

NOU

Norges offentlige utredninger 2009:14

Et helhetlig diskrimineringsvern

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK



Norges offentlige utredninger 2009

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

1. Individ og integritet.
Fornyings- og administrasjonsdepartementet.
2. Kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv.
Finansdepartementet.
3. På sikker veg.
Samferdselsdepartementet.
4. Tiltak mot skatteunndragelser.
Finansdepartementet.
5. Farskap og annen morskap.
Barne- og likestillingsdepartementet.
6. Tilstandsrapport ved salg av bolig.
Barne- og likestillingsdepartementet.
7. Om grunnlaget for inntektsoppgjørene 2009.
Arbeids- og inkluderingsdepartementet.
8. Kompetanseutvikling i barnevernet.
Barne- og likestillingsdepartementet.
9. Lov om offentlige undersøkelseskomisjoner.
Justis- og politidepartementet.
10. Fordelingsutvalget.
Finansdepartementet.
11. Kredittavtaler.
Justis- og politidepartementet.
12. Et ansvarlig politi.
Justis- og politidepartementet.
13. Bedre pensjonsordninger.
Finansdepartementet.
14. Et helhetlig diskrimineringsvern.
Barne- og likestillingsdepartementet.

NOU

Norges offentlige utredninger

2009: 14

Et helhetlig diskrimineringsvern

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 1. juni 2007.
Avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 19. juni 2009.

Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

Oslo 2009

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1024-9

Lobo Media AS

Til Barne- og likestillingsdepartementet

Diskrimineringslovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 1. juni 2007 for å utarbeide forslag til en samlet diskrimineringslovgivning m.m.

Utvalget avga 11. januar 2008 delinnstillingen NOU 2008: 1 Kvinner og homofile i trossamfunn.

Utvalget legger med dette frem sin utredning med forslag om en samlet diskrimineringslov, og med endringer i enkelte andre lover. Videre har utvalget utredet spørsmålet om ratifikasjon og inkorporering av tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon. Utvalget har også vurdert spørsmålet om grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet.

Oslo 19. juni 2009

Hans Petter Graver
leder

Hege Brækhus

Ronald Craig

Marius Emberland

Bera Ulstein Moseng

Mona Næss

Tolle Stabell

Ann-Marit Sæbønes

Jan Tøssebro

Elisabeth Vigerust
Anne Kirsti Lunde
Elin Rønningen

Forkortelser

Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Direktiv om offentlige anskaffelser	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Diskrimineringsombudsloven	Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne .
ECRI	European commission against racism and intolerance
EFTA	European free trade association (Det europeiske frihandels forbund)
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol.
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon.
ESA	EFTA Surveillance authority (EFTAs overvåkingsorgan).
EU	Den europeiske union.
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
ILO	International labour organisation.
Innst. O.	Innstilling til Odelstinget.
Innst. S.	Innstilling til Stortinget.
FNs kvinnekonvensjon	FNs konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.
FNs rasediskrimineringskonvensjon	FNs konvensjon 21. desember 1965 om anskaffelse av alle former for rasediskriminering.
Forsyningsvirksomhetsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.
Forsikringsavtaleloven	Lov 16. juni 1989 nr. 16 om forsikringsavtaler.
Forsikringsvirksomhetsloven	Lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv.
Likebehandlingsdirektivet (1976)	EUs rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder lik adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (endret ved direktiv 2002/73/EF).
Likebehandlingsdirektivet (2006)	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gjennomførelse af prinsippet om like muligheter for og likebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).
Likelønnsdirektivet	EFs rådsdirektiv 75/117/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.

Lov mot etnisk diskriminering	Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v. (diskrimineringsloven).
MRK	FNs menneskerettskomité.
NAD	Norsk Arbeidsrettslig Domssamling.
Nemnda	Likestillings- og diskrimineringsnemnda (erstattet fra 1. januar 2006 Klagenemnda for likestilling).
NOU	Norges offentlige utredninger.
Ombudet	Likestillings- og diskrimineringsombudet (erstattet fra 1. januar 2006 Likestillingsombudet).
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon.
Rammedirektivet	EUs rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
Rasediskrimineringsdirektivet	EUs rådsdirektiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse.
Svangerskapsdirektivet	EUs rådsdirektiv 92/85/EØF om iverksetting av tiltak som forbedrer helse- og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstaker som nettopp har født eller ammer.
Rt.	Rettstidende.
SOU	Statens offentlige utredninger (Sverige).
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.
St.forh.	Stortingsforhandlinger.
St.meld.	Stortingsmelding.
Straffeloven	Almindelig borgelig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10.
Straffeloven (den nye)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Oversikt over innhold

Del I	Bakgrunn..... 19	19	Særlige regler om ansettelsesforhold.....249
1	Sammendrag..... 21	20	Bevisbyrde271
2	Om utvalget..... 30	21	Oppreisning og erstatning276
3	Diskriminering som fenomen og rettslig begrep..... 37	22	Håndheving. Nemndas kompetanse.....284
4	Internasjonalt vern mot diskriminering..... 44	23	Straff for diskriminering.....288
5	Gjeldende rett i hovedtrekk..... 57	Del III	Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon291
6	Diskrimineringslovgivning i andre land..... 75	24	Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen293
Del II	En samlet lov mot diskriminering..... 93	Del IV	Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet....303
7	Generelle utgangspunkt for en samlet lov 95	25	Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet....305
8	Lovens struktur..... 98	Del V	Utvalgets lovforslag.....323
9	Lovens formål..... 101	26	Forslag til lov om forbud mot diskriminering (diskrimineringsloven)325
10	Lovens saklige virkeområde..... 106	27	Forslag til endringer i Grunnloven, annen lovgivning og forskrifter335
11	Vern for juridiske personer 113	28	Merknader til de enkelte bestemmelser i forslaget.....340
12	Diskrimineringsgrunnlag 120	29	Økonomiske og administrative konsekvenser356
13	Lovens diskrimineringsgrunnlag – utvalgets vurderinger og forslag..... 154	Referanser361
14	Diskriminering på flere grunnlag 180	Vedlegg	
15	Diskrimineringsforbudet..... 184	1	Lovspeil366
16	Unntak for saklig forskjellsbehandling..... 189	2	Janneke Gerards: Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights.....372
17	Aktive tiltak for å fremme likestilling 203		
18	Tilgjengelighet: Universell utforming og individuell tilrettelegging..... 233		

Detaljert innhold

Del I	Bakgrunn	19		
1	Sammendrag	21	4.3.4	FNs konvensjon mot rasediskriminering.....47
1.1	Oversikt.....	21	4.3.5	FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne47
1.2	Del I Bakgrunn.....	21	4.3.6	FNs barnekonvensjon.....48
1.3	Del II En samlet diskrimineringslov ..	22	4.3.7	FNs konvensjon mot diskriminering i undervisning48
1.4	Del III Kapittel 27 Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.....	28	4.4	ILO-konvensjoner.....48
1.5	Del IV Grunnlovfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet	28	4.4.1	ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.....49
1.6	Del V Utvalgets lovforslag	29	4.4.2	ILO-konvensjon nr. 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere for arbeid av lik verdi ...49
1.7	Utvalgets forslag til spørsmål som bør utredes videre.....	29	4.4.3	ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser49
1.8	Vedlegg.....	29	4.4.4	ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater49
2	Om utvalget	30	4.5	Europarådets konvensjoner49
2.1	Utvalgets oppnevning og sammensetning.....	30	4.5.1	Den europeiske menneskerettskonvensjon49
2.2	Utvalgets mandat mv.....	30	4.5.2	Den europeiske sosialpakt50
2.3	Offentlige dokumenter og utredninger	33	4.5.3	Rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter50
2.4	Referansegruppen	34	4.5.4	ECRI50
2.5	Utvalgets arbeid med innstillingen.....	35	4.6	EU- og EØS-rett.....51
3	Diskriminering som fenomen og rettslig begrep	37	4.6.1	Traktatbestemmelser og direktiver om ikke-diskriminering51
3.1	Diskriminering som fenomen	37	4.6.1.1	Grunnleggende rettigheter51
3.2	Det rettslige diskrimineringsbegrepet	39	4.6.1.2	Diskriminering på grunn av nasjonalitet51
3.2.1	Forskjellsbehandling.....	39	4.6.1.3	Oversikt over relevante direktiver.....51
3.2.2	Saklig forskjellsbehandling er ikke diskriminering	40	4.6.1.4	Krav til implementering av direktiver52
3.2.3	Positiv særbehandling.....	41	4.6.1.5	Krav til sanksjoner52
3.2.4	Diskrimineringsgrunnlag	41	4.6.2	Direktiver om kjønnslikestilling52
3.2.5	Direkte og indirekte diskriminering	42	4.6.2.1	Arbeidslivet.....52
4	Internasjonalt vern mot diskriminering	44	4.6.2.2	Varer og tjenester.....53
4.1	Innledning	44	4.6.3	Rammedirektivet.....54
4.2	Generelt om diskrimineringsvernet i internasjonale regler	44	4.6.4	Rasediskrimineringsdirektivet.....54
4.3	FN-konvensjoner	46	4.6.5	Direktivforslag om religion, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering54
4.3.1	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.....	46	4.6.6	Deltidsdirektivet.....56
4.3.2	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.....	46	4.6.7	Direktivet om midlertidig tilsetting.....56
4.3.3	FNs konvensjon mot diskriminering av kvinner	47	4.6.8	Direktivet om vikararbeid56

5	Gjeldende rett i hovedtrekk.....	57	5.5.5	Arbeidsgivers opplysningsplikt ved ansettelse	66
5.1	Innledning	57	5.5.6	Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde, sanksjoner og ugyldighet	66
5.2	Likestillingsloven.....	57	5.6	Sjømannsloven kapittel II A	66
5.2.1	Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde.....	57	5.7	Boliglovene	67
5.2.2	Særregler. Presisering av diskrimineringsforbudet.....	58	5.7.1	Diskrimineringsforbud og virkeområde	67
5.2.3	Unntak	58	5.7.2	Brudd på loven. Bevisbyrde og sanksjoner.....	67
5.2.4	Aktivitets- og redegjørelsesplikt	59	5.8	Håndhevingsapparatet. Diskrimineringsombudsloven	67
5.2.5	Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse	59	5.8.1	Ombudet og nemnda	67
5.2.6	Positiv særbehandling.....	59	5.8.2	Myndighetsområde.....	67
5.2.7	Arbeidsgivers opplysningsplikt.....	59	5.8.3	Ombudets myndighet og oppgaver	68
5.2.8	Læremidler.....	60	5.8.4	Nemndas myndighet. Pålegg om stansing, retting mv.	68
5.2.9	Representasjon i offentlige utvalg.....	60	5.8.5	Opplysningsplikt	69
5.2.10	Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner	60	5.8.6	Straff	69
5.3	Lov mot etnisk diskriminering.....	60	5.8.7	Forholdet til alminnelige domstoler og Arbeidsretten	69
5.3.1	Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde.....	60	5.8.8	Ombudets adgang til partshjelp og til å inngi skriftlig innlegg til domstolene etter tvisteloven	69
5.3.2	Unntak	61	5.9	Strafferettslig vern mot diskriminering	70
5.3.3	Aktivitets- og redegjørelsesplikt	61	5.9.1	Forbud mot diskriminerende og hatefulle ytringer.....	70
5.3.4	Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse	61	5.9.2	Forbud mot nektelse av varer og tjenester	70
5.3.5	Positiv særbehandling.....	62	5.9.3	Andre relevante bestemmelser.....	70
5.3.6	Arbeidsgivers opplysningsplikt.....	62	5.9.4	Nye bestemmelser om strafferettslig vern mot diskriminering i ny straffelov.....	70
5.3.7	Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner.....	62	5.10	Krav til saklighet etter annen lovgivning	71
5.4	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	62	5.10.1	Krav til saklighet som grense for forvaltningens myndighetsutøvelse	71
5.4.1	Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde.....	62	5.10.2	Krav til saklighet som grense for arbeidsgivers styringsrett	71
5.4.2	Unntak	63	5.10.2.1	Styringsretten	71
5.4.3	Aktivitets- og rapporteringsplikt	63	5.10.2.2	Arbeidsmiljølovens vern mot usaklige oppsigelser	72
5.4.4	Positiv særbehandling.....	64	5.10.2.3	Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger	72
5.4.5	Plikt til universell utforming og individuell tilrettelegging.....	64	5.10.2.4	Ulovfestet saklighetskrav ved utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett?	72
5.4.6	Arbeidsgivers opplysningsplikt ved ansettelse.....	64	5.10.3	Krav om saklig grunn for forsikringsnekt	73
5.4.7	Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner	64			
5.5	Arbeidsmiljøloven kapittel 13.....	65			
5.5.1	Diskrimineringsforbud og virkeområde.....	65			
5.5.2	Unntak	65			
5.5.3	Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse	65			
5.5.4	Positiv særbehandling.....	66			

6	Diskrimineringslovgivning i andre land	75
6.1	Innledning	75
6.2	Sverige	75
6.2.1	Innledning	75
6.2.2	Grunnloven	75
6.2.3	Diskrimineringsloven	76
6.2.4	Håndheving	77
6.3	Finland	77
6.3.1	Innledning	77
6.3.2	Grunnloven	77
6.3.3	Likebehandlingsloven	77
6.3.4	Likestillingsloven.....	78
6.3.5	Håndheving	80
6.3.6	Reform av diskrimineringslovgivningen	80
6.4	Danmark.....	81
6.4.1	Innledning	81
6.4.2	Lover om kjønnsdiskriminering	81
6.4.3	Forskjellsbehandlingsloven.....	82
6.4.4	Lov om etnisk likebehandling	83
6.4.5	Bevisbyrde og reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudet	83
6.4.6	Håndheving	83
6.5	Irland.....	84
6.5.1	Innledning	84
6.5.2	Likebehandlingsloven	84
6.5.3	Lov om likebehandling i arbeidslivet	84
6.5.4	Håndheving	85
6.6	Nederland.....	86
6.6.1	Innledning	86
6.6.2	Grunnlovsværn	86
6.6.3	Ratifiserte internasjonale konvensjoner gjelder som lov	86
6.6.4	Diskrimineringslovgivningen.....	86
6.6.5	Likebehandlingsloven	86
6.6.6	Loven om likebehandling i arbeidslivet uavhengig av alder	87
6.6.7	Håndheving	88
6.7	Canada	88
6.7.1	Innledning	88
6.7.2	Grunnlovsværn	88
6.7.3	Diskrimineringslovgivningen.....	88
6.7.4	Den føderale menneskerettsloven	88
6.7.5	Quebecs menneskerettslov	89
6.7.6	Ontarios menneskerettslov	90
6.7.7	Reaksjoner ved brudd på diskrimineringslovgivningen	91
6.7.8	Håndheving	91

Del II	En samlet lov mot diskriminering	93
7	Generelle utgangspunkt for en samlet lov	95
7.1	En generell tilnærming.....	95
7.2	Harmonisering.....	96
7.3	Ikke svekke dagens vern.....	96
7.4	Styrket vern	96
7.5	Lovens funksjon som normsetter og symbol.....	97
7.6	Eksisterende håndhevingsapparat	97
7.7	Internasjonale regler.....	97
8	Lovens struktur	98
8.1	Diskrimineringsloven	98
8.2	Sektorlovgivningen	98
8.3	Lovens oppbygging.....	99
9	Lovens formål	101
9.1	Fremme likestilling	101
9.1.1	Likeverd	101
9.1.2	Like muligheter og rettigheter	101
9.1.3	Tilgjengelighet og tilrettelegging	102
9.1.4	Likestilling gjelder mennesker	103
9.2	Diskrimineringslovgivning som virkemiddel for å fremme likestilling.....	103
9.3	Lovens formålsbestemmelse.....	103
9.3.1	Gjeldende formålsbestemmelser.....	103
9.3.2	Utvalgets forslag.....	103
10	Lovens saklige virkeområde	106
10.1	Gjeldende rett	106
10.1.1	Likestillingsloven	106
10.1.2	Lov mot etnisk diskriminering.....	106
10.1.3	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.....	107
10.1.4	Arbeidsmiljøloven og boliglovgivningen	107
10.2	Utvalgets vurdering og forslag	107
10.2.1	Alle samfunnsområder.....	107
10.2.2	Trossamfunn mv.....	108
10.2.3	Familieliv og andre personlige forhold	108
11	Vern for juridiske personer	113
11.1	Innledning	113
11.2	Gjeldende rett.....	113
11.3	Internasjonale regler.....	114
11.3.1	EU- og EØS-rett.....	114

11.3.2	Den europeiske menneskerettskonvensjon.....	114	12.8.1	Lovvern.....	130
11.4	Nordisk rett.....	115	12.8.2	Begrepet.....	131
11.5	Utvalgets vurderinger og forslag	116	12.8.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av politisk syn.....	131
11.5.1	Utgangspunkter.....	116	12.8.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov.....	131
11.5.2	Vernede rettssubjekter	116	12.9	Seksuell orientering.....	131
11.5.3	Forekomsten av diskriminering.....	116	12.9.1	Lovvern.....	131
11.5.4	Juridiske personers vern etter annet regelverk.....	117	12.9.2	Begrepet.....	132
11.5.5	Utvalgets vurdering.....	117	12.9.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering	132
11.5.6	Utvalgets forslag.....	119	12.9.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov.....	134
12	Diskrimineringsgrunnlag	120	12.10	Kjønnsidentitet og -uttrykk (transpersoner)	134
12.1	Innledning	120	12.10.1	Lovvern.....	134
12.2	Kriterier for identifikasjon av diskrimineringsgrunnlag	120	12.10.2	Begrepet.....	135
12.3	Kjønn.....	121	12.10.3	Forekomst av forskjellsbehandling av transpersoner.....	137
12.3.1	Lovvern	121	12.10.4	Spørsmålet om vern i en samlet lov.....	138
12.3.2	Begrepet	121	12.11	Helse.....	138
12.3.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av kjønn	121	12.11.1	Lovvern.....	138
12.3.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	122	12.11.2	Begrepet.....	138
12.4	Etnisitet	122	12.11.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av helse. Hiv-positive	139
12.4.1	Lovvern.....	122	12.11.4	Spørsmålet om vern i en samlet lov	140
12.4.2	Begrepet	122	12.12	Utseende	140
12.4.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av etnisitet.....	123	12.13	Overvekt.....	141
12.4.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	123	12.14	Rusavhengige, straffedømte og andre sosialt utsatte grupper	142
12.5	Religion og livssyn.....	123	12.15	Omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående)	143
12.5.1	Lovvern.....	123	12.15.1	Lovvern.....	143
12.5.2	Begrepet	124	12.15.2	Begrepet.....	145
12.5.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn	124	12.15.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver.....	145
12.5.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	124	12.15.4	Spørsmålet om vern i en samlet lov	146
12.6	Funksjonsnedsettelse	124	12.16	Sivilstand	146
12.6.1	Lovvern.....	124	12.17	Fødsel	147
12.6.2	Begrepet	125	12.18	Sosial opprinnelse	147
12.6.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse.....	126	12.19	Eiendom og økonomisk stilling.....	147
12.6.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	126	12.20	Bosted.....	147
12.7	Alder	126	12.21	Statsborgerskap.....	148
12.7.1	Lovvern.....	126	12.22	Medlemskap i arbeidstakerforening	149
12.7.2	Begrepet	128	12.22.1	Lovvern.....	149
12.7.3	Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av alder	128	12.22.2	Begrepet.....	149
12.7.3.1	Høy alder	128	12.22.3	Forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon	150
12.7.3.2	Lav alder	129			
12.7.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	130			
12.8	Politisk syn	130			

12.22.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	151
12.23	Deltidsansettelse og midlertidig ansettelse.....	151
12.23.1	Lovvern	151
12.23.2	Begrepene	151
12.23.3	Bakgrunn.....	152
12.23.4	Spørsmålet om vern i en ny samlet lov	153
13	Lovens diskrimineringsgrunnlag – utvalgets vurderinger og forslag.....	154
13.1	Spørsmål og utgangspunkter	154
13.2	Utvalgets forslag – oversikt.....	154
13.3	Liste over diskrimineringsgrunnlag	155
13.4	Uttømmende liste eller sekkekategori	156
13.4.1	Gjeldende regler	156
13.4.2	Menneskerettslige krav	157
13.4.3	Sammenhengen med lovens formål.....	159
13.4.4	Konsekvenser av en sekkekategori	160
13.4.5	Kriterier for identifisering	163
13.4.6	Uklarhet, svak forutsigbarhet og rettsusikkerhet?.....	164
13.4.7	Utvalgets forslag	164
13.5	Spørsmålet om nye grunnlag	167
13.5.1	Kjønnsidentitet og -uttrykk (transpersoner)	167
13.5.2	Helse	169
13.5.3	Omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående).....	170
13.5.4	Overvekt	171
13.5.5	Utseende.....	171
13.5.6	Rusavhengige og straffedømte.....	171
13.5.7	Utvalgets forslag	171
13.6	Utvidet virkeområde for noen grunnlag	172
13.6.1	Politisk syn	173
13.6.2	Seksuell orientering	173
13.6.3	Alder	174
13.7	Grunnlag som kun reguleres i arbeidsmiljøloven	176
13.7.1	Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon	177
13.7.2	Deltidsansettelse og midlertidig ansettelse	177
13.7.3	Endringer i arbeidsmiljøloven.....	179

14

14.1	Innledning	180
14.2	Begreper og tilnæringsmåter	180
14.3	Gjeldende rett. Praksis fra håndhevingsorganene	180
14.4	Internasjonale regler.....	181
14.5	Utenlandsk rett.....	181
14.6	Utvalgets vurderinger og forslag.....	182

Diskriminering på flere grunnlag

180
180
180
181
181
182

15

15.1	Innledning	184
15.2	Prinsipielle utgangspunkt.....	184
15.3	Liste over diskrimineringsgrunnlag.....	185
15.4	Forbud mot direkte og indirekte diskriminering	185
15.5	Eksisterende, antatte, tidligere og fremtidige forhold	186
15.6	Tilknytningsdiskriminering	186
15.6.1	Innledning	186
15.6.2	Gjeldende rett	187
15.6.3	Utenlandsk rett.....	187
15.6.4	Internasjonale forpliktelser	187
15.6.5	Utvalgets vurdering og forslag	187

Diskrimineringsforbudet.....

