sammenligningen av ansvar må foretas på en kjønnsnøytral måte. Ved sammenligningen av lønnsforskjeller mellom avdelingssykepleiere og avdelingsingeniører uttalte Likestillings- og diskrimineringsnemnda i sak 23/2008:

«Nemnda viser til at ett av formålene med likelønnsbestemmelsen og arbeidsvurderingen er å oppjustere typiske kvinneyrker. Effektivitetshensyn tilsier derfor at ansvar for mennesker tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier. Det er også fremhevet i Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling at dette er viktig for å sikre at systemet måler ansvar på en kjønnsnøytral måte.»

Hvor stillingen ligger i stillingshierarkiet, kan ha betydning ved fastleggelsen av ansvarets størrelse. Det er likevel det reelle innholdet i stillingen som er avgjørende. Hvis de hierarkiske forskjellene kun er formelle, vil ikke forskjellen i stillingenes nivå være av betydning.

Kjønnsnøytrale kriterier som kan begrunne ulik lønn

Retten til lik lønn betyr ikke nødvendigvis en rett til å få utbetalt samme beløp. Arbeidsgiveren kan ha rett til å lønne ulikt, til tross for at arbeidene har lik verdi. Forhold som knyttes den individuelle arbeidstakeren, som ansiennitet, utførelse av arbeidet mv., kan begrunne ulik lønn. Det samme gjelder markedsverdi og andre argumenter knyttet til lønnskrav og lønnsforhandlinger.

Så lenge slike faktorer kan virke forskjellig for kvinner og menn, vil det imidlertid være en risiko for at lønnen fastsettes på en diskriminerende måte. Spørsmålet er derfor om slike kriterier har en kjønnskjev effekt og dermed er indirekte diskriminerende. Nemnda

⁵²⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 114.

og EU-domstolen har vurdert slike kriterier i flere saker ut fra diskrimineringsforbudet, og i noen saker kommet frem til at lønnsfastsettelsen var lovstridig.

EU-domstolen krevde i Enderby-saken fra 1993 (C-127/92) at det skal vurderes om det faktisk er forholdene på arbeidsmarkedet og mangel på arbeidskraft til visse funksjoner som er bakgrunnen for lønnsforskjellen. Det skal skje en prøving av om markedsverdien faktisk er kjønnsnøytral og – dersom den er ulik for kvinner og menn – om ulik lønn er et nødvendig og forholdsmessig tiltak.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har i flere saker vurdert spørsmålet om markedsverdi som begrunnelse for ulik lønn. Nemnda har lagt til grunn at rekrutteringsproblemer i utgangspunktet er et kjønnsnøytralt kriterium. Dersom markedsgiverens argumenter har ført til ulik lønn, har nemnda vurdert om arbeidsgivers begrunnelse var saklig. Nemnda har imidlertid krevd at arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at lønnsforskjeller er saklig begrunnet, og at den høyere avlønningen er et egnet og nødvendig virkemiddel for å sikre eller beholde kvalifisert arbeidskraft.

17 Håndheving, bevisbyrde og reaksjoner

17.1 Håndhevingsapparatet.

17.1.1 Ombudet og nemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) utgjør i dag et samlet håndhevingsapparat for klager om diskriminering. Ombud og nemnd skal gi et landsdekkende lavterskeltilbud til mennesker som mener seg utsatt for diskriminering. Med lavterskel menes et tilbud om likeverdig, rask og enkelt tilgjengelig behandling av saker om diskriminering. Å reise en sak for domstolene kan kreve store økonomiske ressurser. Ombud og nemnd skal derfor være et supplement til domstolsbehandling.

Likestillings- og diskrimineringsombudets og Likestillings- og diskrimineringsnemndas myndighet og organisering følger av diskrimineringsombudsloven.

Forvaltningsloven gjelder for ombudets og nemndas virksomhet, dersom ikke annet er bestemt, jf. diskrimineringsombudsloven § 15. Nærmere regler om organisasjon og virksomhet for ombudet og nemnda er gitt i forskrift.

17.1.2 Myndighetsområde

Ifølge diskrimineringsombudsloven § 1 skal ombudet og nemnda håndheve likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsloven om seksuell orientering og arbeidsmiljøloven kapittel 13, diskrimineringsforbudet i boliglovene og skipsarbeidsloven kapittel 10.

Det gjelder visse unntak og særregler for håndhevingen:

Arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte håndheves ikke av ombudet og nemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd nr. 5.

Etter likestillingsloven § 26 første ledd bokstav b) skal ombudet og nemnda ikke håndheve forbudet mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold.

Videre er følgende unntatt fra ombudet og nemndas håndhevingskompetanse:

- seksuell trakassering i § 8
- aktivt likestillingsarbeid i kapittel 3 og § 23
- behandling av lønnsopplysninger i § 22 annet ledd
- oppreisning og erstatning i § 28

Likestillingslovens § 13 om representasjon av begge kjønn i alle offentlige utvalg mv håndheves av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.

Etter diskrimineringsloven om etnisitet § 23 er følgende unntatt fra ombudet og nemndas håndhevingskompetanse:

- aktivt likestillingsarbeid i kapittel 3 og § 20
- behandling av lønnsopplysninger i § 19 annet ledd
- oppreisning og erstatning i § 25
- straff for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet begått av flere i fellesskap

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 28 er følgende unntatt fra ombudet og nemndas håndhevingskompetanse:

- universell utforming av IKT i § 14
- universell utforming av bygg og anlegg mv i § 15
- behandling av lønnsopplysninger i § 23 annet ledd
- aktivt likestillingsarbeid i kapittel 4 og § 24
- oppreisning og erstatning i § 31

Etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 22 er følgende unntatt fra ombudet og nemndas håndhevingskompetanse:

- aktivt likestillingsarbeid i kapittel 3 og § 19
- behandling av lønnsopplysninger i § 18 annet ledd
- oppreisning og erstatning i § 24

Skipsarbeidsloven § 10-1 tredje ledd og § 10-9 er ikke omfattet av ombudets og nemndas myndighet, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd nummer 10. Den som mener seg forskjellsbehandlet i strid med skipsarbeidsloven regler kan reise søksmål for de ordinære domstoler.