184
184
184
185
185
186
186
186
187
187
187
187
187

16

16.1	Innledning	189
16.2	Gjeldende unntaksregler.....	189
16.3	Harmonisering av gjeldende unntak.....	190
16.4	Nærmere om saklighetsvurderingen	191
16.4.1	Innledning	191
16.4.2	Saklig formål.....	192
16.4.3	Nødvendig for å oppnå formålet	192
16.4.4	Ikke uforholdsmessig inngripende ...	192
16.5	Arbeidsforhold. Krav om nødvendighet	193
16.6	Aldersgrenser i arbeidslivet	193
16.6.1	Gjeldende rett	194
16.6.2	EU-retten	194
16.6.3	Utenlandsk rett.....	195
16.6.4	Utvalgets vurderinger og forslag	195
16.7	Spørsmålet om særlige unntak for visse områder.....	198
16.7.1	Trossamfunn.....	198
16.7.2	Forsikring	199
16.7.3	Utvalgets forslag.....	200
16.8	Forskriftshjemler	201

Unntak for saklig forskjellsbehandling

189
189
189
191
191
192
192
192
193
193
194
194
195
195
198
198
199
200
201

16.8.1	Kvinner i Forsvaret.....	201	17.3.1.3	Utvalgets vurderinger og forslag.....	219
16.8.2	Rekkevidden av unntaksadgangen med hensyn til alder.....	201	17.3.2	Utdanningsinstitusjoners aktivitetsplikt. Krav til læremidler.....	220
16.9	Utvalgets forslag til unntaksregler – oppsummering.....	201	17.3.2.1	Innledning.....	220
17	Aktive tiltak for å fremme likestilling.....	203	17.3.2.2	Gjeldende rett.....	220
17.1	Innledning.....	203	17.3.2.3	Utvalgets vurderinger og forslag.....	222
17.2	Arbeidsgivers aktivitetsplikt.....	203	17.3.3	Arbeidslivets organisasjoner.....	222
17.2.1	Innledning.....	203	17.3.3.1	Innledning.....	222
17.2.2	Gjeldende rett.....	203	17.3.3.2	Gjeldende rett.....	223
17.2.2.1	Arbeidsgivers plikt til å arbeide aktivt for likestilling og like muligheter.....	203	17.3.3.3	Utvalgets vurderinger og forslag.....	223
17.2.2.2	Internkontroll.....	206	17.4	Representasjon i offentlige utvalg.....	224
17.2.2.3	Arbeidsgivers plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.....	206	17.4.1	Innledning.....	224
17.2.3	Internasjonale forpliktelser.....	207	17.4.2	Gjeldende rett.....	224
17.2.3.1	EØS-rettslige forpliktelser.....	207	17.4.2.1	Likestillingsloven.....	224
17.2.3.2	FN-konvensjoner.....	207	17.4.2.2	Øvrige regler om kjønnsrepresentasjon.....	224
17.2.3.3	ECRIs fjerde rapport om Norge.....	208	17.4.3	Utvalgets vurderinger og forslag.....	224
17.2.4	Utenlandsk rett.....	208	17.5	Offentlige anskaffelser.....	225
17.2.4.1	Sverige.....	208	17.5.1	Innledning.....	225
17.2.4.2	Finland.....	209	17.5.2	Gjeldende rett.....	226
17.2.4.3	Danmark.....	209	17.5.3	EUs regler om offentlige anskaffelser.....	226
17.2.4.4	Irland.....	209	17.5.4	Utenlandsk rett.....	227
17.2.5	Utvalgets vurderinger og forslag.....	210	17.5.4.1	Sverige.....	227
17.2.5.1	Behovet for aktive tiltak.....	210	17.5.4.2	USA.....	227
17.2.5.2	Svakheter ved gjeldende regler.....	211	17.5.4.3	Canada.....	227
17.2.5.3	Grunnprinsipper for utforming av aktivitetsplikten.....	211	17.5.4.4	Storbritannia.....	228
17.2.5.4	Aktivitetsplikt på alle diskrimineringsgrunnlag.....	212	17.5.5	Utvalgets vurdering.....	228
17.2.5.5	Særlig om aktivitetsplikt knyttet til sekkekategori.....	213	17.5.5.1	Problemstilling.....	228
17.2.5.6	Aktivitetsplikt for alle virksomheter.....	213	17.5.5.2	Mulige tiltak.....	228
17.2.5.7	Aktivitetsplikten konkretiseres i forskrift.....	214	17.5.5.3	Egenerklæring om oppfyllelse av arbeidsgivers aktivitetsplikt.....	229
17.2.5.8	Konkretisering og eksemplifisering av utvalgets forslag.....	214	17.5.6	Utvalgets forslag.....	231
17.2.5.9	Implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet.....	216	18	Tilgjengelighet:	
17.2.5.10	Medvirkning av arbeidstakers representanter.....	217		Universell utforming og individuell tilrettelegging.....	233
17.2.5.11	Håndheving.....	217	18.1	Innledning.....	233
17.2.5.12	Gjeldende redegjørelsesplikt oppheves.....	218	18.2	Gjeldende rett.....	233
17.3	Aktivitetsplikt for andre pliktsubjekter.....	218	18.2.1	Universell utforming.....	233
17.3.1	Offentlige myndigheter.....	218	18.2.1.1	Aktivitetsplikt.....	233
17.3.1.1	Innledning.....	218	18.2.1.2	Plikt til universell utforming.....	234
17.3.1.2	Gjeldende rett.....	218	18.2.2	Henvvisning til plan- og bygningsloven.....	235
			18.2.3	Universell utforming av IKT rettet mot allmennheten.....	235
			18.2.4	Individuell tilrettelegging.....	236
			18.2.4.1	Krav om «rimelig» og «ikke uforholdsmessig byrde».....	236
			18.2.4.2	Forholdet til sektorlovgivningen.....	237
			18.2.5	Forholdet mellom det generelle diskrimineringsforbudet og manglende tilrettelegging.....	237
			18.3	Pågående utredningsarbeid.....	238

18.4	Internasjonale regler	238	19.2.5.1	Likelønnsbestemmelsen videreføres	258
18.4.1	FN-konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne	238	19.2.5.2	Likelønnsbestemmelsen skal fortsatt bare gjelde kjønn.....	259
18.4.2	EU- og EØS-rett	238	19.2.5.3	Forskriftshjemmelen oppheves	259
18.4.2.1	Rammedirektivet	238	19.3	Innhenting av opplysninger ved ansettelse	259
18.4.2.2	Direktivforslag. Om religion, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering	239	19.3.1	Innledning	259
18.4.2.3	Transportsektoren.....	239	19.3.2	Gjeldende rett.....	260
18.5	Utvalgets vurderinger og forslag	239	19.3.2.1	Arbeidsmiljøloven	260
18.5.1	Utgangspunkter.....	239	19.3.2.2	Lov mot etnisk diskriminering. Religiøse og kulturelle spørsmål	261
18.5.2	Forholdet mellom diskrimineringsforbudet og tilretteleggingsreglene	240	19.3.2.3	Likestillingsloven. Graviditet og familieplanlegging	261
18.5.2.1	Tilrettelegging og diskriminering	240	19.3.3	Utvalgets vurderinger og forslag.....	261
18.5.2.2	Tilretteleggingsplikten er uttømmende regulert	241	19.3.3.1	Plassering av forbudene mot innhenting av opplysninger	261
18.5.3	Informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)	243	19.3.3.2	Helseopplysninger	261
18.5.4	Universell utforming på arbeidsplasser og i utdanningsinstitusjoner	244	19.3.3.3	Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon	262
18.5.4.1	Rettet mot allmennheten	244	19.3.3.4	Henvisning fra diskrimineringsloven til arbeidsmiljøloven?.....	262
18.5.4.2	Utvidet plikt til universell utforming?	245	19.4	Arbeidsgivers opplysningsplikt	263
18.5.5	Stedlig virkeområde for reglene om individuell tilrettelegging	247	19.4.1	Innledning	263
18.5.6	Noen lovtekniske spørsmål	247	19.4.2	Gjeldende rett.....	263
18.5.6.1	Individuell tilrettelegging	247	19.4.2.1	Arbeidsgivers opplysningsplikt etter diskrimineringslovgivningen	263
18.5.6.2	Henvisningen til plan- og bygningsloven oppheves	248	19.4.2.2	Opplysningsplikt etter annen lovgivning	264
19	Særlige regler om ansettelsesforhold	249	19.4.2.3	Personopplysningsloven.....	265
19.1	Innledning	249	19.4.3	Internasjonale regler.....	265
19.2	Likelønn.....	249	19.4.4	Utenlandsk rett.....	265
19.2.1	Gjeldende rett	249	19.4.4.1	Sverige.....	265
19.2.1.1	Likestillingsloven.....	249	19.4.4.2	Finland.....	267
19.2.1.2	Arbeidsmiljøloven.....	253	19.4.4.3	Danmark	268
19.2.1.3	Lov mot etnisk diskriminering.....	253	19.4.5	Utvalgets vurderinger og forslag.....	268
19.2.1.4	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	253	19.4.5.1	Opplysningsplikt om lønn	268
19.2.2	Internasjonale regler	253	19.4.5.2	Behov for opplysninger om lønn	268
19.2.3	Utenlandsk rett	254	19.4.5.3	Hvilke opplysninger bør omfattes?.....	269
19.2.4	Utvalgets vurderinger	255	19.4.5.4	Hvem kan kreve opplysningene fremlagt?.....	269
19.2.4.1	Prinsipielle spørsmål.....	255	19.4.5.5	Hvordan opplysningene skal fremlegges	270
19.2.4.2	Likelønnsbestemmelsens historiske og politiske betydning.....	255	19.4.5.6	Vurdering av ytterligere opplysningsplikt i eksisterende arbeidsforhold	270
19.2.4.3	Likelønn og øvrige diskrimineringsgrunnlag	255	20	Bevisbyrde	271
19.2.4.4	Likelønnsbestemmelsens rettslige betydning	256	20.1	Innledning	271
19.2.5	Utvalgets forslag.....	258	20.2	Gjeldende rett	271
			20.3	EU- og EØS-rett	271
			20.4	Utvalgets vurdering	272
			20.4.1	Utgangspunkter og bærende hensyn.....	272

20.4.2	Effektiv håndheving	273	24.4.2	Diskrimineringsforbudets virkeområde. Selvstendige og aksessoriske diskrimineringsforbud	294
20.4.3	Rettsikkerhet	273	24.4.3	Diskrimineringsforbudets virkeområde. Lovbestemte rettigheter	295
20.4.4	Ulike hensyn på ulike samfunnsområder?	273	24.4.4	Positive forpliktelser og indirekte horisontal virkning	295
20.4.5	Sekke kategorien	275	24.4.5	Vern for juridiske personer	297
20.5	Utvalgets forslag	275	24.5	Forholdet mellom tilleggsprotokoll nr. 12 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26	297
21	Oppreisning og erstatning	276	24.6	Rettslige konsekvenser av ratifikasjon av tilleggsprotokollen	297
21.1	Innledning	276	24.7	Utvalgets vurderinger og anbefalinger	298
21.2	Gjeldende rett	276	24.7.1	Innledning	298
21.2.1	Alminnelige erstatningsregler	276	24.7.2	Ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12	298
21.2.2	Særregler i diskrimineringslovene	276	24.7.3	Inkorporering i menneskerettsloven eller diskrimineringsloven	301
21.2.3	EU-rett	277			
21.2.4	Nordisk rett	278	Del IV	Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet	303
21.2.4.1	Sverige	278	25	Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet	305
21.2.4.2	Finland	278	25.1	Bakgrunn	305
21.2.4.3	Danmark	278	25.2	Andre lands rett	306
21.3	Utvalgets vurderinger	279	25.2.1	Sverige	306
21.3.1	Skyldkravet	279	25.2.2	Finland	307
21.3.2	Utmåling og lemping	281	25.2.3	Island	307
21.3.3	Brudd på plikten til universell utforming	282	25.2.4	Irland	308
21.4	Utvalgets forslag	283	25.2.5	Nederland	308
22	Håndheving. Nemndas kompetanse	284	25.2.6	Canada	308
22.1	Innledning	284	25.3	Generelle utgangspunkter	308
22.2	Gjeldende rett	284	25.4	Grunnlovens menneskerettsvern	309
22.3	EU-rett	285	25.4.1	Grunnloven og ikke-diskriminering	309
22.4	Utenlandsk rett	285	25.4.2	Relevante bestemmelser i Grunnloven	310
22.5	Bakgrunn	285	25.4.2.1	Religionsfriheten § 2 og ytringsfriheten § 100	310
22.6	Saksbehandlingen i nemnda	285	25.4.2.2	Grunnloven § 110 c om menneskerettighetene	311
22.7	Utvalgets vurderinger og forslag	286	25.4.2.3	Grunnloven § 110 første ledd om retten til arbeid	312
23	Straff for diskriminering	288	25.4.2.4	Grunnloven § 110 a om samers rettigheter	312
23.1	Innledning	288	25.4.2.5	Grunnloven § 110 b om miljøvern	312
23.2	Gjeldende rett	288	25.5	Oversikt over sentrale konsekvenser av grunnlovsfesting	313
23.3	Utvalgets vurdering og forslag	288			
Del III	Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon	291			
24	Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen	293			
24.1	Innledning	293			
24.2	Introduksjon	293			
24.3	Utredning	293			
24.4	Diskrimineringsvernet etter EMK tilleggsprotokoll nr. 12 og konvensjonens artikkel 14	294			
24.4.1	Diskrimineringsgrunnlag	294			

25.5.1	Skranke for lovgiver	313	28	Merknader til de enkelte bestemmelser i forslaget	340
25.5.2	Domstolenes prøvelsesrett overfor Stortinget som lovgiver	314	28.1	Merknader til lov om forbud mot diskriminering	340
25.5.3	Moment ved lovtolkning.....	315	28.2	Merknader til ny bestemmelse i Grunnloven	353
25.5.4	Plikter for staten	315	28.3	Merknader til endringer i andre lover	353
25.5.5	Plikter for andre.....	315	29	Økonomiske og administrative konsekvenser	356
25.5.6	Symbol- og signalfunksjonen	315	29.1	Harmonisering.....	356
25.5.7	Internasjonale perspektiver.....	316	29.2	Vurdering av nytte og kostnader	356
25.5.8	Lovtekniske utfordringer.....	316	29.2.1	En samlet diskrimineringslov	356
25.6	Utformingen av en grunnlovsbestemmelse.....	316	29.2.1.1	Utvidet diskrimineringsvern f or seksuell orientering og politisk syn	356
25.7	Utvalgets vurderinger og forslag	318	29.2.1.2	Diskriminering på grunnlag som påberopes under sekkekategorien ...	357
25.7.1	Spørsmålet om det bør vedtas en grunnlovsbestemmelse.....	318	29.2.1.3	Aktivitetsplikt for arbeidsgivere	357
25.7.2	Utformingen.....	320	29.2.1.4	Andre forslag	359
25.7.3	Plassering.....	322	29.2.1.5	Konsekvenser for ombudet og nemnda	359
Del V	Utvalgets lovforslag	323	29.3	Andre forslag	360
26	Forslag til lov om forbud mot diskriminering (diskrimineringsloven)	325	29.3.1	Grunnlovsendring	360
26.1	Oversikt over lovens bestemmelser.....	325	29.3.2	Offentlige anskaffelser.....	360
26.2	Lovforslag.....	326	29.4	Uendret ressursbruk	360
27	Forslag til endringer i Grunnloven, annen lovgivning og forskrifter	335	Referanser	361	
27.1	Forslag til ny bestemmelse § 110 d i Grunnloven	335	Vedlegg		
27.2	Endringer i annen lovgivning.....	335	1	Lovspeil	366
27.3	Forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt.....	336	2	Janneke Gerards: Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights.....	372
27.4	Forskrift om offentlige anskaffelser .	337			

Del I
Bakgrunn

Kapittel 1

Sammendrag

1.1 Oversikt

Formålet med diskrimineringslovutvalgets utredning har vært å samle vernet mot diskriminering i én lov, og å sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning.

Utvalget legger i denne innstillingen frem forslag til en lov mot diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person. Utvalget har også vurdert og tatt stilling til spørsmålet om grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet og om Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Innstillingen består av fem deler. Den innledende delen om bakgrunnen, kapitlene 1-10, har sammendrag av innstillingen, presentasjon av utvalget, utvalgets mandat, redegjørelse for utvalgets arbeid osv. Videre gis det en oversikt over gjeldende regler, internasjonale regler og utenlandsk rett. I del II legger utvalget frem sitt forslag til en samlet lov mot diskriminering. I del III drøfter utvalget spørsmålet om Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon. I del IV drøfter utvalget spørsmålet om en grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering og legger frem forslag til en grunnlovsbestemmelse. Til slutt i del V legger utvalget frem forslag til lovtekst og endringer i andre lover, med merknader og en vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget.

1.2 Del I Bakgrunn

Kapittel 1 og 2 Innledende kapitler

Kapittel 1 inneholder et sammendrag av innstillingen. Kapittel 2 gjør rede for oppnevningen av

utvalget, utvalgets mandat, bakgrunnen for at utvalget ble oppnevnt, utvalgets referansegruppe og utvalgets arbeid.

Kapittel 3 Diskriminering som fenomen og rettslig begrep

I dette kapitlet beskrives ulike fenomener og mekanismer som fører til at noen personer eller grupper får en dårligere stilling i samfunnet enn andre. Det kan være tale om usaklig forskjellsbehandling, eller trakassering, basert på fordommer eller stereotypier. Det kan også være tale om likebehandling som får skjev virkning slik at noen kommer dårligere ut enn andre. Andre eksempler er manglende tilgjengelighet eller systemisk (strukturell) diskriminering.

Det rettslige diskrimineringsbegrepet – som er tema for utvalgets innstilling – kan beskrives som usaklig direkte eller indirekte forskjellsbehandling som kan knyttes til et eller flere diskrimineringsgrunnlag.

Kapittel 4 Internasjonalt vern mot diskriminering

I dette kapitlet gis det en oversikt over vernet mot diskriminering i internasjonale menneskerettskonvensjoner og EU-regler. Ikke-diskriminering er et alminnelig menneskerettslig prinsipp som er nedfelt i en rekke menneskerettighetskonvensjoner. Slike konvensjoner er FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter artikkel 26, FNs barnekonvensjon, FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon, FNs konvensjon om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne og ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold. På europeisk nivå er det Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 14 og tilleggsprotokoll nr. 12 som er de mest sentrale. Norge har ratifisert alle disse, bortsett fra FNs konvensjon om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne og tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon der ratifikasjon er under vurdering.

EU har ikke-diskrimineringsbestemmelser i traktaten og i en rekke direktiver. Norge er kun bundet av EUs direktiver om kjønnslikestilling i arbeidslivet gjennom EØS-avtalen.

Kapittel 5 Gjeldende rett i hovedtrekk

Utvalget gir her en oversikt over diskrimineringsvernet etter norsk rett. Vernet mot diskriminering på grunn av personlige egenskaper eller oppfatninger er i dag spredt på ulike lover. Diskrimineringsvernet er ulikt avhengig av hva som er grunnlaget for diskrimineringen. Kjernen i diskrimineringslovgivningen er at den gir vern mot usaklig forskjellsbehandling. Krav til saklighet følger også av annen lovgivning.

Vi har forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, inkludert graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon, i likestillingsloven fra 1978. Forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn følger av lov mot etnisk diskriminering fra 2005. Forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er regulert i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven fra 2008. Denne loven har også regler om universell utforming og individuell tilrettelegging. Disse lovene gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder. Arbeidsmiljøloven setter forbud mot diskriminering i arbeidsforhold på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, alder, midlertidig ansettelse eller deltidsansettelse. Vi har også forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, seksuell orientering og nedsatt funksjonsevne i boliglovene. I tillegg er det et strafferettslig vern mot diskriminering og mot hatefulle ytringer i straffeloven.

Diskrimineringslovene håndheves av særskilte håndhevingsorganer, Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (ombudet og nemnda).

Kapittel 6 Diskrimineringslovgivning i andre land

I dette kapitlet gis det en oversikt over diskrimineringsvernet i Sverige, Danmark, Finland, Nederland, Irland og Canada. Samlet gir disse landenes lovgivning ulike eksempler på implementering av EU-rettslige krav, på diskrimineringslover som gjelder mange diskrimineringsgrunnlag, på land som har en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag (sekkekategori) i sin lovgivning, som har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskon-

vensjon og som har grunnlovsfestet ikke-diskrimineringsprinsippet.