17.1.3 Likestillings- og diskrimineringsombudet

LDO skal bekjempe diskriminering og fremme likestilling uavhengig av kjønn, etnisitet, nedsatt funksjonsevne, religion, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk og alder.

Ombudet er et forvaltningsorgan som har sin faglige uavhengighet fastsatt i lov, jf. diskrimineringsombudsloven § 2. Administrativt er ombudet underlagt BLD. At ombudet er faglig uavhengig innebærer at departementet ikke kan instruere ombudet om behandlingen av enkeltsaker eller om ombudets faglige virksomhet for øvrig. Ombudets faglige uavhengighet er knyttet både til håndhevingen av loven i enkeltsaker og til utføringen av kompetanse- og pådriveroppgaver, så lenge disse utføres innen rammene av mandatet som er gitt i lov og forskrift.

Ombudet har både en lovhåndheverrolle og en pådriverrolle.

Ombudet skal i sin *pådriver- og kompetanserolle* bidra til å fremme likestilling og hindre diskriminering i samfunnet som helhet. Det innebærer blant annet å avdekke og påpeke forhold som motvirker likestilling og likebehandling, bidra til bevisstgjøring og endring av holdninger og atferd, gi generell informasjon og veiledning, gi veiledning til arbeidsgivere om mangfold i arbeidslivet og overvåke arten og omfanget av diskriminering. Ombudet skal også påse at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelser Norge har etter FNs kvinnekongresskonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Ombudets *lovhåndheverrolle* innebærer at de kan gi skriftlige uttalelser ved klage over brudd på de lover og bestemmelser som ligger til ombudet. Ombudet foretar en objektiv vurdering av saken og avgir uttalelse om et forhold er i strid med diskrimineringslovgivningen eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd. Uttalelsen er ikke rettslig bindende, men kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Betegnelsen ombud – ikke tilsyn – ble valgt nettopp for å signalisere at organet som hovedregel ikke har vedtaksmyndighet, bare uttalerett.

Ombudet skal søke å oppnå at partene retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda, som har myndighet til å gi rettslig bindende pålegg. Dersom partene ikke innretter seg etter ombudets uttalelse, og det antas å medføre ulempe eller skadevirkning å avvende nemndas vedtak, kan ombudet etter § 4 jf. § 7 treffe bindende vedtak og gi pålegg om retting og stansing, såkalte hastevedtak.

Ombudets adgang til partshjelp og til å inngi skriftlig innlegg til domstolene etter tvisteloven

Etter tvisteloven § 15-7 skal partshjelp tillates for blant annet offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde.

Partshjelp må erklæres i prosesskriv eller i rettsmøte før saken er rettskraftig avgjort, og meddeles partene med frist for å bestride partshjelpen. Bestrides den, avgjøres spørsmålet om retten til partshjelp ved kjennelse.

Etter tvisteloven § 15-8 kan skriftlig innlegg for å belyse allmenne interesser som en sak reiser gis av et offentlig organ innenfor sitt ansvarsområde. Retten kan ved kjennelse tilbakevise innlegget hvis det i form, omfang eller innhold er dårlig egnet til å belyse allmenne interesser i saken. Blir innlegget ikke tilbakevist, inngår det i avgjørelsesgrunnlaget i saken og oversendes partene.

Justisdepartementets lovavdeling har lagt til grunn at ombudet normalt vil ha adgang til å opptre som partshjelper og til å inngi skriftlig saksinnlegg. Ombudet kan imidlertid ikke opptre som partshjelp i søksmål om gyldigheten av nemndas vedtak. Justisdepartementet har også vurdert om ombudet kan yte partshjelp der nemnda ikke har vedtakskompetanse. Dette vil kunne være aktuelt når en sak bringes inn for Arbeidsretten for bindende avgjørelse, og saken for nemnda stilles i bero. Lovavdelingen konkluderer med at det prinsipielt sett ikke er utelukket at ombudet i en slik situasjon vil kunne yte partshjelp for en av partene i tariffavtalen i saken for Arbeidsretten eller i saker for Arbeidsretten hvor nemnda ikke har vedtakskompetanse.

17.1.4 Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Saker kan komme opp for Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved at en av partene har brakt inn ombudets uttalelse for ny vurdering, ved at saken er brakt inn av ombudet fordi partene ikke har innrettet seg etter uttalelsen eller ved at nemnda selv har krevet seg forelagt en avgjørelse fra ombudet til prøving.

Nemnda har en ren lovhåndheverrolle. Nemnda har myndighet til å treffe vedtak om at det foreligger brudd på diskrimineringslovgivningen, og kan pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører og for å hindre gjentakelse, jf. diskrimineringsombudsloven § 7. Etter § 8 har nemnda myndighet til å treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegg gitt med hjemmel i § 7, dersom fristen for å etterkomme pålegget overskrides.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda består av en leder, en nestleder, åtte medlemmer og seks varamedlemmer. Nemndas medlemmer oppnevnes av departementet og har som utgangspunkt en funksjonstid på fire år. Det kan foretas reoppnevning for en ny periode, slik at sammenhengende funksjonstid for nemndsmedlemmene blir åtte år.

Nemnda er et kollegialt forvaltningsorgan. Betegnelsen kollegialt forvaltningsorgan refererer til at nemnda treffer sine vedtak, eller avgir uttalelser, som et kollegium, og at leder ikke har det avgjørende ord. Nemnda skal være faglig uavhengig av overordnet departement, når det gjelder adgang til politisk styring ved instruksjon eller adgang til å omgjøre nemndas vedtak.

Nemnda har også et sekretariat som ansettes av BLD. Nemndas sekretariat har per i dag fire ansatte og skal, foruten administrative sekretariatsoppgaver, utrede sakens faktiske og

juridiske sider og formulere utkast til vedtak. Sekretariatet har også ansvar for å administrere saker om tvangsmulkt.

Saker kan komme opp for nemnda enten ved at en av partene bringer ombudets uttalelse til behandling, ved at ombudet selv bringer saken inn fordi partene ikke har innrettet seg etter ombudets uttalelse eller ved at nemnda selv krever det.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fatter vedtak om et forhold er i strid med diskrimineringslovgivningen, og kan gi pålegg om retting og stansing for å sikre at diskrimineringen opphører eller ikke gjentas. Nemnda kan treffe vedtak om tvangsmulkt og begjære påtale i forbindelse med overtredelse av pålegg m.v.

Den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å etterkomme nemndas pålegg eller ombudets hastevedtak straffes med bøter, jf. diskrimineringsombudsloven § 13. Det samme gjelder forsettlig eller uaktsom unnløstelse av å oppfylle opplysningsplikten etter § 11.

Nemnda kan ikke fatte vedtak om tariffavtalers gyldighet, forståelse eller eksistens. Nemnda kan imidlertid gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale er i strid med et av forbudene mot diskriminering.

Nemndas myndighet til å fatte vedtak er avgrenset når det gjelder andre forvaltningsmyndigheter. Etter diskrimineringsombudsloven § 9 kan nemnda ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. Nemnda kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe vedtak skal utøves for ikke å komme i strid med diskrimineringslovgivningen. Dersom nemnda ikke kan treffe vedtak, skal nemnda gi en ikke-bindende uttalelse om hvorvidt forholdet er i strid med et av forbudene mot diskriminering. Nemndas vedtak er heller ikke bindende for Kongen eller departementene, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 annet ledd.

Nemndas vedtak er endelige, men vedtakene kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken.

Den som har vært utsatt for diskriminering må reise sak for domstolene for å få oppreisning og eventuelt erstatning for økonomisk tap. Likestillings- og diskrimineringsnemnda har ikke myndighet til å fastsette oppreisning eller behandle saker om seksuell trakassering.

Etter diskrimineringsombudsloven § 11 har offentlige myndigheter, og enhver som har vitneplikt etter tvistemålsloven, opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda. Opplysningsplikten gjelder uten hensyn til andre regler taushetsplikt.

Ombudet og nemnda kan foreta de undersøkelser som de finner påkrevd. Om nødvendig kan det kreves hjelp av politiet. Ombudet og nemnda kan kreve at opplysninger skal gis til, eller at undersøkelser skal kunne foretas av, andre offentlige organer som er pålagt å medvirke til gjennomføringen av diskrimineringslovgivningen. Ombudet og nemnda kan også kreve bevisopptak ved domstolene.

17.1.5 Ny nasjonal institusjon for menneskerettigheter

Norsk senter for menneskerettigheter har per i dag status som Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Den 19. juni 2014 vedtok Stortinget å opprette en ny nasjonal institusjon for menneskerettigheter fra 1. januar 2015, organisatorisk underlagt Stortinget. Institusjonen forutsettes å oppfylle de internasjonale prinsipper for nasjonale institusjoners status (de såkalte «Paris-prinsippene»). Lov og instruks om Nasjonal institusjon ble vedtatt av Stortinget i april 2015. Loven foreskriver at den nye nasjonale institusjonen skal ledes av et styre (fem personer) og en direktør.

Nasjonale institusjoner for menneskerettigheter (NI) er i henhold til Paris-prinsippene⁵²⁹ offentlig oppnevnte, uavhengige organer som har som hovedformål å fremme og beskytte menneskerettighetene. De skal blant annet bistå myndighetene, frivillige organisasjoner og enkeltmennesker med rådgivning, utredning og informasjon knyttet til sakfelt eller enkeltsaker som har menneskerettslige aspekter.

I Norge spiller ombudene i dag en sentral rolle i å påse at myndighetene oppfyller sine forpliktelser etter menneskerettighetene. Generelt kan det sies at ombudene er organisert som uavhengige organer som skal ha tilsyn med et saklig avgrenset område. I Norge har vi flere ombud som særlig anses å være relevante for overvåkingen av menneskerettighetene i Norge: Stortingets ombudsmann for forvaltningen, som velges av og er direkte underlagt Stortinget, og Barneombudet og LDO, som begge oppnevnes av Kongen og administrativt er en del av forvaltningen.

LDOs konvensjonstilsyn er i noen grad overlappende med enkelte av NIs oppgaver. NI skal ha en overordnet rolle i overvåkingen av – og tilsynet med – den nasjonale gjennomføring av Norges folkerettslige forpliktelser på menneskerettighetsområdet.

17.2 Bevisbyrde

17.2.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre gjeldende rett om delt bevisbyrde for alle diskrimineringsgrunnlag og på alle samfunnsområder, med unntak av en eventuell samlekategori.

17.2.2 Gjeldende rett

Alle diskrimineringslovene har regler om delt bevisbyrde, jf. likestillingsloven § 27, diskrimineringsloven om etnisitet § 24, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 30 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 23.

Hva er delt bevisbyrde?

⁵²⁹ Siden 1993 har FN's generalforsamling anbefalt statene å ha en uavhengig nasjonal institusjon for menneskerettigheter i henhold til de såkalte [Paris-prinsippene](#). Institusjonen skal bistå med rådgivning, utredning og informasjon knyttet til hvordan menneskerettighetene bør implementeres. Nasjonal institusjon skal bidra til større bevissthet om og bedre oppfyllelse i Norge.

Det følger av vanlige sivilrettslige bevisregler at forvaltningen eller domstolen skal legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig (dvs. mer enn 50 prosent sannsynlig). Hovedregelen i sivile saker er at saksøker eller klager har *bevisbyrden* for å bevise faktum med mer enn 50 prosent sannsynlighet. Bevisbyrde betyr det samme som *tvilsrisiko*. Hvis retten eller forvaltningen er i tvil om et faktum er sannsynliggjort, går tvilen utover saksøker/klager. Saksøker vil da tape saken.

Delt bevisbyrde innebærer at bevisbyrden (tvilsrisikoen) *lettere går over på saksøkte eller innklagede* (altså før klager eller saksøker har bevist noe med mer enn 50 prosent sannsynlighet). Det er da tilstrekkelig for saksøker å bevise en *presumsjon* for at diskriminering har funnet sted. Klarer saksøker dette, går bevisbyrden over til saksøkte, som må bevise at det er mer sannsynlig at diskriminering ikke har funnet sted.