1.3 Del II En samlet diskrimineringslov

Utvalget skal ifølge mandatet utrede og komme med ett eller flere forslag til én samlet lov mot diskriminering. Dette er hovedoppgaven for utvalget. Utvalget legger frem ett forslag til lov om forbud mot diskriminering, med kortformen «diskrimineringsloven». Utvalget står samlet bak forslaget som helhet, men har delt seg i et flertall og et mindretall i enkelte spørsmål.

Kapittel 7 Generelle utgangspunkt for en samlet lov

Utvalget har lagt til grunn en generell tilnærming, som karakteriseres ved at vernet mot diskriminering gjelder generelt på de fleste samfunnsområder og er felles for flere diskrimineringsgrunnlag. Harmonisering av gjeldende diskrimineringsregler har vært et sentralt premiss for arbeidet med å samle diskrimineringsreglene. Ifølge mandatet skal utvalgets forslag ikke svekke gjeldende diskrimineringsvern. Et av formålene med en samlet diskrimineringslov er tvert imot å styrke diskrimineringsvernet. En diskrimineringslovs fremste funksjon er at den fastsetter rettigheter og plikter. Utvalgets målsetting har derfor i størst mulig grad vært å foreslå regler som både formelt og reelt kan håndheves. Utvalget har imidlertid også sett hen til lovens symbolfunksjon. Det følger av utvalgets mandat at prinsippene for organiseringen av håndhevingsapparatet (det vil si ombudet og nemnda) i all hovedsak skal bestå som i dag. Utvalget har videre i samsvar med mandatet lagt vekt på internasjonale regler på området, også regler som Norge ikke er rettslig bundet av.

Kapittel 8 Lovens struktur

Den nye diskrimineringsloven skal erstatte alle gjeldende diskrimineringslover. Likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven vil som en følge av dette bli opphevet. Det samme gjelder diskrimineringsombudsloven. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 videreføres med visse endringer som konsekvens av at noen diskrimineringsgrunnlag overføres til den nye loven. I tillegg tas det inn en henvisning til diskrimineringsloven i arbeidsmiljøloven. Sjømannslovens diskrimineringsregler endres tilsva-

rende. I tillegg tas det inn en henvisning til diskrimineringsloven i arbeidsmiljøloven. Diskrimineringsreglene i boliglovene foreslås opphevet.

Den nye diskrimineringsloven får følgende kapitler:

1. Forbud mot diskriminering
2. Universell utforming og individuell tilrettelegging
3. Aktive tiltak for å fremme likestilling
4. Særlige regler om ansettelsesforhold
5. Bevisbyrde, oppreisning og erstatning
6. Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda m.m.
7. Straff
8. Ikrafttredelse

Kapittel 9 Lovens formål

Utvalget har tatt utgangspunkt i at alle mennesker er like verdifulle og har samme menneskeverd, og at det bør være et mål å fremme likestilling uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forhold. Utvalget foreslår at lovens formål skal være å fremme likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging. Se lovforslaget § 1.

Kapittel 10 Lovens saklige virkeområde

Utvalget foreslår at loven skal gjelde på alle samfunnsområder på samme måte som likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Utvalget legger til grunn som prinsipp for lovutformingen at lovens unntaksregler skal formuleres som unntak fra diskrimineringsforbudet og ikke fra lovens virkeområde. Utvalget mener imidlertid at ombudet og nemnda ikke bør håndheve et diskrimineringsforbud på privatlivets område. Utvalgets flertall foreslår derfor at loven ikke skal gjelde familieliv og andre rent personlige forhold, jf. lovforslaget § 2 første ledd. Et mindretall foreslår at loven bør gjelde også på disse områdene, med mulighet for håndheving av domstolene.

Kapittel 11 Vern for juridiske personer

Utvalget foreslår at det kun skal være enkeltpersoner (individer, fysiske personer) som skal være vernet av diskrimineringsloven. Virksomheter,

organisasjoner og andre juridiske personer bør ikke ha rettigheter etter loven, på samme måte som etter dagens diskrimineringslover. Målet om å fremme likestilling gjennom diskrimineringslovgivningen knyttes til individer. Det er *mennesker* som skal være likestilte. Det er ikke diskrimineringslovgivningens oppgave å gi like vilkår for virksomheter, selskaper, organisasjoner og andre juridiske personer.

Kapittel 12 Diskrimineringsgrunnlag

Utvalget har i samsvar med mandatet laget en katalog over gjeldende og mulige nye grunnlag for diskriminering. Et diskrimineringsgrunnlag er et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle noen forskjellig fra andre i en tilsvarende situasjon. Diskrimineringsgrunnlagets funksjon i lovgivningen er å angi et forhold som i utgangspunktet ikke kan begrunne dårligere behandling av mennesker.

Utvalget gjør i dette kapitlet rede for gjeldende diskrimineringsvern, hva grunnlaget omfatter (begrepet) og forekomsten av forskjellsbehandling. Utvalget har deretter vurdert behovet for diskrimineringsvern på de ulike grunnlagene.

Utvalget har sett nærmere på følgende grunnlag (i tilfeldig rekkefølge): Kjønn, etnisitet, religion og livssyn, funksjonsnedsettelse, alder, seksuell orientering, politisk syn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner), helse (inkludert hiv-positive), utseende, overvekt, omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående), straffedømte, rusavhengige og andre sosialt utsatte grupper, statsborgerskap, fødsel, sosial opprinnelse, sivilstand, bosted, eiendom og økonomisk stilling, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, midlertidig ansettelse og deltidsansettelse.

Kapittel 13 Lovens diskrimineringsgrunnlag – utvalgets vurderinger og forslag

Utvalget har vurdert om loven bør ha en liste over diskrimineringsgrunnlag, hvilke grunnlag som i tilfelle skal inngå i listen og om diskrimineringsvernet bør utvides til nye grunnlag og samfunnsområder. Utvalget har også vurdert om noen diskrimineringsgrunnlag fortsatt skal reguleres i arbeidsmiljøloven.

Utvalget foreslår at diskrimineringsvernet fortsatt skal være knyttet til en oppregning av diskrimineringsgrunnlag i loven. Utvalget foreslår at diskrimineringsgrunnlagene i en samlet diskrimineringslov blir kjønn, graviditet, permisjon ved

fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder, jf. lovforslaget § 4 første ledd første punktum. Utvalget foreslår med dette ingen nye diskrimineringsgrunnlag.

Utvalgets flertall foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke skal være uttømmende, men at den skal suppleres med sekkekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person» (jf. lovforslaget § 4 første ledd andre punktum). En sekkekategori vil bety at også visse former for diskriminering på grunnlag som ikke er oppregnet vil kunne påberopes i særlige tilfeller. Utvalget presiserer at sekkekategorien ikke skal kunne påberopes i alle tilfeller av usaklig forskjellsbehandling. Formålet med en sekkekategori er å ha en fleksibel norm for å fange opp grensetilfeller, tilfeller som likner opplistede grunnlag eller tilfeller som det vil være støtende å holde utenfor vernet. Det siktes kun til grunnlag som har sammenheng eller likhet med de opplistede grunnlagene, i form av personlige forhold som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder. Eksempler på grunnlag som etter omstendighetene vil kunne påberopes under denne sekkekategorien vil være kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner), omsorg for nærstående (omsorgsoppgaver), helse, rusavhengighet, utseende, overvekt eller det at en person er straffedømt. Sekkekategorien vil også kunne påberopes i særlige tilfeller ved forskjellsbehandling på grunn av alder utenfor arbeidsforhold, jf. forslaget nedenfor. Hvorvidt forskjellsbehandlingen vil være i strid med diskrimineringsloven, vil måtte avhenge av en konkret saktighetsvurdering på linje med øvrige diskrimineringsgrunnlag, jf. kapittel 16 og lovforslaget § 5.

Utvalgets mindretall foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag skal være uttømmende.

Vernet mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet eller nedsatt funksjonsevne i likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven foreslås videreført og innarbeidet i den nye diskrimineringsloven.

Vernet mot seksuell orientering og politisk syn som i dag kun gjelder i arbeidsforhold og boligforhold utvides til å gjelde alle samfunnsområder som omfattes av loven. Når det gjelder seksuell orientering har utvalget lagt vekt på at homofile diskrimineres også på andre områder enn de som dekkes av dagens diskrimineringsvern, slik som helse-, sosial- og velferdstjenester, idrett, skole, kirke og religion, uteliv mv. Utvidelse av vernet mot diskriminering på grunn av politisk syn vil være et ledd i vernet av ytringsfriheten.

Vernet mot aldersdiskriminering gjelder i dag kun i arbeidsforhold. Utvalget foreslår at lovens generelle forbud mot aldersdiskriminering fortsatt bare bør gjelde i arbeidsforhold. Det vil oftere være saklig å forskjellsbehandle på grunn av alder, enn det som gjelder for andre grunnlag. Det vil derfor etter utvalgets vurdering gi for stort spillerom for skjønn til håndhevingsorganene å ha et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder på alle samfunnsområder. Utvalget mener likevel at aldersdiskriminering ikke er mer akseptabelt enn annen diskriminering. Særlig eldre utsettes for usaklig forskjellsbehandling som kan oppleves som urettferdig, urimelig eller krenkende. Lovens forbud mot aldersdiskriminering bør utenfor arbeidsforhold derfor kunne påberopes i særlige urimelige eller usaklige tilfeller. I slike tilfeller vil diskrimineringsforbudet etter en konkret vurdering eventuelt kunne påberopes under sekkekategorien. Et eksempel er kredittinstitusjoners vurdering av konkrete lånesøknader der det ikke gis lån til en person utelukkende på grunn av dennes alder. Loven skal ikke være til hinder for aldersgrenser når det gjelder myndighetsalder, stemmerett, adgang til å ta førerkort, kjøp av alkohol, skolestart, inndeling i klassetrinn i grunnskolen, honnørrabatter osv.

Utvalget foreslår at forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse fortsatt skal reguleres i arbeidsmiljøloven og ikke i diskrimineringsloven.

Kapittel 14 Diskriminering på flere grunnlag

Utvalgets forslag til en samlet diskrimineringslov vil gi ombudet, nemnda og domstolene mulighet til prøve saker hvor det påberopes diskriminering på mer enn ett grunnlag, forutsatt at de grunnlag som påberopes omfattes av loven. Multippel diskriminering beskriver en situasjon hvor en person utsettes for diskriminering på mer enn ett grunnlag i samme handling. Interseksjonalitet skiller seg fra multippel diskriminering ved at de enkelte diskrimineringsgrunnlag ikke kan vurderes separat. Det vil følge av lovens alminnelige regler at saker om diskriminering på flere grunnlag, både multippel diskriminering og interseksjonalitet, er vernet av loven. Det er etter utvalgets vurdering ikke nødvendig med noen egen bestemmelse om dette.

Kapittel 15 Diskrimineringsforbudet

Utvalget foreslår et diskrimineringsforbud som i det alt vesentlige viderefører gjeldende regler, jf.

lovforslaget § 4. Utvalget mener at reglene bør ha en generell og overordnet karakter. Enkelte presiseringer som i dag fremgår av lovteksten kan i stedet kommenteres i forarbeidene. Utvalget foreslår at det lovfestes ett felles diskrimineringsforbud som skal gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag og alle lovens samfunnsområder.

Utvalgets flertall foreslår at loven formuleres som et forbud mot «diskriminering», som forklares i lovteksten som usaklig direkte og indirekte forskjellsbehandling. Et mindretall mener prinsipielt sett at det er uheldig å bruke et så sterkt negativt ladet uttrykk som «diskriminering» i en lovtekst, og foreslår derfor at forbudet i stedet formuleres som et forbud mot «usaklig forskjellsbehandling».

Diskrimineringsforbudet skal gjelde forskjellsbehandling på grunn av eksisterende, antatte, tidligere og fremtidige forhold ved en person. Det presiseres i lovteksten at loven gjelder diskriminering på grunn av forhold ved en annen person (tilknytningsdiskriminering). Dette skal gjelde alle lovens grunnlag.

Kapittel 16 Unntak fra diskrimineringsforbudet

Dagens diskrimineringslovgivning har flere regler som gir generelle unntak for saklig forskjellsbehandling. I tillegg er det lovfestet noen spesifikke unntak for tros- og livssynssamfunn, som i likestillingsloven og lov mot etnisk diskriminering er formulert som unntak fra lovens virkeområde.

Utvalget foreslår at gjeldende unntaksregler samles i en generell bestemmelse som sier at saklig forskjellsbehandling ikke skal regnes som diskriminering, jf. lovforslaget § 5 første ledd første punktum. Vilkårene for saklig forskjellsbehandling skal etter utvalgets forslag være at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Utvalget gjør nærmere rede for disse tre hovedvilkårene i punkt 16.4. Den konkrete saklighetsvurderingen vil som i dag slå ulikt ut etter konteksten, det vil si hvilket diskrimineringsgrunnlag som påberopes, om det gjelder direkte eller indirekte forskjellsbehandling, hvilke interesser eller goder som står på spill, mv. Vilkårene skal være de samme for alle diskrimineringsgrunnlag. Men siden unntaksadgangen vil være betinget av en konkret vurdering, vil de ulike hensyn kunne slå ulikt ut avhengig av diskrimineringsgrunnlag. Forslaget innebærer med dette ingen endringer i den faktiske unntaksadgangen.

Presiseringer av saklighetskravet som følger av unntaksbestemmelser i gjeldende diskrimineringslovgivning, forarbeider og praksis vil dermed fremdeles ha relevans, men må fortolkes i lys av at den nye loven har en felles standard for unntaksadgangen. Det vises også til at unntaket skal fortolkes i lys av unntaksreglene i EUs diskrimineringsdirektiver.

Utvalget foreslår at gjeldende særinntak for trossamfunn oppheves. Det foreslås heller ingen særregler for forsikringsytelser eller andre bestemte områder. Eventuell forskjellsbehandling på disse områdene må vurderes etter den generelle saklighetsregelen. Dette innebærer ingen endringer i den faktiske unntaksadgangen etter dagens regler. Utvalget mener at spørsmål knyttet til forsikring og diskriminering bør utredes nærmere.

Utvalget foreslår i tillegg å videreføre dagens regler om at et bestemt kjønn, seksuell orientering, hudfarge el. må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke for å kunne tillegges vekt i arbeidsforhold, jf. lovforslaget § 5 første ledd andre punktum. Dette betyr at diskrimineringsforbudet er strengere i arbeidsforhold enn på andre områder. Regelen skal ikke gjelde forskjellsbehandling på grunn av alder. Forslaget viderefører dagens regler.

Utvalget mener at det er behov for særlige presiseringer i unntaksadgangen med hensyn til alder. Når det gjelder arbeidsforhold foreslår utvalget at den generelle unntaksadgangen suppleres med en regel som angir de tilfeller der forskjellsbehandling på grunn av alder er tillatt. Utvalget foreslår at det skal være adgang til å fastsette generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale hvis dette har et saklig formål, jf. lovforslaget § 5 andre ledd. Sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn og hensynet til helse- og sikkerhet er eksempler på saklige formål for å fastsette en bestemt øvre aldersgrense. Dette betyr at diskrimineringsforbudet ikke skal være til hinder for arbeidsmiljølovens «70-årsregel», lov om aldersgrenser i staten og andre regler om avgangsalder i arbeidslivet.

Kapittel 17 Aktive tiltak for å fremme likestilling

Arbeidsgivere har etter dagens regler plikt til å arbeide aktivt for å fremme likestilling i virksomheten uavhengig av kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne. Når det gjelder etnisitet og nedsatt funksjonsevne gjelder denne plikten bare arbeidsgivere med 50 ansatte eller mer. Det er også plikt til å redegjøre for likestillingen og arbeidet for likestillingen i årsberetninger.

Utvalget foreslår at det innføres aktivitetsplikt for arbeidsgiver på alle lovens diskrimineringsgrunnlag, jf. lovforslaget § 26. Aktivitetsplikten foreslås utformet slik at den kan implementeres i virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Plikten skal omfatte alle virksomheter uavhengig av antall ansatte, men pliktens innhold er ulikt for henholdsvis små og store bedrifter. Aktivitetsplikten konkretiseres nærmere i forskrift for virksomheter med 50 ansatte eller mer, med regler som er utformet etter mønster av arbeidsmiljøloven § 4-1 om arbeidsgivers plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Reglene skal håndheves av Arbeidstilsynet som ledd i det ordinære tilsynet av virksomhetene. Gjeldende redegjøringsplikt foreslås opphevet.

Formålet med forslaget er å få et mer systematisk likestillingsarbeid i virksomhetene. Arbeidstilsynets organisasjon med lokale kontorer og tilsynsvirksomhet kan bidra til en mer effektiv håndheving og dermed større etterlevelse av regelverket enn dagens aktivitetsplikt som ombudet ikke har myndighet til å håndheve. Videre kan det være en forenkling for virksomhetene å slippe å ha to parallelle regelverk og håndhevingsorganer på overlappende områder.

Utvalget foreslår at aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner oppheves i sin gjeldende form. Arbeidslivets organisasjoner sitt arbeid for likestilling videreføres gjennom medlemmenes systematiske arbeid i virksomhetene. Etter utvalgets vurdering er det viktig med aktivitet fra alle partene i arbeidslivet, da de står i ulike posisjoner og har påvirkningsmulighet innenfor sine respektive områder.

Utvalget mener at offentlige myndigheter bør ha et særlig ansvar for å fremme likeverd og likestilling, samt å fremme diskrimineringslovens formål. Utvalget foreslår derfor at offentlige myndigheters aktivitetsplikt skal omfatte alle lovens diskrimineringsgrunnlag, jf. lovforslaget § 14.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende aktivitetsplikt for utdanningsinstitusjoner og krav til læremidler, uten endringer. Utvalget anbefaler imidlertid at reglene om læremidler og utdanningsinstitusjonenes aktivitetsplikt utredes nærmere, med en samlet vurdering av sektorlovgivningen og diskrimineringslovgivningen.

Utredningen bør også omfatte tilrettelegging av læremidler for å gjøre disse tilgjengelige for flere, for eksempel personer med funksjonsnedsettelse eller minoritetsspråklige.

I sammenheng med reglene om offentlige anskaffelser foreslår utvalget at leverandører som

gir tilbud om levering av varer og tjenester, samt bygge- og anleggsarbeider skal levere egenerklæring der det bekreftes at virksomheten som arbeidsgiver oppfyller plikten til å arbeide aktivt for likestilling etter diskrimineringsloven. Utvalget foreslår at manglende egenerklæring skal gi grunnlag for å avvise tilbudet fra leverandøren.

Kapittel 18 Tilgjengelighet: Universell utforming og individuell tilrettelegging

Utvalget foreslår at reglene om tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven blir videreført i den nye diskrimineringsloven. Med tilrettelegging menes universell utforming og individuell tilrettelegging. Utvalget foreslår enkelte presiseringer og tydeliggjøringer i lovteksten, jf. lovforslaget §§ 18 til 21 og § 27. Utvalget har ikke vurdert om diskrimineringsvernet kan og bør utvides på dette området. Utvalget legger vekt på at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er helt ny og bare har virket i kort tid. Spørsmålene har derfor helt nylig vært gjenstand for omfattende utredninger og en politisk prosess, og vi har ikke rukket å få erfaringer med hvordan den virker i praksis. Utvalget har likevel pekt på enkelte mer prinsipielle spørsmål som har vært reist etter at loven ble vedtatt. Dette gjelder spørsmålet om universell utforming av arbeidsplasser og av IKT i skole- og utdanningsinstitusjoner. Utvalget foreslår at spørsmålet om universell utforming av IKT på arbeidsplasser utredes nærmere.

Kapittel 19 Særlige regler om ansettelsesforhold

Utvalget foreslår noen særregler for ansettelsesforhold som samles i ett kapittel i loven, jf. lovforslaget kapittel 4. Arbeidslivet er en spesielt viktig arena for likestilling. Dette er et område der vi har flere og mer vidtrekkende diskrimineringsregler enn på andre områder.

Diskrimineringslovgivningen og arbeidsmiljøloven har regler som forbyr arbeidsgiver å innhente opplysninger ved ansettelse om arbeidssøkerens helse, seksuelle orientering, politiske spørsmål, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og hvordan søkeren stiller seg til religiøse og kulturelle spørsmål. Barne- og likestillingsdepartementet har i Ot. prp. nr. 79 (2008-2009) fremmet forslag om at det også skal være forbud mot å innhente opplysninger om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Utvalget foreslår at forbud mot innhenting av opplysninger om seksuell ori-

entering, graviditet, adopsjon eller familieplanlegging samt søkerens holdning til politiske, religiøse og kulturelle spørsmål reguleres i ny lov mot diskriminering, jf. lovforslaget § 23. Forbud mot innhenting av opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og helse skal som i dag reguleres i arbeidsmiljøloven.

Utvalget foreslår at diskrimineringsloven får en egen bestemmelse om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn jf. lovforslaget § 24. Denne bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 5. Utvalget har vurdert om bestemmelsen også skal gjøres gjeldende for andre av lovens diskrimineringsgrunnlag, men er kommet til at bestemmelsen fortsatt skal gjelde kun ved kjønnsdiskriminering. Vern mot lønnsdiskriminering på øvrige grunnlag vil uansett følge av det generelle diskrimineringsforbudet i lovforslaget § 22 første ledd bokstav d, jf. § 4.