Bakgrunnen for reglene om delt bevisbyrde er at det ofte vil være vanskelig å bevise at en handling er diskriminerende. Innklagede kan prøve å skjule sin reelle begrunnelse, eller er ikke selv bevisst på hva som motiverer handlingen. Etter vanlige sivilrettslige bevisbyrderegler ville klager eller saksøker ofte ha tapt saken hvis det er tvil om faktum.

Delt bevisbyrde er begrunnet i at det skal være reelle muligheter for å vinne frem med en påstand om ulovlig diskriminering. I arbeidsforhold må dette ses i sammenheng med at det er arbeidsgiver som har tilgang til sakens opplysninger og som derfor vil være nærmest til å sørge for at saken blir tilstrekkelig belyst. Da vil det også være rimelig å la det gå ut over arbeidsgiveren hvis det etter bevisføringen fremdeles er uklart hva det er lagt vekt på.

Omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering

Delt bevisbyrde innebærer at dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering allikevel ikke har funnet sted, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted.

For at bevisbyrden skal gå over på den som påstås å ha diskriminert, må den som mener seg diskriminert kunne påvise at slike omstendigheter foreligger. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt, men en påstand er ikke nok. Det må etableres en presumsjon for at det har skjedd diskriminering, basert på sakens ytre omstendigheter, for eksempel at det er vanlig at andre får tildelt det aktuelle godet når nærmere vilkår er oppfylt.

Hva som ligger i kravet «grunn til å tro» er i Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 130 beskrevet slik:

«Hvorvidt det er grunn til å tro at diskriminering har funnet sted vil bero på en konkret vurdering. Formuleringen «grunn til å tro» angir en lempeligere standard enn det alminnelige beviskravet i sivile saker om sannsynlighetsovervekt. Klager er likevel den som har bevisføringsrisikoen. Dette forstås slik at det går ut over denne parten dersom opplysningene som foreligger innledningsvis ikke tilfredsstillt kravet om en viss grad av sannsynlighet for at diskriminering foreligger. Påstand mot påstand er ikke nok til å holde noen ansvarlig etter loven. En påstand fra innklagede om at diskriminering har skjedd må vurderes opp mot hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Det er ikke et krav om at påstanden må styrkes av andre bevismidler i form av dokumenter eller vitner så lenge

sakens ytre omstendigheter underbygger påstanden i tilstrekkelig grad. Hvorvidt dette er tilfelle vil måtte vurderes i hver enkelt sak.»

Nemnda har i sin praksis krevd noe mer enn en påstand om at diskriminering har funnet sted. Det må være ytterligere holdepunkter i saken for lovstridig forskjellsbehandling, for at bevisbyrden skal gå over på innklagede. En påstand fra klager har ikke i seg selv vært nok til at bevisbyrden har gått over på innklagede.

I Rt. 2014 s. 402 premiss 64 uttalte Høyesterett at det er

«tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på arbeidsgiveren at «det er fremlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven», se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 169. Arbeidsgiveren har altså bevisbyrden dersom det er holdepunkter for – eller indikasjoner på, som er begrepet førstvoterende bruker i Rt. 2012 s. 424 – at en person er ansatt fordi vedkommende er av et bestemt kjønn. I proposisjonen side 169 heter det videre at det forhold at andre arbeidssøkere fremstår som bedre kvalifisert, i seg selv kan være tilstrekkelig til at holdepunkter anses for å foreligge. Indikasjoner kan også gå frem av ansettelsesvedtak eller andre sakspapirer. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke.»

Sannsynliggjøre

Når saksøkte har etablert en presumsjon for at diskriminering har skjedd, går bevisbyrden over på saksøkte. Saksøkte må da «sannsynliggjøre» at handlingen ikke er i strid med lovens diskrimineringsforbud. Det følger av lovens ordlyd, forarbeidene og høyesterettspraksis at det med sannsynliggjøre menes bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet. Det innebærer at for eksempel en arbeidsgiver som påstås å ha diskriminert må «bevise at det er større sannsynlighet for at arbeidstakeren ikke er diskriminert i strid med loven enn at arbeidstakeren er diskriminert i strid med loven.» Høyesterett utdypet dette også i Rt. 2012 s. 424, avsnitt:

«At bevisbyrde snus, har altså betydning for hvem tvil går utover. Beviskravet er det samme som ellers - alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er heller ikke holdepunkter for at det gjelder spesielle prinsipper for den konkrete bevisbedømmelsen, likevel slik at det gjennomgående vil ha liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering.»

I Rt. 2014 s. 402 premiss 65-67 beskrev Høyesterett saksøktes bevisbyrde på følgende måte:

«Er det lagt frem opplysninger som gir holdepunkter for at arbeidsgiveren har lagt avgjørende vekt på kjønn, får arbeidsgiveren bevisbyrden for at dette likevel ikke er tilfelle. [...] Det forhold at den som er ansatt hadde dårligere formelle kvalifikasjoner enn andre søkere, kan altså inngå i bevisvurderingen av hva arbeidsgiveren har lagt vekt på ved ansettelsen. Men dette er ikke uten videre avgjørende – andre omstendigheter kan peke i motsatt retning.

Hvorvidt det foreligger holdepunkter for at arbeidsgiveren har lagt avgjørende vekt på kjønn, eventuelt om det er sannsynliggjort at han ikke har lagt avgjørende vekt på kjønn,

er rene faktiske spørsmål som må avgjøres etter en alminnelig bevisbedømmelse hvor domstolene har full kompetanse. Som ellers vil de begivenhetsnære bevis være særlig viktige ved bevisbedømmelsen, jf. blant annet Rt. 1998 s. 1565 på s. 1570. Som fremhevet i Rt. 2012 s. 424 avsnitt 40 vil det gjennomgående «ha liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering. I sammenheng blant annet med det som finnes av begivenhetsnære bevis, og de slutninger som kan trekkes av mer objektive forhold, vil likevel forklaringer fra de som deltok i ansettelsesprosessen, ha bevismessig interesse».

Nemnda har i de fleste tilfeller foretatt en totalvurdering ut fra den framlagte dokumentasjonen og partenes skriftlige og muntlige forklaringer. Det har således ikke vært ett enkelt dokument eller vitneutsagn som har gjort at bevisbyrden anses oppfylt. Nemnda har normalt krevd at dokumentasjonen er etterprøvbar og ikke utarbeidet i ettertid (tidsnær dokumentasjon).

Det følger av nemndas praksis at forhold som skal kunne gi grunnlag for å anse bevisbyrden oppfylt, i utgangspunktet må være etterprøvbare og tidsnære. At etterfølgende forklaring ikke har vært tilstrekkelig for å oppfylle bevisbyrden, har nemnda lagt til grunn i flere saker, blant annet i sak 6/2007 og 8/2012. I sistnevnte sak presiserte nemnda at «det gjelder for nemnda som ved bevisvurderinger for domstolene, at tids- og/eller begivenhetsnære bevis er de mest tungtveiende bevis».

I mange saker er det uenighet om hvem som er best kvalifisert. Nemnda har lagt til grunn av for at arbeidsgiver skal kunne sannsynliggjøre at den som mener seg diskriminert er mindre personlig egnet enn en annen søker, må den konkrete vektleggingen av personlig egnethet kunne sannsynliggjøres, for eksempel ved skriftlig dokumentasjon.

17.2.3 EU- og EØS rett

Prinsippet om delt bevisbyrde er tatt inn i alle EUs diskrimineringsdirektiver. Reglene er en kodifisering av EF-domstolens praksis.

17.2.4 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Utvalget foreslo at delt bevisbyrde skulle gjelde for alle diskrimineringsgrunnlag som er oppregnet i loven og på alle samfunnsområder.

Utvalget foreslo imidlertid at delt bevisbyrde ikke skal gjelde forhold som ikke er oppregnet i loven, men som omfattes av utvalgets foreslåtte samlekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Utvalget viste til at bevisbyrdereglene særlig er begrunnet i at det ofte vil være den ansvarlige for handlingen som har de beste mulighetene til å dokumentere forholdene og opplyse saken. Utvalget mente dette hensynet ikke gjør seg gjeldende for samlekategorien i samme grad, da det ikke i forkant er kjent hvilke grunnlag som kan bli påberopt. Rettssikkerhetshensyn talte etter utvalgets syn derfor sterkere mot delt bevisbyrde når det gjelder grunnlag som påberopes under samlekategorien enn for lovens oppregnede grunnlag.

17.2.5 Departementets vurderinger og forslag

Departementet foreslår å videreføre gjeldende rett om delt bevisbyrde for alle diskrimineringsgrunnlag og på alle samfunnsområder.

Delt bevisbyrde skal ikke gjelde for en eventuell samlekategori

Departementet mener i likhet med utvalget at delt bevisbyrde ikke bør gjelde for forhold påberopes under en eventuell samlekategori. Departementet mener det gjør seg gjeldende særlige hensyn for grunnlag som påberopes under en samlekategori. All den tid grunnlaget for diskrimineringen ikke er klarlagt på forhånd, vil det være vanskeligere å få oversikt over hvilken informasjon som er relevant for å kunne tilbakevise en formodning om diskriminering, og å føre motbevis.

17.3 Oppreisning og erstatning

17.3.1 Departementets forslag

Departementet foreslår å videreføre gjeldende rett, det vil si like regler for oppreisning og erstatning for alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Departementet foreslår at særreglene om oppreisning og erstatning ikke skal gjelde

- for forhold som påberopes under en eventuell samlekategori, og
- ved brudd på reglene om universell utforming.

17.3.2 Gjeldende rett

Oppreisning og erstatning er reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudene. Med oppreisning menes kompensasjon for ikke-økonomisk skade som vederlag for den krenkelsen den som er blitt diskriminert er blitt utsatt for. Med erstatning menes kompensasjon for økonomisk tap.

17.3.2.1 Alminnelige erstatningsregler

Erstatning for økonomisk tap

Etter ulovfestet erstatningsrett er det tre vilkår for å få erstatning: For det første må det foreligge et *ansvarsgrunnlag*. I diskrimineringssaker vil det praktiske ansvarsgrunnlaget være at det er utvist skyld (det innebærer at skadevolder må ha opptrådt forsettlig eller uaktsomt og dermed kan bebreides). For det andre må skadelidte dokumentere et *økonomisk tap*. For det tredje må det være *årsakssammenheng* mellom det økonomiske tapet og den diskriminerende handlingen. Kravet til årsakssammenheng innebærer at skadelidte må bevise at vedkommende ikke ville hatt det økonomiske tapet hvis den diskriminerende handlingen tenkes borte. I tillegg har Høyesterett oppstilt et krav om at tapet må være en påregnelig og adekvat følge av den skadevoldende handlingen.

Skadelidte har bevisbyrden (tvilsrisikoen) for at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Oppreisning for ikke-økonomisk tap

Etter alminnelig erstatningsrett er det et vilkår for oppreisning (kompensasjon for tort og sveie) at skadevolder har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt.

17.3.2.2 Særlige regler om erstatning og oppreisning i diskrimineringslovene

Det gjelder særlige regler om oppreisning og erstatning i diskrimineringsaker. Det er likelydende bestemmelser i alle lovene.⁵³⁰ Lovbestemmelsene skal tolkes på samme måte.

I arbeidslivet skal diskriminering og trakassering utløse ansvar (herunder erstatning og oppreisning) uten hensyn til skyld (objektivt ansvar). Utenfor arbeidslivet skal oppreisning og erstatning kunne kreves dersom den som har diskriminert har opptrådt uaktsomt (vanlig uaktsomhet, skyldansvar).

17.3.2.3 Utmåling av oppreisning og erstatning

Ifølge diskrimineringslovene skal oppreisning fastsettes til det beløp som retten finner rimelig ut fra skadens omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Erstatning skal derimot bare dekke økonomisk tap som følge av diskrimineringen.