Arbeidsgiver har etter dagens regler plikt til å opplyse om kvalifikasjonene til den som ble ansatt. Dette gir en arbeidssøker mulighet til å vurdere om det kan foreligge diskriminering. Utvalget foreslår at arbeidsgivers opplysningsplikt også skal omfatte lønn, herunder kriteriene for lønnsfastsettelsen, for å styrke retten til ikke å bli diskriminert på dette området. Rett til innsyn i lønn er viktig for at arbeidstaker skal ha tilgang til opplysninger som sier noe om lønnsfastsettelsen kan være i strid med loven. Innsyn i lønnsopplysninger skal kunne kreves av tillitsvalgte og verneombud. Reglene om arbeidsgivers opplysningsplikt er tatt inn i lovforslaget § 25.

Utvalget foreslår nye regler om arbeidsgivers aktivitetsplikt, jf. lovforslaget § 26 og innstillingens kapittel 20. Diskriminerings- og tilgjengelighetslovens regler om arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging overfor arbeidstakere med funksjonsnedsettelse videreføres i lovforslaget § 27.

Kapittel 20 Bevisbyrde

I diskrimineringslovene er det lovfestet såkalt delt bevisbyrde som innebærer at dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det foreligger diskriminering, er det den innklagede som må sannsynliggjøre at det ikke foreligger diskriminering.

Utvalget foreslår at gjeldende regler om delt bevisbyrde skal videreføres og gjelde for alle diskrimineringsgrunnlagene som oppregnes i loven, jf. lovforslaget § 28. Delt bevisbyrde står sentralt for at diskrimineringsvernet skal være effektivt, og det er nødvendig for å sikre reelle muligheter

for å nå frem med en påstand om diskriminering og dermed få håndhevet brudd på reglene. Ut fra rettssikkerhetshensyn foreslår utvalget at delt bevisbyrde ikke skal gjelde i de tilfeller der diskrimineringsvernet påberopes for grunnlag som omfattes av sekkekategori («andre liknende vesentlige forhold ved en person»).

Kapittel 21 Oppreisning og erstatning

Det sentrale spørsmålet for utvalget når det gjelder oppreisnings- og erstatningsansvar ved brudd på loven, har vært om ansvaret skal være betinget av skyld og i tilfelle hvilket skyldkrav som skal gjelde. Dagens diskrimineringslover har regler som setter lavere krav til skyld enn etter de alminnelige erstatningsreglene. I noen situasjoner fastsetter diskrimineringslovene et ansvar uten hensyn til skyld. Reglene er ulike for de forskjellige diskrimineringsgrunnlagene.

Utvalget foreslår nye regler om oppreisning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap som harmoniserer gjeldende regler, jf. lovforslaget § 29. Utvalget foreslår at arbeidsgivers ansvar ved diskriminering i arbeidslivet skal gjelde uten hensyn til skyld. Ansvaret utenfor arbeidslivet skal være betinget av at den som har diskriminert er noe å bebreide (vanlig uaktsomhet/ skyldansvar). Oppreisningen og erstatningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til økonomisk tap, ikke-økonomisk skade, partenes forhold og omstendighetene for øvrig. De særlige oppreisnings- og erstatningsreglene i diskrimineringsloven skal ikke gjelde for grunnlag som påberopes under sekkekategori («andre liknende vesentlige forhold ved en person»). Reglene skal ifølge utvalgets flertall heller ikke gjelde ved brudd på reglene om universell utforming. I disse tilfellene vil det imidlertid kunne kreves erstatning for økonomisk tap og eventuelt oppreisning etter alminnelige erstatningsregler.

Kapittel 22 Håndheving. Nemndas kompetanse

Utvalget har i samsvar med mandatet ikke vurdert endringer i organiseringen av håndhevsapparatet, det vil si ombudet og nemnda. Nye oppgaver for ombudet og nemnda vil imidlertid være knyttet til utvidelsen av diskrimineringsforbudet til nye diskrimineringsgrunnlag og nye samfunnsområder. Utvalget foreslår at ombudets kompetanse til å henlegge saker utvides, jf. punkt 13.4.3 og lovforslaget § 35 andre ledd. Det foreslås videre at reglene om arbeidsgivers aktivitetsplikt

håndheves av Arbeidstilsynet, jf. punkt 17.2 og lovforslaget § 48. Utvalget vurderer i kapittel 22 om håndhevingen av diskrimineringsforbudet bør styrkes ved at nemndas gis myndighet til å fastsette oppreisning og erstatning. Utvalgets flertall kommer til at nemndas myndighet ikke bør utvides. Utvalgets mindretall foreslår at nemnda skal få myndighet til å fastsette oppreisning i arbeidslivet etter diskrimineringslovens regler.

Kapittel 23 Straff for diskriminering

Utvalget mener at brudd på diskrimineringsloven som hovedregel ikke skal være straffbart. Utvalget foreslår imidlertid å videreføre straffebestemmelsen i lov mot etnisk diskriminering om grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som begås av flere i fellesskap. Reglene om straff for manglende oppfyllelse av nemndas pålegg og brudd på opplysningsplikten for ombudet og nemnda etter diskrimineringsombudsloven videreføres også.

1.4 Del III Kapittel 27 Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon

Kapittel 24 Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon

Norge har signert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon fra 2003, men har foreløpig ikke ratifisert protokollen. Det er først ved en eventuell ratifikasjon Norge påtar seg forpliktelsene etter protokollen.

Protokollen gir et generelt vern mot diskriminering. Den ble utarbeidet fordi diskrimineringsvernet etter konvensjonens artikkel 14 er begrenset til de rettigheter konvensjonen beskytter. Professor Janneke Gerards har på oppdrag av utvalget utredet hvilke forpliktelser for staten som følger av protokollen. Denne er tatt inn som vedlegg 2 til innstillingen.

Et flertall av utvalgets medlemmer anbefaler at Norge ikke ratifiserer tilleggsprotokollen. Flertallet legger særlig vekt på den betydelige usikkerheten om hvilke forpliktelser staten påtar seg ved ratifikasjon, og i hvordan den meget vidt formulerte ordlyden etter tilleggsprotokollens artikkel 1 vil bli fortolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Flertallet har også lagt vekt på at ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil innebære et utvidet diskrimineringsvern for juridiske personer, og at dette ikke ligger i kjerneområdet for det menne-

skerettslige diskrimineringsforbudet. Mindretallet anbefaler at tilleggsprotokollen ratifiseres. Mindretallet viser til at protokollen ikke innebærer nye forpliktelser for Norge, men bare nye prosessuelle fordeler for ofre for diskriminering. Mindretallet viser også til blant annet at et diskrimineringsvern for juridiske personer allerede i dag følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 14. Det er ifølge mindretallet lite sannsynlig at diskrimineringsvernet vil bli utviklet av EMD slik at den innfører et generelt saklighetskrav som er uavhengig av diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget er også delt i synet på hvordan tilleggsprotokollen bør gjøres til en del av norsk lov, dersom myndighetene går inn for ratifikasjon. Spørsmålet har vært om protokollen skal tas inn i menneskerettsloven eller i diskrimineringsloven. Hvis protokollen tas inn i menneskerettsloven vil den ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning (forrang). Utvalgets flertall anbefaler at tilleggsprotokollen i tilfelle tas inn i diskrimineringsloven. Begrunnelsen er i stor utstrekning den samme som begrunnelsen for at flertallet ikke anbefaler ratifikasjon, nemlig at det er betydelig usikkerhet knyttet til hvilke forpliktelser staten påtar seg. Inkorporering i menneskerettsloven vil etter flertallets syn innebære en betydelig begrensning av norske myndigheters handlingsrom hva gjelder kravet til saklig myndighetsatferd, og hvor handlingsrommets grenser ene og alene vil bli fastlagt gjennom praksis fra EMD. Utvalgets mindretall foreslår at loven tas inn i menneskerettsloven, på samme måte som for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjon og andre tilleggsprotokoller til denne. Justis- og politidepartementet foreslår også i Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) at FNs kvinnekonvensjon tas inn i menneskerettsloven.

1.5 Del IV Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet

Kapittel 25 Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet

Utvalget har vurdert spørsmålet om grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet i lys av at en grunnlovsbestemmelse, avhengig av hvordan den utformes, kan gi domstolene mulighet for å overprøve Stortingets vurdering av hva et diskrimineringsvern bør inneholde og hvordan det bør avgrenses mot andre grunnleggende rettigheter. Utvalget viser til diskusjonen om rettsliggjøring der noen er kritiske til at Stortinget på denne måten får mindre innflytelse over grunnleggende

verdispørsmål, mens andre hevder at det tvert i mot bringer en ny dimensjon og kraft til folkestyret ved at individet på en selvstendig måte kan utøve egne rettigheter. Utvalget peker også på at det er vanskelig å forutsi hvordan en grunnlovsbestemmelse som vedtas i dag, og som det vil være vanskelig å endre, vil bli fortolket i fremtiden. Denne usikkerheten kan det imidlertid tas høyde for i utformingen av bestemmelsen.

Grunnlovens symbolverdi er uansett så viktig at utvalget foreslår å grunnlovsfeste ikke-diskrimineringsprinsippet. En slik grunnlovsbestemmelse vil markere forankringen av ikke-diskrimineringsprinsippet i det norske rettssystemet og samfunnet. En grunnlovsbestemmelse vil også være en sentral tolkningsfaktor i rettsanvendelsen. Det vil gi prinsippet en større gjennomslagskraft i rettslig og politisk argumentasjon.

Utvalget har formulert tre ulike forslag til utformingen av en eventuell grunnlovsbestemmelse. Det sentrale spørsmålet for utvalget når det gjelder utformingen, har vært om den skal sette en reell skranke for Stortingets lovgivningsmyndighet.

Utvalgets flertall foreslår at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i Grunnloven utformes slik at den kan håndheves rettslig og fungere som en skranke for lovgivningen gjennom domstolenes prøvesesrett. Flertallet foreslår en bestemmelse som sier at ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person. Utvalgets mindretall foreslår en prinsippbestemmelse som sier at det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser skal ifølge mindretallets forslag fastsettes ved lov.

1.6 Del V Utvalgets lovforslag

Kapittel 26 Forslag til lov mot diskriminering (diskrimineringsloven)

Dette er utvalgets forslag til en ny samlet lov mot diskriminering, som utvalget har drøftet i del III kapitlene 7 til 23. Mindretallsforslag er også tatt inn her.

Kapittel 27 Forslag til endringer i Grunnloven, annen lovgivning og forskrifter

Dette er utvalgets forslag til endringer i annen lovgivning som er nødvendige som følge av forslaget

til en ny diskrimineringslov. Videre er utvalgets forslag til grunnlovsbestemmelse tatt inn her. Det legges i tillegg frem forskriftsforslag.

Kapittel 28 Merknader til de enkelte bestemmelser i forslaget

Utvalget kommenterer i dette kapitlet hvordan de enkelte bestemmelsene i den nye diskrimineringsloven skal forstås, i de tilfeller der forslaget innebærer innholdsmessige endringer i gjeldende regler. Det kommenteres også hvilke bestemmelser i dagens lover den enkelte bestemmelse erstatter eller viderefører. Videre gis det merknader til forslaget om ny grunnlovsbestemmelse og endringer i andre lover. Merknadene knytter seg til flertallets forslag.

Kapittel 29 Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget gjør her rede for økonomiske og administrative konsekvenser av de av utvalgets forslag som innebærer materielle endringer i form av nye eller utvidede plikter eller rettigheter. Utvalget gjør også rede for forslag ved uendret ressursbruk.

1.7 Utvalgets forslag til spørsmål som bør utredes videre

Utvalget foreslår at følgende spørsmål utredes nærmere:

- Forsikring og diskriminering, se punkt 16.7.2.
- Reglene om læremidler og utdanningsinstitusjonenes aktivitetsplikt, se punkt 17.3.2.3.
- Universell utforming av IKT på arbeidsplasser, se punkt 18.5.4.2.

1.8 Vedlegg

Vedlegg 1 er lovspeil (register der en kan se hvor de enkelte reglene i dagens diskrimineringslover kan finnes i den nye loven, eventuelt hvilken ny bestemmelse som erstatter dagens bestemmelse eller om bestemmelsen er opphevet).

I vedlegg 2 er tatt inn utredningen til professor Janneke Gerards om tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Kapittel 2

Om utvalget

2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

Regjeringen besluttet i statsråd 1. juni 2007 å nedsette et utvalg som skal utrede en samlet lov mot diskriminering, ratifikasjon og inkorporering av Den europeiske menneskerettskonvensjon tilleggsprotokoll nr. 12 om diskriminering og grunnlovsbestemmelse om vern mot diskriminering. Utvalget fikk frist for å legge frem sin innstilling innen 1. juli 2009.

Utvalget har følgende medlemmer:

Hans Petter Graver, professor, Universitetet i Oslo (leder)

Hege Brækhus, professor, Universitetet i Tromsø
Ronald Craig, post.doc., Universitetet i Oslo, Bærum

Marius Emberland, førsteamanuensis Universitetet i Oslo/ advokat, Regjeringsadvokaten, Oslo
Bera Ulstein Moseng, seniorrådgiver, Helseutvalget, Oslo

Mona Næss, senioradvokat, Bugge, Arentz-Hansen og Rasmussen Advokatfirma, Asker

Tolle Stabell, assisterende regjeringsadvokat, Røyken

Ann-Marit Sæbønes, direktør, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Oslo

Jan Tøssebro, professor, Norges teknisk-naturvitenskapelige Universitet, Trondheim

Utvalget ligger under Barne- og likestillingsdepartementet. Frem til 18. oktober 2007 lå utvalget under Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Sekretariatet ble overført til Barne- og likestillingsdepartementet fra 1. januar 2008.

Utvalgets sekretariat har bestått av prosjektleder Elisabeth Vigerust (sekretariatsleder) i hele utredningsperioden. Rådgiver Anne Kirsti Lunde ble tilsatt i sekretariatet fra 1. februar 2008 og utvalgets funksjonstid. Seniorrådgiver Elin Rønningen ble tilsatt i sekretariatet fra 1. april 2008 i femti prosent stilling og utvalgets funksjonstid.

2.2 Utvalgets mandat mv.

Mandatet

Regjeringen besluttet i statsråd 1. juni 2007 å oppnevne et utvalg som fikk følgende mandat:

«Mandat for utvalg som skal utrede en samlet lov mot diskriminering, grunnlovsvern mot diskriminering og ratifisering av tilleggsprotokoll nr. 12 til den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).

1. Bakgrunn

Vernet mot diskriminering på grunnlag av personlige egenskaper eller oppfatninger er i dag spredt på ulike lover (likestillingsloven, diskrimineringsloven, arbeidsmiljøloven og boliglovene). Det finnes også bestemmelser om diskriminering i straffeloven og menneskerettsloven. I tillegg foreligger det forslag om en ny diskriminerings- og tilgjengelighetslov knyttet til nedsatt funksjonsevne, jf. NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet, som Arbeids- og inkluderingsdepartementet arbeider med å følge opp. Lovvernet mot diskriminering er i dag ulikt, avhengig av hva som er grunnlaget for diskrimineringen, og noen grunnlag er bare dekket gjennom menneskerettskonvensjonene inntatt i menneskerettsloven.

Grunnloven inneholder ikke noe generelt diskrimineringsforbud. Grunnloven § 110 c inneholder en generell henvisning til menneskerettighetene, men det kan ikke utledes individuelle rettigheter fra denne bestemmelsen. I tillegg inneholder Grunnloven enkelte bestemmelser av betydning for vernet mot diskriminering, jf. Grl. § 2 om rett til fri religionsutøvelse, § 100 om ytringsfrihet og § 110 a om plikt for statens myndigheter til å legge til rette for utvikling av samisk språk, kultur og samfunnsliv.

Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) styrker vernet mot diskriminering gjennom et generelt og selvstendig forbud mot diskriminering, som ikke er begrenset til de rettighetene konven-

sjonen beskytter. Tilleggsprotokollen trådte i kraft 1. april 2005. Norge undertegnet protokollen 15. januar 2003, men har foreløpig ikke ratifisert den.

Regjeringen nedsetter på denne bakgrunn et utvalg som skal utrede en samlet lov mot diskriminering og spørsmålet om ratifikasjon av EMK tilleggsprotokoll nr. 12. Utvalget skal videre utrede spørsmålet om en grunnlovsbestemmelse om vern mot diskriminering, med mindre en grunnlovskommisjon oppnevnt av Stortinget får i oppdrag å utrede dette. I tillegg skal utvalget utrede bortfall av det unntak fra diskrimineringsforbudet som likestillingsloven og arbeidsmiljøloven i dag har for religiøse trossamfunn.

Formålet er å samle vernet mot diskriminering i én lov, og å sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning. En ny samlet lov må ses i sammenheng med bestemmelsene om diskriminering i straffeloven og menneskerettsloven.

2. En samlet lov mot diskriminering

- Utvalget skal utrede og komme med ett eller flere forslag til én samlet lov mot diskriminering.
- Som grunnlag for sine vurderinger skal utvalget utrede og gi en oversikt over flest mulig forskjellige aktuelle grunnlag for diskriminering eller akseptabel forskjellsbehandling mellom forskjellige individer.
- Utvalget skal utrede om eventuelle andre diskrimineringsgrunnlag, som ikke er en del av gjeldende diskrimineringslovgivning, bør omfattes av en samlet diskrimineringslov.
- Utvalget skal utrede og gi en anbefaling om en samlet diskrimineringslov bør inneholde en uttømmende oppregning av diskrimineringsgrunnlag, en ikke-uttømmende oppregning, eventuelt om diskrimineringsforbudene bør utformes på annen måte.
- Dersom utvalget prinsipalt foreslår en lov uten oppregning av diskrimineringsgrunnlag, skal det i tillegg komme med et forslag som inneholder en slik oppregning.
- Utvalget skal vurdere om vernet mot å bli diskriminert på enkelte av de grunnlag som i dag er nevnt i arbeidsmiljøloven fortsatt bare bør gjelde i arbeidslivet, også i en samlet diskrimineringslov. Videre skal utvalget vurdere om forbudet mot å diskriminere arbeidstaker som arbeider deltid

eller er midlertidig ansatt fortsatt bør følge av arbeidsmiljøloven.

- Utvalget skal vurdere hvordan regler knyttet til tilgjengelighet og tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne kan ivaretas i loven, samt vurdere behovet for ev. andre særregler knyttet til de enkelte diskrimineringsgrunnlagene.
- Utvalget skal gjøre rede for Norges internasjonale forpliktelser og undersøke lovgivningen i andre land. Utvalget skal drøfte og påse at lovforslaget er i tråd med relevante EU-direktiv på området.
- Utvalget skal vurdere om lovforslaget får konsekvenser for håndhevingsapparatets mandat, og om lovforslaget gjør det nødvendig med tilpasninger i lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Prinsippene for organiseringen av håndhevingsapparatet skal i all hovedsak bestå som i dag.
- Utvalget skal foreslå nødvendige endringer i andre lover som følge av utvalgets lovforslag.
- Utvalgets forslag skal ikke svekke dagens likestillings- og diskrimineringslovverk. Lovverkets bestemmelse om aktivt, likestillingsfremmende arbeid skal opprettholdes.
- Utvalget skal vurdere om lovforslagets vern mot diskriminering skal gjelde til fordel bare for individer (fysiske personer), eller også for juridiske personer.
- Det sentrale siktemålet for utvalgets lovforslag vil være å motvirke diskriminering av enkeltindivider på grunnlag av deres personlige egenskaper, oppfatninger mv. Krav på vern mot diskriminering blir imidlertid gjort gjeldende også i andre sammenhenger, for eksempel av selskaper som mener seg diskriminert i strid med EØS-avtalen eller WTO-avtalen. Utvalget må påse at lovforslaget avgrenses mot denne og andre typer diskriminering som ligger utenfor utvalgets siktemål.

3. Bortfall av unntaket fra diskrimineringsforbudet for religiøse trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven

Utvalget skal vurdere bortfall av unntaket fra diskrimineringsforbudet for religiøse trossamfunn som i dag finnes i likestillingsloven § 2 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3 (3), jf. regjeringens tiltredelseserklæring kapittel 18. Bortfall av unntaket må vurderes i lys av Grunnloven § 2 og internasjonale menneskerettigheter om religionsfrihet og retten til ikke å bli diskrimi-

nert. Utvalget skal levere en delutredning om dette spørsmålet innen 1. januar 2008.

4. Grunnlovsværn

Utvalget skal utrede og gi en anbefaling om vern mot diskriminering bør grunnlovsfestes. Utvalget skal utrede hvilke konsekvenser ulike utforminger av et grunnlovsværn mot diskriminering vil ha. Utvalget bør se hen til lovgivning i andre land i forbindelse med utredningen av dette spørsmålet. Dersom utvalget kommer til at vern mot diskriminering bør grunnlovsfestes, skal det komme med anbefalinger til forskjellige utforminger av grunnlovsværnet og hvor det bør plasseres. Hvis en grunnlovskommisjon oppnevnt av Stortinget får i oppdrag å utrede grunnlovsværn mot diskriminering, skal utvalget ikke ta opp dette spørsmålet.