Det skal legges vekt på både gjerningspersonens og fornærmedes forhold i saken. Arten og alvorlighetsgraden av den diskriminerende handlingen skal stå sentralt i vurderingen. At det skal tas hensyn til omstendighetene for øvrig betyr at det skal foretas en bred helhetsvurdering av saken og av momenter som kan ha betydning for saken, herunder forholdet mellom de to partene. Styrkeforholdet mellom partene kan ha betydning. Det samme gjelder partenes økonomi, utvist skyld og hvor grov krenkelsen har vært. Det er ikke satt noe øvre tak for oppreisningens størrelse.

Utmåling av erstatning for økonomisk tap utmåles etter alminnelige ulovfestede erstatningsregler.

17.3.3 EU- og EØS-rett

EUs diskrimineringsdirektiver stiller krav til sanksjonene ved brudd på diskrimineringsforbudene. Sanksjonene skal være effektive, stå i et rimelig forhold til overtredelsen og ha preventiv («avskrekkende») virkning.⁵³¹ Tilsvarende følger av kommisjonens forslag til direktiv om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering artikkel 14.

17.3.4 Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14)

Utvalget foreslo at det ikke skulle være et vilkår om skyld (forsett eller uaktsomhet) for å få tilkjent oppreisning og erstatning ved diskriminering i arbeidslivet. Utvalget la til grunn at det objektive ansvaret bare skulle gjelde arbeidsgivere, og ikke andre som kan tenkes å diskriminere i arbeidslivet, for eksempel når arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller

⁵³⁰ Se likestillingsloven § 28, diskrimineringsloven om etnisitet § 25, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 31 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 24.

⁵³¹ Jf. rasediskrimineringsdirektivet artikkel 15, rammedirektivet artikkel 17, likestillingsdirektivet artikkel 18 og direktivet om likebehandling av kvinner og menn med hensyn til varer og tjenester artikkel 14.

yrkesorganisasjon diskriminerer i forbindelse med medlemskap eller deltakelse i slike organisasjoner.

Utenfor arbeidslivet mente utvalget det burde være et vilkår for oppreisning og erstatning at den som har diskriminert kan bebreides for dette (vanlig uaktsomhet, skyldansvar).

Utvalget foreslo en felles regel om utmåling av oppreisning og erstatning for alle de oppregnede diskrimineringsgrunnlagene.

Utvalget foreslo videre at de særlige reglene om oppreisning og erstatning ikke skulle gjelde for grunnlag som påberopes under samlekategorien. Utvalget viste blant annet til at en samlekategori gir mindre forutsigbarhet, og den ansvarlige har da mindre mulighet til å innrette seg på en slik måte at reglene ikke brytes. Utvalget mente derfor at et eventuelt ansvar for diskriminering på grunn av forhold som omfattes av samlekategorien i stedet burde følge av alminnelige erstatningsregler.

Utvalget foreslo også at særreglene om oppreisning og erstatning ikke skulle gjelde ved brudd på reglene om universell utforming. Flertallet viste for det første til at det ved manglende universell utforming vil være et ubestemt og potensielt stort antall personer som kan bli skadelidende. Et slikt ansvar ville derfor blitt for vidtrekkende og lite forutsigbart. Utvalget viste videre til at rett til oppreisning ved manglende universell utforming kan virke prosessdrivende. Utvalgets flertall mente pålegg om retting er den mest hensiktsmessige reaksjonen ved manglende universell utforming. Dersom et pålegg ikke følges, kan nemnda ilegge tvangsmulkt.

Utvalget la imidlertid til grunn at en person med nedsatt funksjonsevne som har lidt et økonomisk tap på grunn av manglende universell utforming, kan kreve erstatning etter alminnelige erstatningsregler dersom de andre vilkårene etter alminnelige erstatningsrettslige regler er oppfylt.

17.3.5 Departementets vurdering og forslag

Departementet foreslår å videreføre gjeldende rett om oppreisning og erstatning for alle diskrimineringsgrunnlag og på alle samfunnsområder.

Departementet mener i likhet med utvalget at særreglene om oppreisning og erstatning ikke skal gjelde for diskriminering på grunn av forhold som ikke er positivt oppregnet i loven, men som omfattes av en eventuell samlekategori. Det samme gjelder ved brudd på reglene om universell utforming. I disse tilfellene bør de alminnelige erstatningsrettslige reglene om oppreisning og erstatning gjelde.

17.4 Håndheving av saker om seksuell trakassering

17.4.1 Departementets forslag

Departementet drøfter i høringsnotatet kapittel 11.2 om Likestillings- og diskrimineringsnemnda bør gis myndighet til å håndheve saker om seksuell trakassering.

17.4.2 Gjeldende rett

Likestillingsloven § 8 forbyr seksuell trakassering. Seksuell trakassering er definert som uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer. Lovens særregler om delt bevisbyrde, oppreisning og erstatning gjelder ved brudd på forbudet mot seksuell trakassering.

Ombudet og nemnda har ikke myndighet til å håndheve forbudet mot seksuell trakassering. Slike saker må bringes inn for domstolene. Begrunnelsen for dette er blant annet at en anklage om seksuell trakassering er alvorlig og inngripende og ofte reiser store bevismessige utfordringer. Derfor er det viktig å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn.⁵³² Det er vist til at saksbehandlingen i ombudet og nemnda ikke er så omfattende som saksbehandlingen i domstolene.

17.4.3 Erfaringer fra andre land for tilsvarende løsninger

De fleste europeiske land har håndhevingsorganer som behandler klager over brudd på diskrimineringslovgivningen, også seksuell trakassering. Noen kan fatte bindende vedtak, noen gir ikke-bindende uttalelser og andre kan bringe en sak gratis inn for retten med klagerens samtykke. Det varierer om det er adgang til forvaltningsklage. Erfaringene viser at det ikke er en stor mengde saker om seksuell trakassering som blir brakt inn for klageorganene i landene som har etablert et lavterskeltilbud. Det har også vist seg vanskelig å vinne frem med klager om seksuell trakassering, på tross av regler om delt bevisbyrde. I det følgende gis det oversikt over erfaringer fra noen utvalgte land.

Danmark

I Danmark kan Likebehandlingsnævnet fatte bindende vedtak i saker om seksuell trakassering og tilkjenne godtgjørelse. Reglene om delt bevisbyrde gjelder. Nævnets medlemmer består av en leder, to nestledere og ni medlemmer. Formannen skal være lagmannsrettsdommer, nestleder tingrettsdommer og de andre må være jurister med kunnskap om likestillingslovgivningen. Saksbehandlingen er gratis og saken utredes av et sekretariat, slik at partene ikke trenger advokat. Alle opplysninger sendes partene for uttalelse, men saksbehandlingen er utelukkende skriftlig. Det er ikke adgang til forvaltningsklage, men vedtaket kan bringes inn for domstolene. Problemet i nævnet er mangelen på kontradiksjon gjennom muntlige forhandlinger, og mange saker om seksuell trakassering blir avvist fordi de ikke er tilstrekkelig opplyst. Nævnet har mottatt 15–20 klager om seksuell trakassering i løpet av fem år, men har bare fattet vedtak i én sak. Flere har påpekt at nævnets skriftlige saksbehandling er en svakhet ved prosessen.

Sverige

Sverige har ingen nemnd som behandler saker om seksuell trakassering. Diskrimineringslovgivningen håndheves av domstolene. Diskrimineringsombudsmannen kan imidlertid søke å oppnå frivillige ordninger mellom partene og har myndighet til å bringe saker inn for domstolene for personer som mener at de har blitt diskriminert eller

⁵³² Se blant annet Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) pkt. 7.6.4 s. 40–41.

trakassert. Ordningen er gratis, men ombudsmannen velger selv hvilke saker han vil føre for domstolene.

Storbritannia

I Storbritannia kan Employment Tribunal (ET) fatte bindende vedtak i saker om seksuell trakassering i arbeidslivet og kan tilkjenne erstatning og oppreisning. ET består av tre medlemmer; én arbeidsrettsdommer og to lekmedlemmer. Partene skal redegjøre skriftlig for sitt syn, og det skal holdes en muntlig høring. Personer som kan bidra med opplysninger har møteplikt hvis ET krever det. ET har plikt til å påse at høringen er rettfærdig og at begge parter får presentere sitt syn og imøtegå motpartens anførsler. Arbeidstaker eller dens representant presenterer saken og svarer på spørsmål. Partene kan oppnevne egne vitner som må forklare seg muntlig. ETs avgjørelse kan ankes til Appeal Tribunal, men anker begrunnet i feil bevisbedømmelse blir som regel avvist. Prosessen i ET er effektiv og rettsikker, men prosessreglene gjør at det som regel er nødvendig med advokat. ET har behandlet flere saker om seksuell trakassering, men mange saker blir avvist på grunn av manglende bevis. Det er også mulig å få behandlet saken i konfliktråd.

Irland

I Irland kan The Equality Tribunal fatte bindende vedtak i saker om seksuell trakassering og kan tilkjenne erstatning (maksimalt ca. 6 300 Euro – beløpsgrensen gjelder ikke i domstolene). Sekretariatet utreder saken og innhenter uttalelser fra partene før det holdes en høring hvor partene har rett til å delta. Tribunalen kan megle mellom partene, men kan også fatte avgjørelser som kan overprøves i domstolene.

Island

På Island kan Likestillingsnemnda fatte bindende vedtak i saker om seksuell trakassering, men kan ikke ilegge oppreisning. Vedtakene kan ikke påklages, men kan bringes inn for domstolene. Klagenemnda består av tre kvalifiserte advokater. Leder og nestleder skal oppfylle kravene for tingrettsdommere og minst én skal ha ekspertkunnskap om likestilling. Saksbehandlingen er som hovedregel skriftlig, men nemnda kan innkalle parter og vitner til høring, og skal sikre at partene har mulighet til å uttale seg før avgjørelsen treffes. Nemnda kan kreve at en part fremlegger bevis. Klagenemnda mottar nesten ingen klager over seksuell trakassering. Nemnda mottok en klage om seksuell trakassering i 2003 og en i 2009, men begge klagene ble avvist fordi klagene ikke var fremmet innen lovens frist.

Canada

I Canada er det parallelle håndhevingssystemer føderalt og på provinsnivå. I provinsene er det opprettet egne kommisjoner og tribunaler som behandler saker om diskriminering, herunder seksuell trakassering, etter de ulike provinslovene. Canada Human Rights Commission og Canada Human Rights Tribunal behandler klager etter den føderale lovgivningen, inkludert klager på seksuell trakassering. Disse organene behandler individuelle klager, men kan også ta opp saker på eget initiativ. Når kommisjonen mottar en klage, settes det i gang undersøkelser for å bringe faktiske forhold på det rene. I mange tilfeller mekles det mellom partene, slik at partene ofte kommer frem til en minnelig

løsning. Dersom ingen minnelig løsning blir nådd, og kommisjonen konkluderer med at det har skjedd diskriminering, kan saken oversendes tribunalet. I de fleste tilfeller vil advokater fra kommisjonen føre saken for den diskriminerte part ved behandlingen i tribunalet. Tribunalene har en domstolslignende prosedyre og oppbygning, men utgjør formelt sett ingen domstol. Det skal imidlertid alltid være en muntlig sluttbehandling.

17.4.4 Tidligere utredninger

Spørsmålet ombud og nemnd skal gis myndighet til å håndheve saker om seksuell trakassering har blitt vurdert flere ganger tidligere:

- Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) og Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) pkt. 7.6.4 s. 40–41 konkluderte med at nemnda ikke skal gis myndighet til å håndheve saker om seksuell trakassering.
- NOU 2009:14 vurderte ikke spørsmålet om håndheving av saker om seksuell trakassering.
- NOU 2011:18 foreslo at saker om seksuell trakassering skal håndheves av ombudet og nemnda.
- Prop 88 L (2012–2013) konkluderte med at nemnda ikke skal gis myndighet til å håndheve saker om seksuell trakassering.