5. Tilleggsprotokoll nr. 12 til den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

Utvalget skal utrede og gi en anbefaling om Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Utredningen skal omfatte en analyse av hvilke konsekvenser ratifikasjon av protokollen vil ha, herunder om ratifikasjon forutsetter lovendringer. Dersom utvalget kommer til at Norge bør ratifisere protokollen, skal det utrede og gi en anbefaling om tilleggsprotokoll nr. 12 bør inkorporeres i norsk lov gjennom menneskerettsloven eller innarbeides på annen måte. Konsekvensene av inkorporasjon av tilleggsprotokollen gjennom menneskerettsloven skal uansett utredes.

6. Økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser

Utvalget må utrede økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av sine forslag. Økonomiske og administrative konsekvenser må vurderes opp mot forventet effekt av hvert enkelt tiltak. Utvalget skal avgi minst ett forslag som baseres på uendret ressursbruk.

7. Referansegruppe

For å sikre at berørte interesser blir involvert i prosessen med utredning av en samlet diskrimineringslov, skal det opprettes en referansegruppe med representanter for ulike diskrimineringsgrunnlag, arbeidslivets parter og Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

Utvalget skal ha jevnlig møter med referansegruppen for å få synspunkter på sine forslag underveis i arbeidet. Utvalget kan også arrangere høringer med en bredere deltakelse hvor også andre enn de som deltar i referansegruppa kan få mulighet til å uttale seg.

8. Frist

En delutredning om bortfall av unntaket fra diskrimineringsforbudet for religiøse trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven skal leveres innen 1. januar 2008. Utvalget skal ha sluttført sitt arbeid innen 1. juli 2009. Utvalget kan ta opp spørsmål om tolkning eller avgrensning av mandatet med Arbeids- og inkluderingsdepartementet.»

Utvalgets forståelse av mandatet

Utvalgets mandat omfatter fire hovedoppgaver

1. En samlet diskrimineringslov
2. Grunnlovsværn mot diskriminering
3. Ratifikasjon av protokoll nr. 12 til EMK
4. Unntakene for trossamfunn i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven

Når det gjelder unntakene for trossamfunn leverte utvalget 11. januar 2008 delutredningen NOU 2008: 1 «Kvinner og homofile i trossamfunn. Likestillingslovens og arbeidsmiljølovens unntak fra forbudet mot diskriminering». Etter at innstillingen hadde vært på alminnelig høring fremmet Barne- og likestillingsdepartementet 24. april 2009 Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) med forslag til endringer i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. Proposisjonen er ikke behandlet av Stortinget når foreliggende innstilling ferdigstilles.

Arbeidet med en samlet diskrimineringslov har vært utvalgets hovedoppgave, se Del II, kapittel 7 til 23. Utvalget foreslår et sivilrettslig vern. Utvalget har vurdert om de straffereglene som er inntatt i de ulike diskrimineringslovene i dag bør videreføres. Det har ligget utenfor utvalgets mandat å foreslå nye strafferegler. Det vises ellers til kapittel 7 om generelle utgangspunkt for en samlet lov.

Det følger av mandatet at utvalget skal vurdere diskrimineringslovgivning som et virkemiddel mot diskriminering. Også andre tiltak, som for eksempel styrking av bestemte rettigheter i sektorlovgivningen, kan være vel så effektive for å bedre visse gruppers situasjon. Dette har det imidlertid falt utenfor utvalgets mandat å utrede. Utvalget har derfor avgrenset sitt arbeid mot slike spørsmål.

Når det gjelder mandatets oppgaver om å vurdere et grunnlovsvern mot diskriminering vises det til Del III, kapittel 25. For så vidt gjelder ratifikasjon av protokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon vises det til Del IV, kapittel 24.

2.3 Offentlige dokumenter og utredninger

Flere offentlige dokumenter har omtalt behovet for at diskrimineringslovene bør vurderes samlet. Arbeidslivslovutvalget omtalte dette i sin utredning NOU 2003: 2:

«Utvalget mener det er viktig med en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet uavhengig av diskrimineringsgrunn. I dag regulerer likestillingsloven forskjellsbehandling på grunn av kjønn, mens arbeidsmiljøloven regulerer forskjellsbehandling ved ansettelser på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning, homofil samlivsform, funksjonshemming m.v. I NOU 2002: 12 foreslår Holgersen-utvalget en særskilt lov mot etnisk diskriminering. ... Regjeringen nedsatte 29. november 2002 et utvalg som skal utrede spørsmålet om en styrking av det rettslige vernet mot diskriminering av funksjonshemmede.

...

Arbeidslivslovutvalget forstår ønsket om særregulering for å sette fokus på diskrimineringsvernet knyttet til spesielt utsatte grupper. Et samlet utvalg er likevel av den oppfatning at en spredt lovgivning på diskrimineringsområdet er uheldig, og særlig når det gjelder å motvirke diskriminering i arbeidslivet. En slik lovstruktur er lite brukervennlig, og kan også være prosesskapende. Utvalget vil peke på at det i en og samme sak vil kunne foreligge flere diskrimineringsgrunnlag, for eksempel etnisitet og religion. Dersom vernet knyttet til de enkelte diskrimineringsgrunnlag er forskjellig i ulike lover, vil dette reise en rekke rettslige spørsmål. Det gjelder særlig i den grad definisjonen av diskriminering og reglene om bevisbyrde og sanksjoner er forskjellige. Forskjellene kan være mer eller mindre tilsiktet. Bare den omstendighet at vernet er ulikt utformet, reduserer brukervennligheten og kan føre til unødige prosesser. Hensynet til bl.a. enkelthet og brukervennlighet tilsier en helhetlig regulering.»¹

I høringen av NOU 2003: 2 fikk forslaget om å utrede en samlet diskrimineringslov bred støtte. I

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) uttalte Arbeids- og administrasjonsdepartementet:

«Departementet ser at de ulike arbeidene som nå pågår på dette området aktualiserer spørsmålet om en helhetlig lovgivning i den forstand at man for eksempel opererer med én felles lov for alle typer forskjellsbehandling og alle grunnlag. Dette vil imidlertid kreve en grundig utredning, og tatt i betraktning tidsperspektivet på de ulike lovarbeidene, så vil det i første omgang bli nødvendig å operere med regulering av forbud mot forskjellsbehandling i flere lover.»²

Utvalget som la frem forslag til et diskrimineringsvern for personer med nedsatt funksjonsevne i NOU 2005: 8 mente også at en samlet diskrimineringslov burde utredes. Utvalget uttalte blant annet:

«Det menneskerettslige prinsippet om likeverd er det overordnede hensynet bak utvalgets vurderinger. Utvalget mener derfor at likeverd for mennesker med nedsatt funksjonsevne best kan ivaretas gjennom én felles antidiskrimineringslov. Ved å samle de ulike grunnlagene i en felles lov synliggjøres diskrimineringsforbudets menneskerettslige og universelle karakter. Utvalget antar videre at det vil ligge en vesentlig signaleffekt i en uttrykkelig sidestilling av de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Dette gjelder særlig de former for diskriminering som allmennheten er mindre oppmerksom på.»³

Utvalget viste til at hensynet til samordning allerede ligger til grunn bak lov om etnisk diskriminering, endringer i likestillingsloven og det felles håndhevingsapparat i diskrimineringsombudsloven. Videre uttalte utvalget:

«Utvalget legger videre vekt på at en lov som dekker et bredt spekter av grunnlag, bedre legger til rette for fokus på selve diskrimineringen, fremfor fokus på avgrensningen av diskrimineringsgrunnlaget. Erfaringene fra andre land viser at fokus på avgrensning av diskrimineringsgrunnlaget kan medføre at vernet reserveres for en snever personkrets, noe som hindrer effektiv anvendelse av reglene overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne. Utvalget antar at det kan oppstå liknende problemer i tilknytning til andre grunnlag, for eksempel etnisitet. Jo flere grunnlag som omfattes, jo

¹ NOU 2003: 2 punkt 4.3 side 15

² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 7.2 side 21.

³ NOU 2005: 8 punkt 9.3.3.6 side 136.

mindre avgjørende vil avgrensningen av det enkelte grunnlag være. Videre vil felles regulering være hensiktsmessig der diskrimineringen kan knyttes til flere grunnlag (multipel diskriminering) eller det er uklart hvilket grunnlag diskrimineringen kan knyttes til. Utvalget kan vise til at land som Canada, Irland og Australia har god erfaring med lovgivning som omfatter et bredt spekter av vidt definerte grunnlag.»⁴

Utvalget anbefalte at det skulle nedsettes et lovutvalg for å vurdere diskrimineringsvernet i et bredere menneskerettslig perspektiv og hvor de ulike grunnlagene skulle vurderes samlet i én lov.⁵ Dersom det skulle bli oppnevnt et lovutvalg for å vurdere en felles diskrimineringslov, ble det vist til at dette utvalget også bør gis i mandat å vurdere grunnlovsspørsmålet.⁶ Det ble også anbefalt at spørsmålet om hensiktsmessigheten av at Norge ratifiserer EMK protokoll nr. 12 utredes i et bredere perspektiv av det samme utvalget.

Regjeringen Stoltenberg II uttaler i Soria Moria-erklæringen (Den politiske plattformen for en flertallsregjering utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-2009) om diskrimineringsvernet:

«Regjeringen vil bekjempe all diskriminering. Alle skal ha krav på å få de samme muligheter til å utvikle seg, utnytte sine evner og leve sine liv, uavhengig av kjønn, sosial bakgrunn, religion, seksuell orientering, funksjonshemming eller etnisk tilhørighet».

Videre omtaler Regjeringen Stoltenberg II følgende om homofiles rettigheter:

«Vi vil sikre homofiles og lesbiskes rettigheter, støtte homofile og lesbiske i å leve åpent og aktivt motarbeide diskriminering.»

Stortingsrepresentanter fra Høyre fremmet 30. mars 2006 forslag om at Stortinget ber Regjeringen legge frem et forslag om en generell, overordnet diskrimineringslovgivning uavhengig av diskrimineringsgrunnlag. Det ble bedt om at regjeringen skulle fremme et slikt forslag senest innen utgangen av 2008. Forslaget fikk ikke flertall. I Stortingsdebatten opplyste arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hanssen at han ville nedsette et slikt utvalg, og at utvalget ville få om lag to år på sitt arbeid.⁷

⁴ NOU 2005: 8 punkt 9.3.6.6 side 136.

⁵ NOU 2005: 8 punkt 9.3.3.6 side 138.

⁶ NOU 2005: 8 punkt 9.5.2 side 142.

Stortingets behandling av grunnlovsforslag om diskrimineringsvern er det gjort nærmere rede for i punkt 25.1.

2.4 Referansegruppen

For å sikre at berørte interesser blir involvert i prosessen, opprettet Arbeids- og inkluderingsdepartementet i 2007 i samsvar med mandatet, en referansegruppe med representanter for ulike diskrimineringsgrunnlag, arbeidslivets parter og Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Følgende organisasjoner var representert i referansegruppen:

Akademikerne
Antirasistisk Senter
Arbeidsgiverforeningen Spekter
Ensliges Landsforbund
Fornyings- og administrasjonsdepartementet v/ Arbeidsgiveravdelingen
Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon (FFO)
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)
HIV Norge
Kompetansesenter for urfolks rettigheter
Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene (KIM)
KS
Kvinnefronten
Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner (LLH)
Landsforeningen for overvektige
Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)
Menneskerettsalliansen
MIRA-senteret
Norges Kvinne- og familieforbund
Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Reform – ressurscenter for menn
Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner (SAFO)
Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn
Statens råd for likestilling av funksjonshemmede
Statens seniorråd
UNIO
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Utvalget har hatt fire møter med referansegruppen:

⁷ Innst.S nr. 54 (2006-2007) og vedtak i Stortinget 18. desember 2007.

Den 29. august 2007 ble det holdt et innledende møte med referansegruppen om utvalgets samlede mandat.

Det andre møtet 25. februar 2008 omhandlet spørsmålet om utvidelse av diskrimineringsvernet til å omfatte nye grunnlag, og om loven bør ha en uttømmende eller ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunner, eventuelt i form av et saklighetskrav. Videre ble spørsmålet om forbudet mot diskriminering på grunn av alder og seksuell orientering også bør gjelde andre samfunnsområder enn arbeid og bolig tatt opp. Forut for drøftelsen var det innledninger om temaene ved professor dr. juris Aslak Syse fra Universitetet i Oslo, Rikke Randoff Hegnhøi fra Nordisk institutt for kunnskap om kjønn og Elisabeth Lier Haugseth fra Likestillings- og diskrimineringsombudet.

På det tredje møtet den 16. juni 2008 var temaet igjen utvidelse av diskrimineringsvernet, det vil si om det skal innføres vern for nye diskrimineringsgrunnlag og utvidelse av vernet for de grunnlag som i dag har vern kun på enkelte områder. Referansegruppen fikk konkrete spørsmål fra utvalget i forkant av møtet.

På det fjerde møtet med referansegruppen den 21. november 2008 var temaet arbeidsgivers aktivitetsplikt, i tillegg til hvilke sanksjoner som skal kunne ilegges ved diskriminering i strid med loven og hvilken myndighet Likestillings- og diskrimineringsnemnda skal ha. Referansegruppen fikk konkrete spørsmål fra utvalget i forkant av møtet.

I tillegg til innspill fra referansegruppen på møtene, har utvalget mottatt skriftlige innspill fra referansegruppens medlemmer.

2.5 Utvalgets arbeid med innstillingen

Utvalget har hatt 20 møter, hvorav de 4 møtene høsten 2007 i stor utstrekning ble benyttet til arbeidet med delinnstillingen NOU 2008: 1 Kvinner og homofile i trossamfunn.

Utvalget har hatt en egen hjemmeside: www.regjeringen.no/diskrimineringslovutvalget. På hjemmesiden var det oppgitt kontaktinformasjon med oppfordring om å gi innspill til utvalget.

Utvalget har hatt fire møter med referansegruppen, se punkt 2.4.

Videre inviterte utvalget organisasjoner som representerer personer med funksjonsnedsettelser til å komme på utvalgsmøtet den 5. januar 2009. På dette møtet kom Arne Lein og Janne Skei fra SAFO samt Berit Vegheim fra Stopp Diskrimi-

neringen. På møtet fikk utvalget innspill knyttet til vernet mot diskriminering av personer med nedsett funksjonsevne og tilgjengelighetsbestemmelsene i en samlet diskrimineringslov. Atle Larsen og Anne Therese Sortebekk fra Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon var forhindret fra å komme, men hadde et tilsvarende møte med utvalgets sekretariat i etterkant. Utvalgsmedlem Hege Brækhus og utvalgssekretær Elisabeth Vigerust møtte Statens råd for funksjonshemmede den 25. februar 2009.

Utvalget hadde også et møte den 5. januar 2009 med medlemmer i referansegruppen som representerte arbeidslivets organisasjoner. På møtet fikk utvalget innspill knyttet til forslaget om å styrke arbeidsgivernes aktivitetsplikt ved å innarbeide plikten i virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.

Som grunnlag for arbeidet med spørsmålet om å utvide diskrimineringsvernet, har utvalget fått gjennomført litteraturstudier knyttet til enkelte mulige nye diskrimineringsgrunnlag, og for grupper som i dag har diskrimineringsvern kun på arbeidslivets område. Fafo ved Arne Backer Grønningsæter og Bjørn Nuland har gjort en studie om homofile og hiv-positive, Diskriminering av lesbiske, homofile og bifile og av hiv-positive. NOVA ved Per Erik Solem ved har gjort en studie om eldre: («Eldres situasjon i samfunnet og diskriminering av eldre»). Videre har Gry Korneelia Skaug gjennomført en studie om tidligere straffedømte og rusavhengige: («Livssituasjonen blant tidligere innsatte, nåværende og tidligere rusavhengige med fokus på mulig diskriminering eller usaklig forskjellsbehandling»). Studiene er gjennomført for å få dokumentasjon om livssituasjonen til de grupper som grunnlagene særlig gjelder og om de utsettes for forskjellsbehandling og trakassering. Utredningene er nærmere omtalt i kapittel 13 i tilknytning til de enkelte diskrimineringsgrunnlagene, og er lagt ut på utvalgets hjemmeside.

Dernest har utvalget fått innhentet en utredning om rettspraksis ved diskrimineringslovgivning, utført av advokatfullmektig Else McClimans ved Advokatfirmaet Frøland & Co DA. Utredningen omfattet en innsamling av rettspraksis fra alle norske domstoler i tvister om diskrimineringslovene, der McClimans for så vidt gjelder dommer om oppreisning og erstatning, foretok en rettspolitisk analyse. Videre foretok hun en samlet oppsummering og vurdering av materialet i lys av behovet for en effektiv håndheving av diskrimineringslovgivningen. McClimans holdt innledning

om disse temaene på utvalgets møte 3. november 2008.

Videre har professor Janneke Gerards ved Universitetet i Leiden på oppdrag fra utvalget utredet flere forhold vedrørende tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK. Utredningen ble knyttet til hovedspørsmålet om ratifikasjon vil innebære utvidede forpliktelser for staten sammenliknet med gjeldende forpliktelser. Det vises til omtale av utredningen i punkt 24.3. Utredningen er tatt inn i vedlegg 2.

Endelig har Econ Pöyry på oppdrag av utvalget utredet samfunnsøkonomiske konsekvenser av utvalgets forslag om arbeidsgivers aktivitetsplikt (« Arbeidsgivers likestillingsarbeid innarbeides i virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid – samfunnsøkonomisk analyse»). En nærmere omtale av analysen gitt i punkt 17.2.5.9 og punkt 29.2.1.3. Utredningen ligger på Econ Pöyrys hjemmeside.

På utvalgsmøtet 3. november 2008 hadde utvalget et internt miniseminar om reaksjoner ved brudd på loven med utgangspunkt i spørsmålene om det er behov for å styrke håndhevingen av diskrimineringslovene og hvilke reformer som i tillegg bør vurderes. Inviterte innledere var

- Else McClimans (Advokatfirmaet Frøland & Co DA): Undersøkelsen fra rettspraksis om diskrimineringslovgivning.
- Christel Kirkøen (Likestillings- og diskrimineringsnemndas sekretariat): Erfaringer med reaksjonene i dagens diskrimineringslovgivning. Er det behov for endringer? Hva kan være aktuelt å endre?
- Elisabeth Lier Haugseth (Likestillings- og diskrimineringsombudet): Erfaringer sett fra ombudets side.
- Iben Rostock-Jensen (Det danske Ligebehandlingsnævnets sekretariat): Den danske nemndas kompetanse.

Kapittel 3

Diskriminering som fenomen og rettslig begrep

3.1 Diskriminering som fenomen

I samfunnet er det en rekke former for handlinger, praksis eller ytringer som virker eller kan virke begrensende på personers livsutfoldelse, redusere livskvaliteten, begrense muligheter og føre til at noen personer eller grupper på grunn av bestemte egenskaper får en dårligere stilling i samfunnet enn andre. Etter vanlig språkbruk og samfunnsvitenskapelig terminologi vil slike former for praksis, handlinger eller ytringer ofte betraktes eller benevnes som diskriminering.

Diskriminering kan skje i form av utestengning fra arbeidslivet og andre samfunnsområder. Vi ser for eksempel at noen grupper oftere forbigås ved ansettelse enn andre. Vi ser også at vi har et segregert arbeidsliv og bolig mønster. For eksempel er det en stor andel kvinner i visse yrker og sektorer i arbeidslivet. Tilsvarende er innvandrere overrepresentert i noen boligområder. Det er også en segregering med hensyn til transportmidler ved at personer med funksjonsnedsettelse ofte ikke kan benytte seg av offentlige kommunikasjonsmidler. Diskrimineringen kan føre til dårligere utdanning, dårligere arbeidsvilkår og dårligere økonomi. Dette kan føre til fattigdom og dannelse av en underklasse i samfunnet. En følge av diskrimineringen kan være demonisering og sosialt stigma knyttet til enkelte grupper, eventuelt definerer ut av det moralske fellesskapet. Vi ser at visse grupper er særlig utsatt for trakassering, vold og hatkriminalitet. Disse problemene kan gå i arv fra generasjon til generasjon.

I kapittel 12 om diskrimineringsgrunnlagene gjøres det nærmere rede for slike forhold med henvisninger til empiri om utsatte gruppers faktiske stilling i samfunnet.

Begrepet diskriminering etter vanlig språkbruk og samfunnsvitenskapelig terminologi er ikke entydig og brukes på mange ulike situasjoner som har ulik motivasjon eller karakter. Her beskrives noen karakteristiske trekk ved det som

gjernes betraktes som diskriminering, uten at det tas sikte på en uttømmende redegjørelse:

Med diskriminering siktes det gjerne til ulik behandling av like tilfeller, eller handlinger basert på personlige egenskaper som får negative konsekvenser for enkeltpersoner. Diskrimineringen kan ha form av handlinger som får en negativ virkning. Diskrimineringen kan også ha form av ytringer som oppleves som krenkende, sårende eller trakasserende.

Slik diskriminering kan være motivert av *fordommer* overfor bestemte grupper, ved at disse uriktig tillegges negative egenskaper. Det kan for eksempel legges til grunn at kvinner er dårligere ledere enn menn eller at en person i rullestol ikke vil fungere like godt i en jobb som saksbehandler som en som ikke er avhengig av rullestol.

Diskrimineringen kan også være motivert av *stereotypier*, det vil si at enkeltpersoner ikke behandles ut fra sine egne faktiske egenskaper og kvalifikasjoner, men i stedet tillegges egenskaper ut fra antakelser basert på tilhørighet til en gruppe. For eksempel kan det være at det uten videre legges til grunn at en ung kvinnelig jobbsøker snart vil bli gravid og ta fødselspermisjon, eller at personer med funksjonsnedsettelse har mer sykefravær enn andre eller ikke kan utføre de oppgavene som kreves i en arbeidssituasjon. I slike tilfeller *kan* det statistisk sett være grunnlag for å anta at dette med en viss sannsynlighet er eller vil bli aktuelt også i det individuelle tilfellet. Poenget er imidlertid at diskrimineringen baseres på generelle antakelser, og ikke på en konkret vurdering av den aktuelle personens egenskaper og kvalifikasjoner.

Ulik behandling av like tilfeller, eller dårlig behandling av personer basert på deres personlige egenskaper, vil ofte ikke være rasjonelt begrunnet. Slike handlinger kan imidlertid også ha en i og for seg rasjonell begrunnelse, for eksempel hvis et utested ikke ønsker å slippe inn mørkhudede fordi dette kan bety at virksomheten taper penger hvis de mister andre kunder på grunn av disses holdninger til innvandrere. Dis-

krimineringen vil da like fullt ha sin rot i fordommer eller stereotypier.

Diskriminering dreier seg imidlertid om mer enn handlinger eller ytringer som er basert på fordommer eller stereotypier. En annen form for diskriminering er *likebehandling, som får ulike virkninger* for ulike grupper fordi vi er forskjellige. For eksempel kan en uniformsregel som utelukker bruk av religiøse hodeplagg stenge muslimske kvinner eller mannlige sikher ute fra en arbeidsplass. Et krav på en arbeidsplass om å være tilstede utenfor vanlig arbeidstid kan være vanskelig for arbeidstakere med omsorg for små barn. I disse tilfellene består diskrimineringen i at det ikke tas hensyn til forskjeller når det gjelder kulturelle, økonomiske, personlige og andre forhold, og at alle behandles likt til tross for relevante forskjeller.

Manglende tilgjengelighet til bygninger, offentlige kommunikasjonsmidler, informasjonstjenester osv. som ellers er offentlig tilgjengelige, kan stenge noen ute eller begrense muligheten til å delta i samfunnet og dra nytte av tilbud og rettigheter på linje med andre. Manglende tilgjengelighet kan stenge noen grupper ute fra debattarenaer og informasjonstjenester. Dette er til hinder for full deltakelse i samfunnet og er et demokratisk problem.

Utformingen av bygninger, tjenester osv. og dermed tilgjengeligheten, bygger ofte på forestillinger om normalitet. Bygningene og tjenestene er tilpasset de som hører, ser, går, forstår norsk osv., og ikke «de andre», minoritetene som er annerledes og som dermed stenges ute.

Det er særlig personer med funksjonsnedsettelser som møter slike barrierer i samfunnet. For eksempel er bygninger og tjenestetilbud ofte ikke utformet slik at personer med funksjonsnedsettelse kan benytte seg av dem. Det kan være bygninger uten heis som gjør at rullestolbrukere ikke kommer inn. Det kan være automater som blinde og svaksynte ikke kan benytte. Muntlig informasjon kan utelukke døve. Manglende tilgjengelighet kan imidlertid også gjelde andre grupper. Et eksempel er informasjon som bare gis på norsk og ikke på andre språk, og som dermed ikke er tilgjengelig for innvandrere som ikke behersker norsk.

Manglende hensyn til forskjeller og manglende tilgjengelighet kan i noen tilfeller forklares med de praktiske og økonomiske kostnadene knyttet til å sikre tilgjengelighet eller å likebehandle på andre måter. Slike begrunnelser kan i og for seg være rasjonelle. Det kan være tale om

helt reelle kostnader. Det er for eksempel slik at ansettelse av en gravid kvinne nødvendigvis vil føre til fravær og behov for å ansette vikar, noe som kan bety praktiske og økonomiske ulemper for virksomheten. Ansettelse av personer med funksjonsnedsettelse kan utløse behov for tilrettelegging av arbeidet og arbeidsplassen.

Det kan imidlertid være slik at forskjellsbehandlingen bygger på feilaktige eller overdrevne antakelser om kostnader, for eksempel hvis det feilaktig antas at ansettelse av en funksjonshemmet arbeidstaker vil forutsette kostbar tilrettelegging. Det kan også være at kostnadene er reelle nok, men at de er så lave at det ikke er rimelig å legge vekt på dem.

I noen tilfeller er diskrimineringen åpen, synlig og lett å gjenkjenne. Moderne former for diskriminering er imidlertid oftere subtile og vanskelige å synliggjøre. Slike former for diskriminering kalles gjerne strukturell, institusjonell eller *systemisk diskriminering*. Det som kjennetegner systemisk diskriminering er at diskrimineringen ofte er knyttet til administrativ praksis og organisasjonskulturer som (uten saklig grunn) skaper eller bevarer en posisjon av relativ ulempe for noen grupper og relativ fordel for andre grupper. Administrativ praksis og organisasjonskulturer kan være tradisjonelle måter å gjøre ting på som folk tar som en selvfølge. Derfor er det vanskelig for de fleste å innse at nøytral praksis både kan bidra til å diskriminere og til å holde den skjult. Diskriminering assosieres oftest med en handling som er ondskapsfull og gjort med hensikt.

Ubevisste stereotypiseringer spiller imidlertid en stor rolle i evalueringsprosesser og mellommeneskelige forhold. De påvirker hvordan vi overhodet oppfatter og tolker ting, hva vi husker og ikke husker og hva vi legger vekt på. Fordi vi ikke er tilstrekkelig bevisst slike tendenser, tas det ikke de forholdsregler som er nødvendige for å motarbeide dem. Mange samfunnsvitenskapelige studier bekrefter slik systemisk diskriminering.¹

Utvalget har her beskrevet ulike fenomener og mekanismer som fører til at noen personer eller grupper får en dårligere stilling i samfunnet enn andre. Det er her tale om systematiske forskjeller og grunnleggende samfunnsproblemer på makro-nivå. Disse problemene har en annen karakter enn enkeltstående tilfeller av usaklig urett som noen opplever som enkeltindivider.

¹ Om systemisk diskriminering og undersøkelser om forekomsten av systemisk diskriminering, se Craig 2007 og Craig 2008.

Utvalget har sett på behovet for vern mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, religion og livssyn, funksjonsnedsettelse, alder, seksuell orientering, politisk syn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner), helse (inkludert hiv-positive), utseende, overvekt, omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående), straffedømte, rusavhengige og andre sosialt utsatte grupper, statsborgerskap, fødsel, sosial opprinnelse, sivilstand, bosted, eiendom og økonomisk stilling. Grupper som særlig er belyst er kvinner, innvandrere, etniske minoriteter, personer med funksjonsnedsettelse, homofile, eldre, transpersoner, overvektige, HIV-positive og rusavhengige. Det vises til kapittel 12 om diskrimineringsgrunner.

3.2 Det rettslige diskrimineringsbegrepet

Det rettslige diskrimineringsbegrepet – som er tema for utvalgets innstilling – omfatter ikke alle slike situasjoner som er beskrevet ovenfor i punkt 3.1. I vanlig språkbruk og i samfunnsvitenskapelige sammenhenger, brukes som nevnt uttrykket «diskriminering» ofte i en annen og videre betydning enn det som ligger i den rettslige betydningen av begrepet.

Diskriminering som rettslig begrep følger av menneskerettighetene og diskrimineringslovgivningens vern mot diskriminerende handlinger. Begrepet kan avgrenses ulikt og ha ulikt innhold etter de ulike menneskerettskonvensjonene og diskrimineringslovene, avhengig av en konkret fortolkning av det enkelte rettsgrunnlag. Noen fellestrekk lar seg imidlertid identifisere:

Diskriminering kan beskrives som usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til et eller flere diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsbegrepet omfatter direkte og indirekte forskjellsbehandling. Disse elementene forklares nærmere i det følgende.²

3.2.1 Forskjellsbehandling

Med forskjellsbehandling menes enhver handling i form av forskjell, utelukkelse, begrensning eller preferanse («distinction, exclusion, restriction or

preference»³) som har som formål eller effekt at noen kommer i en dårligere stilling eller behandles dårligere enn andre.

Begrepet forskjellsbehandling forutsetter at det foretas en *sammenlikning* mellom to eller flere personer. Forskjellsbehandling omfatter typisk de tilfeller der *like tilfeller* behandles ulikt. Det må være tale om relevante likhetspunkter mellom de personer og situasjoner det er aktuelt å sammenlikne med; ikke enhver likhet kan påberopes. Hva som er et tilstrekkelig relevant sammenlikningsgrunnlag må bero på en konkret tolkning. I en ansettelsessak vil det for eksempel kunne være at en arbeidssøker har minst like gode kvalifikasjoner for å utføre den aktuelle jobben som den som ble ansatt. En annen situasjon er der *vesensforskjellige tilfeller* behandles likt. I slike tilfeller kan det også være tale om forskjellsbehandling. Et eksempel er hvis det stilles samme krav til utførelse av arbeidsoppgaver og tilstedeværelse for arbeidstakere som er gravide og tar fødselspermisjon, som for andre arbeidstakere. I hvilke situasjoner en kan si at to tilfeller er så ulike at det kan være diskriminerende å behandle dem likt, må bero på en konkret tolkning.

For det første kan det sammenliknes med andre faktiske personer som er utsatt for den samme handlingen. For det andre kan det sammenliknes med en tenkt person, det vil si den aktuelle personen hvis en ser bort fra diskrimineringsgrunnlaget. Dette kalles gjerne for en hypotetisk sammenlikningsperson. I lovgivningen er dette gjerne formulert som at en behandles dårligere enn andre «blir eller ville blitt» i en tilsvarende situasjon. For eksempel kan en homofil mann som ønsker å leie en bolig være diskriminert hvis han ville fått leie om han ikke var homofil. Det er ikke nødvendig at en konkret heterofil person fikk leie i stedet.

Begrepet forskjellsbehandling forutsetter videre at det er tale om en *handling*. Med handlinger menes alle former for praksis, betingelser, vedtak, bestemmelser, avtaler osv.

En *ytring* er ikke en handling og regnes i utgangspunktet ikke som diskriminering i rettslig forstand. Trakassering og krenkende ytringer har imidlertid et spesifikt vern i diskriminerings- og straffelovgivningen. Vi har også særregler om stillingsannonser. Det er usikkert om selve annon-

² Om det rettslige diskrimineringsbegrepet i Craig 2007 side 25 flg., og om det menneskerettslige diskrimineringsbegrepet i Emberland 2006b side 197 flg. (de fellestrekkene han beskriver gjelder også for norsk diskrimineringslovgivning) og Makkonen 2005.

³ FNs menneskerettighetskomité om diskrimineringsforbudene i SP artiklene 2 nr. 1 og 26, avsnittene 7 og 13 i komiteens generelle kommentar om ikke-diskriminering, ICCPR General Comment 18 (Thirty-seventh session, 1989): Non-Discrimination, A/45/40 vol. I (1990) 173.

sen i seg selv kan regnes som en handling i diskrimineringsrettslig forstand (men kan vurderes annerledes som et ledd i en ansettelsesprosess). Tilsvarende gjelder med hensyn til det å stille bestemte spørsmål i ansettelsesintervjuer. Vi har særlige lovregler som forbyr å stille spørsmål om religion, politisk tilhørighet mv, ut fra sammenheng med diskrimineringsforbudet. Også i disse tilfellene er det usikkert om det er tale om en handling, selv om det å innhente opplysninger på andre måter vil måtte betraktes som en handling.

Utenfor disse lovregulerte tilfellene kan det likevel tenkes tilfeller der en ytring ut fra den sammenheng den er avgitt i bør vurderes annerledes. Det må antakelig trekkes et skille mellom mer frittstående meningsyttringer som ikke regnes som en handling, og uttalelser som ut fra den sammenheng de fremsettes medfører at loven er overtrådt. En uttalelse kan få konsekvenser hvis den påvirker andres handlinger. Dette kan for eksempel være hvis en arbeidsgiver offentlig uttaler at han ikke vil ansette medarbeidere som har en bestemt etnisitet. En slik uttalelse kan føre til at noen lar være å søke på en stilling, og vil dermed begrense adgangen til arbeidsmarkedet. Ytringer kan også være en indikasjon på at en handling er diskriminerende eller mangler saklig begrunnelse.

Vanligvis vil en forstå begrepet handling som noe en aktivt foretar seg. Noen former for *unnlatelser* vil imidlertid etter omstendighetene omfattes av diskrimineringsbegrepet: I noen av diskrimineringslovene er det uttrykkelig lovfestet at forbudet gjelder unnlatelser. I andre tilfeller må det samme innfortolkes. Det må regnes som en handling hvis noen får en fordel som andre stenges ute fra. Videre må det likestilles med en handling dersom det må antas at det ville skjedd en aktiv handling hvis det ikke hadde foreligget en diskrimineringsgrunn. Dette kan for eksempel forekomme ved manglende forlengelse av et midlertidig ansettelsesforhold på grunn av graviditet.

For at det skal være tale om diskriminering i rettslig forstand må forskjellsbehandlingen være av *negativ karakter*, forskjellsbehandlingen må ha som formål eller virkning at den aktuelle personen kommer i en dårligere stilling som følge av forskjellsbehandlingen. Hvordan handlingen oppfattes har ikke betydning. Selv om en handling eller en situasjon oppleves som «diskriminerende» fordi den er krenkende, urimelig eller urettferdig, regnes den derfor ikke av denne grunn som diskriminerende. Videre er det ikke

nødvendig at den som forskjellsbehandler har en diskriminerende hensikt, eller at han eller hun forsto eller burde forstått at handlingen ville føre til et negativt resultat. Det vil altså være nok å påvise at handlingen har en slik virkning.

Fordi tilgjengelighet og tilrettelegging har stor betydning for å oppnå likestilling, regnes manglende tilgjengelighet og tilrettelegging som diskriminering i rettslig forstand.

3.2.2 Saklig forskjellsbehandling er ikke diskriminering

Egentlig forskjellsbehandler alle mennesker hele tiden, i dagliglivets mange små og store beslutninger, i offentlige etater og i private virksomheter. Vilkår knyttet til rettigheter betyr nødvendigvis at noen utestenges, vilkår for å ta opp lån betyr at ikke alle får lån, ansettelse av en person i en stilling betyr at en eller flere andre ikke får jobben osv. Dette er bare noen av svært mange eksempler på forskjellsbehandling. Det er imidlertid klart at ikke alle disse tilfellene av forskjellsbehandling regnes som diskriminering.

Forskjellsbehandling som er saklig regnes ikke som diskriminering i rettslig forstand. Forskjellsbehandling er et nødvendig, men ikke et tilstrekkelig, vilkår for å påvise diskriminering (jf. punkt 3.2.1). Ikke enhver forskjellsbehandling er diskriminering i rettslig forstand; med diskriminering menes *usaklig* forskjellsbehandling. Kravet om saklighet er et element i diskrimineringsbegrepet.

Selv om saklighetskravet formuleres forskjellig i ulike konvensjoner og lover, er det neppe noen realitetsforskjell mellom de ulike formuleringene. I noen konvensjoner og lovtekster er avgrensningen mot saklig forskjellsbehandling ikke formulert uttrykkelig, jf. for eksempel i SP, EMK og likestillingsloven. En slik avgrensning må likevel innfortolkes. FNs menneskerettskomite har uttrykt saklighetskravet som et krav om at forskjellsbehandlingen er «reasonable and objective».⁴

Hovedelementene i det diskrimineringsrettslige saklighetskravet er at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål, den må være nødvendig eller hensiktsmessig og den må være forholdsmessig.

Det kan være vanskelig å få tak på hva som ligger i kravet til saklig formål. Dette må uansett vur-

⁴ General Comment No. 18 (Non-discrimination), 37th session (1989), avsnitt 13.

deres konkret i det enkelte tilfelle. Når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse vil det være et krav om legitime målsettinger som ivaretagelse av offentlig helse, ivaretagelse av landets økonomiske velferd, beskyttelse av andres rettigheter og friheter, bekjempelse av kriminalitet, mv. Handlinger basert på subjektive oppfatninger, følelser, vilkårlig maktbruk, fordommer og stereotyper er typiske eksempler på usaklige formål.

Saklighetskravet kan ses som et krav om en forholdsmessighetsvurdering, det vil si en avveining mellom individets interesser og behov for diskrimineringsvern på den ene siden, og de motstridende interesser og behov på den andre siden. Det skal foretas en avveining mellom formålet med forskjellsbehandlingen, og hensiktsmessigheten og konsekvensene av det middel som er valgt for å nå formålet. Kravet er imidlertid også noe mer enn en slik mål/ middel-avveining. Kravet henviser også til en totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov, hvor særlig behovene for menneskerettslig beskyttelse for enkeltindividet blir vurdert opp mot flertallets, samfunnets og myndighetenes behov for å forskjellsbehandle.⁵

Utvalget legger til grunn at begrepet «diskriminering» forbeholdes den usaklige forskjellsbehandlingen (som etter omstendighetene er ulovlig). Utvalget vil imidlertid bemerke at uttrykkene diskriminering og forskjellsbehandling i andre sammenhenger ofte anvendes om hverandre, uten at det er tilsiktet ulikt innhold. Se punkt 15.4.

3.2.3 Positiv særbehandling

Positiv særbehandling er forskjellsbehandling av bestemte grupper for å fremme likestilling. Særbehandlingen skal kompensere for at enkelte grupper har en svakere posisjon i samfunnet enn andre, som kan svekke de reelle forutsetningene for å nyttiggjøre seg rettigheter og muligheter.

Positiv særbehandling kan skje på ulike måter. Det kan være tale om å kvotere innvandrere til visse utdanningsinstitusjoner ved å gi søkere med minoritetsbakgrunn ekstrapoeng ved opptak. En arbeidsgiver kan ha som praksis at søkere med funksjonsnedsettelse alltid innkalles til intervju dersom de er kvalifisert til stillingen. Studenter med funksjonsnedsettelse kan få mulighet til lengre tid på eksamensbesvarelser. Et annet eksempel er at en kvinnelig arbeidssøker skal gå foran en mannlig søker dersom hun har like eller tilnær-

met like gode kvalifikasjoner (moderat kvotering). En annen form for kvotering kan være å øremerke visse stillinger for kvinner.

Særbehandling av noen vil isolert sett innebære at andre behandles mindre fordelaktig, for eksempel hvis kvotering fører til at en person ikke får en stilling han eller hun ellers ville fått. Fordi særbehandlingen kan virke negativt for noen enkeltpersoner, er adgangen til positiv særbehandling for å fremme likestilling i diskrimineringslovgivningen begrenset og hjemlet i særlige unntak fra diskrimineringsforbudet.

3.2.4 Diskrimineringsgrunnlag

For at det skal være tale om diskriminering må forskjellsbehandlingen kunne spores tilbake til ett eller flere bestemte tilknytningspunkter eller identifikasjonskriterier hos en person. Det er vanlig å kalle disse tilknytningspunktene for diskrimineringsgrunnlag. Et diskrimineringsgrunnlag er med andre ord et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle noen forskjellig fra andre i en tilsvarende situasjon. Diskrimineringsgrunnlagets funksjon i lovgivningen er å angi et forhold som i utgangspunktet ikke kan begrunne dårligere behandling av mennesker.

Kravet om bestemte diskrimineringsgrunnlag følger av konvensjonstekster og lovtekster. Diskrimineringsgrunnlag i norsk diskrimineringslovgivning er kjønn, etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion, livssyn, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, nedsatt funksjonsevne, alder, midlertidig ansettelse eller deltidsansettelse. Menneskerettighetskonvensjonene har ytterligere noen grunnlag, som for eksempel fødsel, eiendom og sosial opprinnelse.

Det enkelte diskrimineringsgrunnlag må fortolkes. Det kan sies at hvert grunnlag har et kjerneområde, samt en randsone (grunnlagets ytterpunkter). I randsonen kan det være tale om andre forhold enn det aktuelle grunnlaget, men som har nær sammenheng med grunnlaget. I noen situasjoner er det tale om tilfeller der det ikke følger av en naturlig eller språklig forståelse av ordlyden å innfortolke et vern. Når det gjelder for eksempel kjønn er det biologiske kjønn i grunnlagets kjerneområde, mens transseksualisme og eventuelt kjønnsidentitet er i grunnlagets randsone. Når det gjelder nedsatt funksjonsevne vil det å være blind være i grunnlagets kjerneområde, mens HIV-positive vil være i grunnlagets randsone.

⁵ Emberland 2006b side 218.

Det vises for øvrig til kapittel 12 om diskrimineringsgrunnlagene. Spørsmålet om diskriminering på flere grunnlag behandles i kapittel 14.

I norsk diskrimineringslovgivning er diskrimineringsgrunnlagene uttømmende angitt. Hvis et tilfelle av forskjellsbehandling ikke kan innfortolkes i noen av de lovfestede grunnlagene, vil forskjellsbehandlingen heller ikke regnes som diskriminering. I flere menneskerettighetskonvensjoner er imidlertid listen over diskrimineringsgrunnlag ikke uttømmende; det er lagt til en sekkekategori («annen status» eller liknende) som også kan omfatte andre diskrimineringsgrunner som ikke er listet opp. Det vises til punkt 13.4 der utvalget vurderer om en tilsvarende sekkekategori skal innføres i norsk diskrimineringslovgivning.