NOU 2011:18 Struktur for likestilling og Prop. 88 L (2012–2013)

Likestillingsutvalget (NOU 2011: 18) foreslo å gi ombudet og nemnda kompetanse til å håndheve forbudet mot seksuell trakassering. Utvalget viste til at det er behov for et lavterskeltilbud og at seksuell trakassering er den eneste formen for trakassering der ombudet og nemnda ikke kan behandle enkeltklagesaker. Utvalget mente det ikke er noen gode grunner til at seksuell trakassering skal vurderes forskjellig fra annen trakassering. Det ble blant annet vist til at ombudet og nemnda i dag håndhever forbudet mot kjønstrakassering, og at kjønstrakassering og seksuell trakassering i noen tilfeller vil overlape hverandre.

Under henvisning til rettssikkerhetshensyn ønsket departementet likevel ikke å fremme et forslag i tråd med Likestillingsutvalgets anbefaling, noe Stortingets familie- og kulturkomité i hovedsak sluttet seg til.⁵³³ Departementet viste til at ombudet og nemndas saksbehandling ikke er så omfattende som saksbehandlingen i domstolene, og at det på grunn av ombudet og nemndas saksbehandlingsform, sammensetning og ressurser ikke på samme måte ligger til rette for kontradiksjon og parts- og vitneavhør som i domstolene. Det ble imidlertid fra komiteen uttrykt bekymring over det svært lave antall saker om seksuell trakassering som har kommet opp for domstolene. Komiteen ba regjeringen etablere en veiledningstjeneste for personer som utsettes for seksuell trakassering.

⁵³³ Prop. 88 L (2012–2013) pkt. 14.4, s. 103–105 og Innst. 441 L (2012–2013) s. 11 og 21.

17.5 Straff for diskriminering

17.5.1 Departementets forslag

Departementet foreslår i høringsnotatet kapittel 11.3 at straffebestemmelsen i någjeldende § 26 i diskrimineringsloven om etnisitet foreløpig videreføres som en særregel knyttet til etnisitet, religion og livssyn.

17.5.2 Gjeldende rett

17.5.3 Diskrimineringsloven om etnisitet

Diskrimineringsloven om etnisitet § 26 har en særskilt bestemmelse om straff for grove overtredelser av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap.

Straffebestemmelsen kan komme til anvendelse ved brudd på diskrimineringsforbudet, trakasseringsforbudet og forbudet mot instruks.

Gjerningspersonen må opptre i fellesskap med minst to andre personer for å kunne rammes. Ved vurderingen av om lovbruddet skal anses som grovt, skal det særlig legges vekt på graden av utvist skyld, om overtredelsen er rasistisk motivert, om den har karakter av trakassering, om den innebærer legemskrenkelse eller alvorlig krenkelse av noens psykiske integritet, om den er egnet til å skape frykt og om den er begått mot person som er under 18 år. Ved gjentakelse kan det anvendes straff selv om den nye overtredelsen ikke er grov. Det er da et vilkår at gjerningspersonen er ilagt straff etter denne bestemmelsen for den tidligere overtredelsen.⁵³⁴

Skyldkravet er forsett. Det er imidlertid ikke et krav om rasistisk motivasjon (hensiktsforsett). Strafferammen er bøter eller fengsel i inntil tre år.

Det vanlige beviskravet i strafferetten gjelder for denne bestemmelsen. Det betyr at diskrimineringslovens regel om delt bevisbyrde ikke gjelder i saker om straff.

Håndhevingen av straffebestemmelsen er lagt til det alminnelige strafferettsapparatet, det vil si påtalemyndigheten og domstolene. Bestemmelsen er betinget av offentlig påtale. Straffesanksjonen skal være subsidiær i forhold til sivilrettslige reaksjoner. Påtalemyndigheten skal derfor legge vekt på om administrative reaksjoner er tilstrekkelige ved vurderingen av om tiltale skal tas ut.

Straffebestemmelsen tjener blant annet til å oppfylle Norges forpliktelser etter FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD) artikkel 4 bokstav b, som krever bekjempelse og forebygging av organisert rasisme, herunder forbud mot rasistiske organisasjoner. Bestemmelsen ble inntatt i diskrimineringsloven etter kritikk fra FNs Rasediskrimineringskomité. Lovgiver ønsket ikke et organisasjonsforbud i diskrimineringsloven, men heller forbud mot (organisert) rasistisk virksomhet/handlinger.

⁵³⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 13.7.

En tilsvarende bestemmelse om straffansvar for grov diskriminering begått av flere i fellesskap finnes ikke i de tre andre diskrimineringslovene.

17.5.3.1 *Straffeloven*

Straffeloven 2005 har enkelte straffebud som er særskilt knyttet til diskriminering, jf. §§ 185 og 186. Disse bestemmelsene rammer henholdsvis diskriminerende og hatefulle ytringer, eller å nekte en person varer eller tjenester på grunn av personens hudfarge eller nasjonale etniske opprinnelse, religion og livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne.

Straffeloven har også andre bestemmelser som slår fast at det ved avgjørelsen av om lovbruddene er grove (og dermed får en høyere strafferamme) blant annet særlig skal legges vekt på om de er motivert av fornærmedes hudfarge, religion mv. Dette gjelder

- § 174 om tortur
- § 264 om grove trusler
- § 272 om grov kroppskrenkelse
- § 274 om grov kroppsskade
- § 352 om grovt skadeverk

I tillegg følger det av straffeloven § 77 bokstav i) at det vil være straffeskjerpene dersom et lovbrudd har sin bakgrunn i «andres religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern».

17.5.3.2 *Straffetrukselen for overtredelse av arbeidsmiljøloven kapittel 13 opphevet*

Stortinget vedtok 24. april 2015 å oppheve straffetrukselen for overtredelse og medvirkning til overtredelse av arbeidsmiljøloven kapittel 13. I Prop. 48 L (2014–2015) viste Arbeids- og sosialdepartementet til at disse reglene i hovedsak regulerer privatrettslige forhold mellom partene. Departementet var ikke kjent med at overtredelser av disse reglene i praksis har vært straffeforfulgt, og mente det var lite hensiktsmessig å beholde straffebestemmelser som i praksis ikke blir brukt.⁵³⁵

⁵³⁵ Prop. 48 L (2014–2015) punkt 6.2.3.