Norsk diskrimineringslovgivning er som hovedregel *symmetrisk*, i den forstand at den beskytter både de grupper som tradisjonelt er bedre stilt og de grupper som er dårligere stilt. For eksempel kan forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn påberopes av både menn og kvinner. Eller sagt på en annen måte: Vi har alle et kjønn, på samme måte som vi har en alder, en seksuell orientering, en etnisk bakgrunn osv. FNs kvinnekonvensjon er derimot et eksempel på en *asymmetrisk* diskrimineringslovgivning, fordi den bare gjelder diskriminering av kvinner. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven beskytter tilsvarende bare personer med nedsatt funksjonsevne. Vi har alle en funksjonsevne, enten den er nedsatt eller ikke, men det er bare personer med *nedsatt* funksjonsevne som kan påberope seg lovens diskrimineringsvern.

3.2.5 Direkte og indirekte diskriminering

Både lovgivning og juridisk teori opererer med begrepene direkte og indirekte diskriminering. Forenklet kan en si at direkte diskriminering er knyttet til forskjellsbehandling som har som formål eller direkte virkning at noen stilles dårligere enn andre; mens det er tale om indirekte diskriminering hvis en handling får skjeve virkninger fordi ulike tilfeller behandles på en slik måte at det ikke tas hensyn til ulikhetene. Forskjellsbehandlingen er ikke diskriminerende dersom den er saklig, jf. avgrensningen mot saklig forskjellsbehandling i punkt 3.2.2. Utvalgets nærmere forståelse av disse begrepene forklares i det følgende.

Med *direkte diskriminering* forstås utvalget de tilfeller der en handling har som formål eller virkning at noen på grunn av et eller flere diskrimine-

ringsgrunnlag, blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon. En persons kjønn, etnisitet, religion, seksuelle orientering, funksjonsevne el. legges altså til grunn for å behandle personer ulikt eller ufordelaktig. Det avgjørende i disse tilfellene er at det foreligger et diskriminerende element i handlingen eller dens begrunnelse. Diskrimineringen behøver ikke være bevisst eller villet. Et eksempel her er en sak som ombudet behandlet i 2007. Saken gjaldt en kvinne av asiatiske opprinnelse og hennes venninne som ble nektet å ta inn på et hotell i Oslo sentrum. Ifølge hotellets egne retningslinjer kunne personer bosatt i Oslo og/eller omegn avvises. Begrunnelsen var at de dermed kunne være prostituerte eller narkomane. Det var ingen andre forhold omkring kvinnene som kunne gi hotellet mistanke om at de tilhørte denne uønskede kundegruppen. Ombudet mente at det var grunn til å tro at resepsjonisten mest sannsynlig hadde antatt at kvinnene var prostituerte eller narkomane fordi de var kvinner og asiatiske. Ombudet la derfor til grunn at kvinnene var blitt avvist på grunn av kjønn og etnisitet.⁶

Med *indirekte diskriminering* forstås utvalget enhver tilsynelatende nøytral handling som fører til at noen grupper stilles dårligere enn andre. Begrepet indirekte diskriminering er definert i flere av diskrimineringslovene. Forenklet kan en si at poenget med begrepet indirekte diskriminering er at også «lik» behandling som får ulik virkning for ulike grupper, omfattes av diskrimineringsbegrepet.

Indirekte diskriminering kjennetegnes for det første ved at forskjellsbehandlingen skjer på et nøytralt grunnlag, det vil si et grunnlag som ikke er lovfestet/ forbudt (diskrimineringsgrunnlag). Det kan for eksempel være tale om å legge vekt på ansiennitet ved lønnsfastsettelse. Dette vil kunne ramme yngre eller kvinnelige arbeidstakere, fordi yngre eller kvinner vil gjerne ha kortere ansiennitet enn eldre eller mannlige arbeidstakere (kvinner på grunn av permisjoner, fravær og avbrudd fra arbeidet i tilknytning til fødsler og omsorg for barn).

Et annet kjennetegn er at forskjellsbehandlingen får skjev virkning for en bestemt gruppe sammenliknet med andre. Både faktiske virkninger og mulige virkninger er relevante.

Et tredje kjennetegn er at den skjeve virkningen for gruppen har sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag. Den skjeve virkningen må

⁶ Ombudets sak nr. 07/649, Praksis 2007 side 61.

gjelde en gruppe som har til felles en egenskap eller et forhold som faller under et av diskrimineringsgrunnlagene. Et eksempel er rett til lønnspålegg som forutsetter at arbeidstakerne har arbeidet det siste året, noe som vil utelukke arbeidstakere som har hatt foreldrepermisjon. Det at kvinner tar mer permisjon enn menn, betyr at flest kvinner blir utelukket, noe som knytter den

skjeve virkningen til diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Et annet eksempel er et krav om lang erfaring som vil være vanskelig for yngre personer å oppfylle. Det å være ung faller under diskrimineringsgrunnlaget alder. Krav om lang erfaring kan dermed, avhengig av en saklighetsvurdering, være indirekte aldersdiskriminering.

Kapittel 4

Internasjonalt vern mot diskriminering

4.1 Innledning

Utvalget skal ifølge mandatet gjøre rede for Norges internasjonale forpliktelser. Utvalget skal videre drøfte og påse at lovforslaget er i tråd med relevante EU-direktiv på området.

Diskrimineringsvern, i et menneskerettslig perspektiv, følger av en rekke FN-konvensjoner, jf. punkt 4.3. Tilsvarende forpliktelser følger av ILO-konvensjoner og Europarådets konvensjoner, jf. punkt 4.4 og 4.5. Diskrimineringsvern følger også av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og det EU-rettslige regelverket, se punkt 4.6.

4.2 Generelt om diskrimineringsvernet i internasjonale regler

Ikke-diskriminering er anerkjent som folkerettslig sedvanerett. Med folkerettslig sedvanerett siktes til handlemåter som følges fordi statene føler seg forpliktet til det. Forbudet mot diskriminering har dermed generelt status som bindende rettsnorm på det internasjonale plan.¹ På visse begrensede områder, for eksempel systematisk rasediskriminering, er det folkerettslige vernet sterkt. Prinsippet om likhet og ikke-diskriminering er også nedfelt i FNs Verdenserklæring av 1948, jf. artikkel 2 og 7.

Ikke-diskriminering er et prinsipp og en rettslig norm som også er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert. Det er i konvensjonene det internasjonale diskrimineringsvernet er blitt operasjonalisert. Konvensjonene dekker ulike områder og har ulike formål. Det sentrale for utvalgets arbeid er det menneskerettslig forankrede diskrimineringsvernet. Prinsippet om likhet og ikke-diskriminering ligger som en begrunnelse for de enkelte rettighetene etter menneskerettighetskonvensjonene, som

gjelder «enhver», det vil si alle individer uavhengig av status mv.

Store deler av EØS-retten og EU-retten, og Norges forpliktelser etter WTO-regelverket, kan også betraktes som utslag av tanken om likhet og ikke-diskriminering. Deler av diskrimineringsvernet i EØS-retten og EU-retten kan sies å være forankret i menneskerettslige ideer, og er derfor relevant for utvalgets arbeid. Ikke-diskriminering vil også kunne forankres i prinsippet om effektiv ressursutnyttelse gjennom markedet, noe som står sentralt i WTO-regelverket og i EØS- og EU-retten. Disse formene for diskrimineringsvern er ikke tema for utvalgets arbeid. Grensene mellom ulike former for diskrimineringsregler i folkeretten kan imidlertid være vanskelige å trekke.

Med diskriminering innenfor det menneskerettslige området menes i forhold til alle konvensjoner bestemte former for forskjellsbehandling som mangler saklig og objektiv grunn. Diskrimineringsvernet har en klar kjerne, men rekkevidden av rettsreglene er vanskelig å fastslå med sikkerhet nettopp fordi kriteriene for hva som utgjør rettsstridig diskriminering ikke er entydige. Diskrimineringsbegrepet i menneskerettighetskonvensjonene og i EØS-retten utvikles og utdypes gjennom vedtakelse av nye rettsakter og ved internasjonale domstolers og andre overvåkingsorganers dynamiske fortolkning av eksisterende forpliktelser. En står ikke overfor en statisk folkerettslig størrelse, men en rettsstilstand i utvikling. Retten til ikke-diskriminering må også avveies i forhold til andre menneskerettigheter så langt disse kommer i konflikt med hverandre. For eksempel vil hensynet til religionsfriheten bety at det kan være adgang til å gjøre unntak for trossamfunn når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av religiøs overbevisning.

Det menneskerettslige diskrimineringsvernet har historisk sett først og fremst rettet seg mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet og minoritetsbakgrunn, språk samt politisk og religiøs overbevisning. Diskriminering på grunn av eiendom, fødsel og sosial opprinnelse og status er

¹ Justesen 2007 side 184.

også regulert i flere konvensjoner. Diskriminering som følge av helsetilstand er kun uttrykkelig omtalt i Den europeiske sosialpakt, men vil også kunne tenkes omfattet av andre konvensjoner. Alder og seksuell orientering er ikke særskilt nevnt i noen av konvensjonenes ikke-diskrimineringsbestemmelser, men ifølge praksis omfatter flere av konvensjonene også seksuell orientering og aldersdiskriminering. Det er også grunn til å merke seg at oppregningene av diskrimineringsgrunner ikke er uttømmende verken i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, Den europeiske menneskerettskonvensjon eller i Den europeiske sosialpakt. Det kan synes å være en tendens i retning av å trekke stadig flere forhold inn under diskrimineringsvernet.

Konvensjonsbestemmelsene som gir vern mot diskriminering kan deles inn i tre grupper. En type regulering er konvensjonsbestemmelser som innebærer et selvstendig diskrimineringsforbud, og forbyr diskriminering på generelt grunnlag, som Den europeiske menneskerettskonvensjon tilleggsprotokoll nr. 12 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26. Formelt er disse de mest omfattende antidiskrimineringsreglene. En annen regulering er konvensjoner som forbyr diskriminering på de områder konvensjonen for øvrig regulerer gjennom rettighetsbestemmelser (såkalt aksessorisk diskrimineringsforbud), eksempelvis Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 14 og artikkel 2 nr. 1 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. En tredje type er bestemmelser som forbyr diskriminering innen et tematisk avgrenset område eller på enkelte diskrimineringsgrunnlag, som FNs kvinnekonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon.

Regelsettene har ellers det til felles at de på ulike måter forplikter Norge til å innføre et likebehandlingsprinsipp. Reglene innebærer en plikt for staten til å fremme eller sikre retten til ikke å bli diskriminert av visse grunner. Staten er forpliktet til å følge en politikk som fremmer likebehandling/bekjemper diskriminering. Forpliktelsen skal gjennomføres ved lovgivning eller ved andre tiltak. Hvilke tiltak som skal eller bør iverksettes avhenger av mange faktorer, blant annet hvilken internasjonal avtale forpliktelsen springer ut fra. Staten skal i tillegg til å unngå å diskriminere selv i lovgivningen og ved utøvelse av offentlig virksomhet (blant annet når staten opptrer som arbeidsgiver), også arbeide for likebehandling/eliminering av diskriminering på det mellommenneskelige plan. Staten skal således også sikre at

private aktører handler i tråd med prinsippet om ikke-diskriminering. Det varierer fra konvensjon til konvensjon, og fra situasjon til situasjon, hvor omfattende plikter staten og de offentlige myndigheter har til å sørge for ikke-diskrimineringstiltak i det private rom.

Ved ratifikasjon av en konvensjon forplikter staten seg til å respektere rettighetene som tillegges individene innenfor statens myndighetsområde. Utgangspunktet i den internasjonale menneskerettighetsbeskyttelse er at individene skal beskyttes mot overgrep fra statsmaktenes side. Konvensjonene regulerer forholdet mellom stat og individ, og kun staters handlinger eller mangel på handling kan bringes inn for konvensjonenes tilsynsorganer og dermed bli gjenstand for internasjonal vurdering. Diskrimineringsvernets tradisjonelle fokus er statens plikt til å unnlate å diskriminere (såkalt «negativ plikt»), for eksempel gjennom diskriminerende lovgivning eller forvaltningsvedtak. Men det menneskerettslige diskrimineringsvernet innebærer også forpliktelser for myndighetene til aktivt å sørge for at likhetsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering ivaretas gjennom myndighetshandlinger og annen myndighetsadferd (såkalte «positive plikter»). Det kan for eksempel være forpliktelser til gjennomføring av informasjonstiltak eller til å gi lovgivning som gjør diskriminering ulovlig. Dermed er diskrimineringsvernet også et regelsett som forplikter staten, til en viss grad, til å sørge for eliminering av diskriminering også i den private sfære og i mellommenneskelige relasjoner. For eksempel innebærer diskrimineringsvernet en plikt til å innrette lovgivningen slik at den beskytter mot privatpersoners krenkelse av andres rettigheter.² Hvorvidt den enkelte konvensjon innebærer en slik positiv plikt for staten til å gjennomføre rettighetene, altså har en sikringsplikt, og hvor omfattende plikter det vil være tale om, beror på en tolkning av hver enkelt rettighet.

Et annet spørsmål er hvorvidt, og i hvilken utstrekning, en privatperson kan påberope seg menneskerettslige konvensjoners diskrimineringsvern som individuelle rettigheter i tvister med andre privatpersoner, slik at menneskerettskonvensjonene eventuelt kan anvendes

² EMD, sak nr. 7601/7606 og 7806/77, dom 13. august 1981 i saken Young, James og Webster mot Storbritannia. Britisk lovgivning var her i strid med artikkel 11, fordi den tillot avskjedigelse av en langvarig ansatt arbeidstaker som ikke ønsket å melde seg inn i en fagforening som etter arbeidstakers ansettelse hadde inngått en eksklusivavtale («closed shop») med arbeidsgiveren.

direkte for å pålegge privatpersoner plikter. Dette er et spørsmål om konvensjoner har såkalt tredjepartsvirkning. Det diskrimineringsvern som er uttrykt i menneskerettslige konvensjoner kan vanskelig tolkes og anvendes slik at privatpersoner direkte pålegges rettslige forpliktelser. Traktatene forplikter statene, og det er i så fall staten som eventuelt må ansvarliggjøres for den diskriminering som forekommer på det mellommenneskelige plan. Dette er et strukturelt forhold ved det menneskerettslige diskrimineringsvernet som eksisterer også om traktatene blir gjort til intern lovgivning, for eksempel gjennom inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner.

En kan likevel ikke helt utelukke at det kan være aktuelt å anvende diskrimineringsbestemmelser i menneskerettighetskonvensjoner som ikke er gjort til intern lovgivning direkte på private parter. Presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk rett presumeres å være i samsvar med internasjonale forpliktelser, innebærer at konvensjonene kan bidra til å utfylle og tolke den norske lovgivningen. På denne måten kommer konvensjonsforpliktelsene inn ved tolkning og anvendelse av norsk lov.

Spørsmålet om en konvensjon som er inkorporert i det nasjonale rettssystemet kan ha direkte tredjepartsvirkning, må bero på en tolkning av den enkelte konvensjonsbestemmelse og situasjonen i den enkelte sak. Den direkte ansvarliggjøring av privatpersoner skjer best og mest effektivt på det nasjonalrettslige plan og gjennom andre former for rettslige regler enn inkorporerte traktatbestemmelser. Og som sagt over, kan det utledes en plikt for staten etter konvensjonene til å sørge for at også diskriminering mellom individer eller i den private sfære for øvrig adresseres og eventuelt forbys.

4.3 FN-konvensjoner

4.3.1 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP) har flere bestemmelser om rett til ikke-diskriminering.

Etter konvensjonens artikkel 2 nr. 1 forplikter statene seg til å respektere og sikre rettighetene etter konvensjonen, uten forskjellsbehandling av noe slag, slik som forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.

Diskrimineringsvernet gjelder de rettigheter som anerkjennes etter konvensjonen, som religionsfrihet, yringsfrihet, organisasjonsfrihet mv. Konvensjonen gir altså vern mot diskriminering innenfor de rettighetene konvensjonen gir. Sentrale rettigheter etter konvensjonen er religionsfrihet, foreningsfrihet, politiske rettigheter og likhet for loven. Etter artikkel 2 nr. 2 plikter konvensjonspartene å treffe slike lovgivningsmessige eller andre tiltak som vil være nødvendige for å gjennomføre rettighetene etter konvensjonen. Det følger altså en plikt til aktivt å sikre rettighetene etter konvensjonen.³

Etter artikkel 24 skal ethvert barn, uten forskjellsbehandling av hensyn til rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, nasjonal eller etnisk opprinnelse, eiendom eller fødsel ha rett til beskyttelses tiltak fra familiens, samfunnets og statens side som dets stilling som mindreårig krever.

Det følger av artikkel 26 at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby enhver form for forskjellsbehandling. Bestemmelsen forbyr altså diskriminering på generelt grunnlag. Diskrimineringsforbudet er således 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.

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

Norge har signert tilleggsprotokollen om individuell klagerett, slik at individer på visse vilkår kan bringe påstander om manglende etterlevelse av diskrimineringsvernet fra myndighetenes side inn for FNs Menneskerettighetskomité. I tillegg utøver Menneskerettighetskomitéen en overvåkningsfunksjon overfor myndighetene ved sin behandling av de periodiske rapporter som statene er forpliktet til å sende inn til komiteen.

4.3.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Etter FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966 (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

³ Møse 2002 side 92.

eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status forøvrig. Viktige rettigheter etter konvensjonen er rett til arbeid, rettferdige og gode arbeidsvilkår, foreningsfrihet, rett til utdanning og deltakelse i det kulturelle liv. Det følger altså en plikt til å sikre rettighetene etter konvensjonen. Omfanget av disse handlingspliktene er likevel begrenset i praksis.

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. Det er ikke individuell klagerett etter konvensjonen, og det finnes dermed heller ikke et internasjonalt klageorgan som kan behandle individuelle tvister. Staten er imidlertid forpliktet til å levere statsrapporter til FNs komité om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og komiteen utøver derfor en viss kontroll med myndighetenes etterlevelse gjennom behandlingen av slike rapporter.

4.3.3 FNs konvensjon mot diskriminering av kvinner

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner fra 1979 (FNs kvinnekonvensjon) pålegger statene å forby all diskriminering av kvinner og å innføre et rettsvern for kvinners rettigheter på lik linje med menns, for å sikre kvinner effektiv beskyttelse mot enhver diskriminerende handling, jf. artikkel 2 bokstav b og c. Statene har altså en plikt til å sikre rettighetene etter konvensjonen gjennom aktive tiltak. Sikringsplikten er nokså detaljert utformet i konvensjonsteksten. Konvensjonen gjelder på alle samfunnsområder, men har særlige bestemmelser om arbeid, undervisning, det politiske og offentlige liv, helseområdet mv.

Konvensjonen og tilleggsprotokollen om individklageadgang gjelder som norsk lov, jf. likestillingsloven § 1 b. Det er fremmet forslag om å innlemme konvensjonen og tilleggsprotokollen i menneskerettsloven, slik at konvensjonen gis forrang foran nasjonale lover i strid med konvensjonen.⁴ Norge har signert tilleggsprotokoll til konvensjonen om individklageadgang. FNs Kvinnekomité har, i likhet med FNs Menneskerettighetskomité, dermed mulighet til å behandle konkrete tvister mellom individet og norske myndigheter. I tillegg utøver FNs Kvinnekomité en overvåkingsfunksjon gjennom statsrapporteringssystemet.

4.3.4 FNs konvensjon mot rasediskriminering

FNs konvensjon fra 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering forplikter statene til å følge en politikk rettet mot bekjempelse av rasediskriminering, jf. artikkel 2. Statene skal forby og avskaffe enhver form for rasediskriminering, og garantere likhet for loven uten forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, fra enhver persons, gruppes eller organisasjons side, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav d. Dette gjelder særlig i forbindelse med retten til likebehandling for domstolene og andre rettshåndhevsorganer, retten til personlig sikkerhet, politiske rettigheter og andre borgerlige rettigheter, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, samt retten til adgang til alle steder og tjenester til bruk for allmennheten, jf. artikkel 5.

Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. lov mot etnisk diskriminering § 2. Norge har i henhold til særskilt erklæring akseptert at Rasediskrimineringskomiteen kan behandle individklager, jf. konvensjonen artikkel 14. I tillegg utfører komiteen overvåking av Norges forpliktelser gjennom vurdering av de periodiske rapporter som staten utarbeider.

4.3.5 FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne

FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne fra 2006 forbyr diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse på alle områder, og forplikter statene til å treffe lovgivningsmessige og andre tiltak for å oppfylle menneskerettighetene også for mennesker med funksjonsnedsettelse. Det gjelder sivile og politiske rettigheter som retten til liv, frihet fra tortur, ytringsfrihet og retten til privatliv. Det gjelder også økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter som retten til utdanning, retten til helsetjenester og retten til sosial sikkerhet og en viss levestandard.

Et grunnleggende prinsipp i konvensjonen er prinsippet om ikke-diskriminering, jf. artikkel 3 b. Prinsippet om ikke-diskriminering er utdypet i artikkel 5. Konvensjonsstatene skal forby enhver form for diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne lik og effektiv rettslig beskyttelse mot diskriminering. Med sikte på å fremme likhet og avskaffe diskriminering skal konvensjonsstatene treffe alle hensiktsmessige tiltak for å sikre rimelig tilrettelegging.

⁴ Ot.prp. nr. 93 (2008-2009).

Konvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 13. desember 2006. Norge har undertegnet konvensjonen, men har foreløpig ikke ratifisert. Ratifikasjon innebærer at man påtar seg en folkerettslig forpliktelse til å etterleve konvensjonens bestemmelser. Undertegning innebærer en forpliktelse til ikke å handle i strid med konvensjonens formål og at Norge tar sikte på å ratifisere konvensjonen på et senere tidspunkt. Spørsmålet om ratifikasjon er under vurdering.

Norge har ikke signert tilleggsprotokollen om individuell klagerett ved brudd på rettighetene etter konvensjonen. Spørsmålet om Norge skal tilslutte seg denne er til vurdering.

4.3.6 FNs barnekonvensjon

FNs konvensjon om barnets rettigheter fra 1989 sier i artikkel 2 at barn ikke skal diskrimineres på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendom, funksjonshemming, fødsel eller annen status. Diskrimineringsvernet gjelder de nevnte forhold hos barnet selv, dets foreldre eller verge. Diskrimineringsforbudet gjelder de områder som konvensjonen regulerer. Konvensjonen har bestemmelser om rett til utdanning, helsetjenester, privatliv, religionsfrihet osv.

Etter artikkel 2 nr. 1 skal konvensjonspartene «respekt og garantere» rettighetene etter konvensjonen, uten forskjellsbehandling av noe slag. Etter artikkel 2 nr. 2 skal konvensjonspartene treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at barnet blir vernet mot enhver form for forskjellsbehandling eller straff på grunnlag av stilling, virksomhet, uttalte meninger eller trosoppfatning hos barnets foreldre, verge eller familie-medlemmer. Etter artikkel 4 skal partene sørge for alle lovgivningsmessige, administrative og øvrige tiltak som er nødvendige for å virkelig gjøre de rettighetene som anerkjennes i konvensjonen.

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. Det er ikke individuell klagerett etter barnekonvensjonen. FNs Barnekomité utøver kontroll med Norges etterlevelse av konvensjonens forpliktelser gjennom sin behandling av statsrapporter som leveres komiteen.

4.3.7 FNs konvensjon mot diskriminering i undervisning

FNs konvensjon mot diskriminering i undervisning fra 1960 gjelder ifølge artikkel 1 enhver forskjell, utelukkelse, begrensning eller begunstiggelse på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politiske eller andre anskuelser, nasjonal eller sosial opprinnelse, økonomiske forhold eller fødsel, hvis formål eller virkning er å oppheve eller svekke likestilling i undervisningen. Etter konvensjonen er statene forpliktet til å sørge for, om nødvendig ved lovgivning, at det ikke er noen diskriminering med hensyn til elevenes adgang til undervisningsinstitusjoner, jf. artikkel 3. Etter artikkel 4 forplikter statene seg til å formulere, utvikle og gjennomføre en nasjonal politikk som vil bidra til å fremme lik adgang og behandling i undervisningsspørsmål. Det hører ikke et eget internasjonalt overvåkingsapparat til konvensjonen.

4.4 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. ILOs arbeidskonferanse vedtok i 1998 en prinsipperklæring om grunnleggende prinsipper og rettigheter i arbeidslivet. Erklæringen slår blant annet fast at alle ILOs medlemsland har plikt til å respektere, fremme og iverksette rettigheter innen fire kjerneområder. Disse kjerneområdene er organisasjonsfriheten og retten til kollektive forhandlinger. Andre kjerneområder er tvangsarbeid, barnarbeid og diskriminering på arbeidsplassen.

Gjennom ILO er det vedtatt en rekke konvensjoner om rettigheter i arbeidslivet. ILO-konvensjoner fremforhandles som ledd i trepartssamarbeidet, som er et samarbeid mellom myndighetene og arbeidsgivernes og arbeidstakernes organisasjoner. I disse konvensjonene vil det også kunne ligge et diskrimineringsvern som er menneskerettslig forankret. ILO-konvensjonene er ikke intern norsk rett. Det eksisterer imidlertid et internasjonalt overvåkings- og håndhevingsapparat, blant annet med mulighet til å behandle konkrete tvister mellom arbeidstakere og statlige myndigheter.

4.4.1 ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke

Etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold fra 1958 er staten forpliktet til å følge en politikk som tar sikte på, ved metoder som er avpasset nasjonale forhold, å fremme like muligheter og likebehandling for å fjerne diskriminering i arbeidslivet, jf. artikkel 2. Med diskriminering menes i konvensjonen enhver forskjellsbehandling, utelukkelse eller særfordel som på basis av kjønn, rase, farge, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse eller sosial herkomst virker slik at det opphever, eller vanskeliggjør, lik adgang til eller behandling i sysselsetting eller yrkesutøving, jf. artikkel 1. Medlemslandene som har ratifisert konvensjonen påtar seg å vedta lovgivning og fremme opplæringsplaner som anses egnet til å sikre godkjenning og iakttakelse av denne politikk, samt å avskaffe alle lovforskrifter og lempe på enhver administrativ instruks eller praksis som ikke er i harmoni med denne politikken, jf. artikkel 3.

4.4.2 ILO-konvensjon nr. 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere for arbeid av lik verdi

ILO-konvensjon nr. 100 fra 1951 forplikter staten til å fremme prinsippet om lik lønn for kvinner og menn for arbeid av lik verdi. Denne konvensjonen går ikke lenger på sitt område enn den nyere konvensjon nr. 111.

4.4.3 ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser

ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser gjelder mannlige og kvinnelige arbeidstakere med ansvar for barn eller andre medlemmer av nærmeste familie når dette ansvaret begrenser deres muligheter til å delta i økonomisk virksomhet. Etter artikkel 3 skal medlemslandene gjøre det til et mål i nasjonal politikk å gjøre det mulig for mennesker med familieforpliktelser å skaffe seg arbeid uten å bli diskriminert. I den grad det er mulig skal ikke ansettelsesforhold og familieansvaret komme i konflikt med hverandre. Etter artikkel 4 skal myndighetene treffe tiltak for at arbeidstakere med familieansvar kan utøve sin rett til å velge arbeid. Etter artikkel 8 skal familieansvar som sådan ikke være en gyldig grunn for oppsigelse.

4.4.4 ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater

ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater fra 1989 har viktige bestemmelser om urfolkens kultur og næringsliv. For Norges del har konvensjonen sentral betydning for den samiske befolkning. Ikke-diskriminering er en viktig forutsetning for konvensjonen, og er også nevnt eller henvist til i enkelte av konvensjonens bestemmelser. I artikkel 20 nr. 2 pålegges myndighetene en plikt til å gjøre «alt som er mulig» for å hindre enhver diskriminering, særlig med hensyn til: adgangen til sysselsetting, inkludert fagarbeid, foruten tiltak for opprykk og forfremmelse, lik lønn for arbeid av lik verdi, medisinsk og sosial bistand, helse og sikkerhet i arbeidsforhold, alle trygdeytelser og enhver yrkesmessig betinget ytelse til bolig, rett til organisering og frihet til å drive alt lovlig fagforeningsarbeid og rett til å inngå kollektive avtaler med arbeidsgiver eller arbeidsgiverorganisasjoner.

4.5 Europarådets konvensjoner

4.5.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Etter Den europeiske menneskerettskonvensjon fra 1950 (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 retten til ikke-diskriminering innen de områdene som er omfattet av konvensjonen. Konvensjonen slår fast rettigheter som blant annet retten til frihet og sikkerhet, retten til rettferdig rettergang, respekt for privatliv og familieliv, religionsfrihet, foreningsfrihet og retten til å inngå ekteskap.

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. Det er individuell klagerett etter konvensjonen. Det internasjonale håndhevingsapparatet omfatter Den europeiske menneskerettighetsdomstols behandling av individuelle tvister mellom privatpersoner og statens myndigheter.

4.5.2 Den europeiske sosialpakt

Etter Den europeiske sosialpakt skal staten ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper som rett til arbeid, rettferdige arbeidsvilkår, trygge og sunne arbeidsforhold mv. Ved revisjonen av sosialpakten i 1996 kom det inn en bestemmelse om ikke-diskriminering. Del V artikkel E slår 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. Den europeiske sosialkomité har kompetanse til å behandle enkeltsaker som bringes inn for komiteen. Adgangen til å bringe enkeltsaker inn for komiteen er reservert for organisasjoner, typisk innenfor arbeidslivet. I tillegg behandler sosialkomiteen rapporter som statene, herunder Norge, leverer inn med redegjørelser for hvordan staten etterlever konvensjonens forpliktelser.

4.5.3 Rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter

Europarådets rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter (fra 1995) trådte i kraft i 1998, og ble ratifisert av Norge 17. mars 1999.

Etter artikkel 4 forplikter partene seg til å garantere for personer som tilhører nasjonale minoriteter retten til likhet for loven og til lik beskyttelse for loven. I denne forbindelse skal enhver diskriminering basert på tilhørighet til en nasjonal minoritet være forbudt. Partene forplikter seg til, der det er nødvendig å treffe egnede tiltak for å fremme full og effektiv likestilling mellom personer som tilhører en nasjonal minoritet og dem som tilhører majoriteten, på alle områder av det økonomiske, sosiale, politiske og kulturelle liv. I denne forbindelse skal de ta behørig hensyn til de særlige forhold som gjelder for personer som tilhører nasjonale minoriteter.⁵ Rammekonvensjonen overvåkes av en særskilt oppnevnt rådgivende komité bestående av 18 medlemmer, som behandler statenes etterlevelse av konvensjonen gjennom behandling av statsrapporter.

⁵ Det vises til NOU 2002: 12 punkt 6.3.4 side 102 flg. for nærmere redegjørelse.

4.5.4 ECRI

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) består av medlemmer fra det enkelte medlemsland av Europarådet som representerer en særlig ekspertise i saker om diskriminering, rasisme og fremmedhat. ECRI's medlemmer oppnevnes av myndighetene i det enkelte medlemsland, men er uavhengige ved utøvelsen av sitt mandat.

ECRI overvåker hvordan Europarådets medlemmer arbeider for å motvirke rasisme, diskriminering og fremmedhat gjennom implementering av lovgivning og andre tiltak, opprettelse av klageorganer for saker om diskriminering, samt situasjonen for sårbare grupper på særlige områder som for eksempel utdanning, arbeid og bolig. ECRI's overvåking av medlemsstatene resulterer i en rapport om tilstand og anbefalinger til tiltak.

Det faller dessuten innenfor ECRI's mandat å utvikle rekommandasjoner. Rekommandasjonene inneholder krav og anbefalinger til medlemsstatenes lovgivning og politikk for å bekjempe diskriminering og rasisme.

ECRI vedtok 13. desember 2002 General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination (heretter kalt anbefaling nr. 7). Rekommandasjon nr. 7 angir en rekke materielle krav til hvordan nasjonal lovgivning som forbyr etnisk diskriminering bør utformes. Særlig relevant er rekommandasjonens punkt III nr. 10 om at nasjonal lovgivning bør sikre ofre for diskriminering enkel tilgang til juridiske eller administrative klageprosedyrer, herunder tilgang til megling, hasteprosedyrer og midlertidige avgjørelser. En annen anbefaling i punkt V nr. 24 er at lovgivningen skal sikre etablering av uavhengige spesialiserte organer for å arbeide mot diskriminering på nasjonalt nivå. Et slikt organ bør ha myndighet til å assistere ofre for diskriminering, myndighet til å innhente opplysninger, rett til å reise sak og delta i saker for domstolene, overvåke lovgivningen og gi råd til lovgivende og utøvende myndigheter, foruten å støtte bevisstgjøringstiltak og tiltak for å fremme likestilling i samfunnet. ECRI har også gitt tilrådingen («Paris Principles») om minimumsstandarder for uavhengige kommisjoner, hvor det blant annet sies at organets uavhengighet bør nedfelles i lovgivning eller i en annen konstitusjonell ramme. Videre må organet ha autonomi i forhold til regjering/ regjeringsmakt, være bredt sammensatt, ha et bredt mandat, adekvat

myndighet for å etterforske eller fremskaffe opplysninger og tilstrekkelige ressurser.

4.6 EU- og EØS-rett

4.6.1 Traktatbestemmelser og direktiver om ikke-diskriminering

4.6.1.1 Grunnleggende rettigheter

Traktaten om opprettelsen av Den Europeiske Union (EU-traktaten) artikkel 6 slår fast at unionen skal respektere de grunnleggende rettigheter slik de er sikret i Den europeiske menneskerettskonvensjon. EU-traktaten er ikke del av EØS-avtalen.

EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 21 slår fast at diskriminering

«based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited».

Traktaten om det Europeiske Fellesskap (EF-traktaten) artikkel 13 gir EU myndighet til å iverksette konkrete tiltak for å bekjempe diskriminering av ulike grunner, blant annet kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, seksuell orientering, alder, nedsatt funksjonsevne. Det er ikke noen bestemmelse tilsvarende artikkel 13 i EØS-avtalen.

Av EF-traktaten artikkel 2 fremgår at det å fremme likestilling mellom kvinner og menn er en av fellesskapets oppgaver. Etter traktatens artikkel 3 skal fellesskapet tilstrebe å avskaffe ulikheter og fremme likestilling mellom kvinner og menn på alle av unionens innsatsområder. Etter EF-traktaten artikkel 141 skal medlemsstatene sørge for at prinsippet om likelønn for kvinner og menn gjennomføres.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 69 og 70 at Norge skal gjennomføre prinsippet om lik lønn og lik behandling for kvinner og menn i arbeidsforhold. Dette tilsvarer EF-traktaten artikkel 141. Det er vedtatt flere likestillingsdirektiver (om kjønnsdiskriminering) som er en del av EØS-avtalen.

4.6.1.2 Diskriminering på grunn av nasjonalitet

Etter både EF-traktaten og EØS-avtalen er det forbud mot diskriminering på grunn av nasjonalitet,

jf. EF-traktaten artikkel 12 og EØS-avtalen artikkel 4. 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.

4.6.1.3 Oversikt over relevante direktiver

Det er vedtatt en rekke direktiver om likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet, som er del av EØS-avtalen. Direktiver som omfattes av EØS-avtalen er bindende for Norge, og Norge er forpliktet til å implementere direktivene i nasjonal lovgivning.

Direktiver 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.

EUs direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likestillingsdirektivet fra 1976, endret i 2002) er en del av EØS-avtalen.⁶ Andre likestillingsdirektiv som gjelder arbeidsforhold er likelønnsdirektivet 75/117/EØF og bevisbyrdedirektivet 97/80/EF.

De nevnte direktivene ble opphevet i EU-samarbeidet i 2006 og innlemmet i direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner. 2006-direktivet samler en rekke av direktivene om kjønnsdiskriminering og kodifiserer rettsutviklingen på området, blant annet likelønnsdirektivet 75/117/EØF og bevisbyrdedirektivet 97/80/EF. Direktiv 2006/54/EF innebærer også en kodifisering av rettspraksis fra EF-domstolen. Direktiv 2006/54/EF ble innlemmet i EØS-avtalen 14. mars 2008, med frist for gjennomføring 15. august 2009. Fra samme tidspunkt oppheves likestillingsdirektivet av 1976, likelønnsdirektivet og bevisbyrdedirektivet.

Direktiv 2004/113/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer

⁶ Det vises til Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) kapittel 2 side 13 flg. for nærmere beskrivelse av direktiv 76/207/EF og 2002/73/EF.

og tjenester er vedtatt i EU. Direktivet er hjemlet i EU-traktaten artikkel 13 og faller derfor i utgangspunktet utenfor EØS-samarbeidet. Det er imidlertid oppnådd enighet blant EFTA-landene om å ta direktivet inn i EØS-avtalen. Det tas sikte på å vedta direktivet i EØS-komiteen i nær fremtid.

EU har i tillegg vedtatt direktiv 2000/43/EF om forbud mot diskriminering på grunn av rase eller etnisitet (rasediskrimineringsdirektivet) og direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidsforhold som nedfeller et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder (rammedirektivet). Også disse direktivene er hjemlet i EU-traktaten artikkel 13 og faller derfor i utgangspunktet utenfor EØS-samarbeidet. Norge har likevel valgt å implementere direktivene i nasjonal lovgivning.

EU-kommisjonen fremmet 2. juli 2008 forslag til nytt direktiv om likebehandling uansett religion og tro, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering utenfor arbeidslivets område.⁷ Direktivforslaget er hjemlet i EU-traktaten artikkel 13, og faller derfor i utgangspunktet utenfor EØS-samarbeidet. Hvorvidt dette skal innlemmes i EØS-samarbeidet vil bli behandlet av EFTA-landene.

I tillegg er det vedtatt direktiver til vern mot forskjellsbehandling av deltidsansatte og midlertidig ansatte (97/81/EF og 99/70/EF). Det er også vedtatt et direktiv om vikararbeid, som nedfeller prinsippet om likebehandling av vikarbyråansatte og arbeidstakere ansatt i brukervirksomheten hvor vikaren er utleid (2008/104/EF). Direktivene er omfattet av EØS-avtalen, og dermed bindende for Norge.

I tillegg til de nevnte likebehandlingsdirektivene nevnes at det er flere EU-direktiver og forordninger som tar sikte på å sikre tilgjengeligheten for personer med funksjonsnedsettelse innen transportsektoren. Dette gjelder innen veitransport, jernbanetransport, sjøtransport og luftfart.⁸ Dette regelverket omfattes av EØS-avtalen. Kravene etter dette regelverket er gjennomført i sektorlovgivningen.

⁷ KOM (2008) 426 endelig.

⁸ Bussdirektivet, direktiv 2001/85/EF, direktiv om sikkerhet og standarder for passasjerskip, direktiv 2003/24/EF, direktivene om samtrafikkevenen i det europeiske jernbanesystemet og forordning 261/2004 om felles regler for erstatning og assistanse til passasjerer ved nektet ombordstigning, lengre forsinkelser og kansellering.

4.6.1.4 Krav til implementering av direktiver

Direktivene må implementeres i nasjonal lovgivning for at de skal kunne påberopes av individer. Statene plikter å nedfelle rettighetene og pliktene (i denne sammenheng plikten til å ikke diskriminere og retten til å ikke bli diskriminert) i lovgivningen, i tråd med direktivet. Det er et krav om at direktiver gjennomføres med tydelig angivelse i lovteksten. Gjennomføring i form av forarbeidsuttalelser, forvaltningspraksis eller instruksjoner er ikke tilstrekkelig. Manglende implementering kan bringes inn for overvåkningsorganet ESA eller EFTA-domstolen.

Manglende implementering av direktiver som ikke omfattes av EØS-avtalen kan ikke bringes inn for overvåkningsorganet ESA eller EFTA-domstolen. Dette gjelder selv om Norge har valgt å implementere direktivet.

De relevante direktivene er såkalte minimumsdirektiver. Det innebærer at statene kan innføre eller opprettholde bestemmelser som er bedre egnet til å fremme likebehandling enn det som følger av direktivene, jf. rammedirektivet artikkel 8, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 6, direktivet om likebehandling av kvinner og menn med hensyn til varer og tjenester artikkel 7 og 2006-direktivet om likestilling artikkel 27.

4.6.1.5 Krav til sanksjoner

Direktivene stiller visse krav til sanksjoner ved brudd på rettighetene. Sanksjonene skal være effektive, stå i et rimelig forhold til overtredelsen og ha preventiv («avskrekkende») virkning, jf. rasediskrimineringsdirektivet artikkel 15, rammedirektivet artikkel 17, direktivet om likebehandling av kvinner og menn med hensyn til varer og tjenester artikkel 14 og likestillingsdirektivene artikkel 18 (2006-direktivet) og 1976-direktivet artikkel 8 bokstav d. Dette er en kodifisering av EF-domstolens praksis med hensyn til kjønnsdiskriminering.

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever at det kan illegges erstatningsansvar uten hensyn til skyld ved kjønnsdiskriminering på arbeidslivets område, jf. blant annet Dekker-dommen (C-177/88).

4.6.2 Direktiver om kjønnslikestilling

4.6.2.1 Arbeidslivet

Direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling

av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv 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.

Direktivets formål er å sikre gjennomføringen av prinsippet om like muligheter og likebehandling av kvinner og menn i arbeidslivet, jf. artikkel 1. Direktivet omfatter arbeidslivet i vid forstand, herunder vilkårene for adgang til arbeid, arbeidsvilkår, utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, yrkesveiledning, etterutdanning og omskoleing samt medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon, jf. artikkel 1. Etter artikkel 7 omfatter forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn også sosiale sikringsordninger knyttet til sykdom, invaliditet, arbeidsulykker og arbeidsløshet. I tillegg omfatter EØS-avtalen direktiv 86/613/EØF om likebehandling av kvinner og menn i selvstendig næringsvirksomhet og direktiv 79/7/EØF om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål.

Direktivet slår fast at enhver form for dårligere behandling av en kvinne i forbindelse med graviditet eller fødselspermisjon innebærer diskriminering, jf. artikkel 2 nr. 2. Kvinners rett til å komme tilbake til samme eller tilsvarende arbeid etter endt fødselspermisjon er presisert i direktivets artikkel 15.

Prinsippet om likelønn er presisert i artikkel 4. Enhver direkte eller indirekte forskjellsbehandling når det gjelder lønn for samme arbeid eller for arbeid av lik verdi skal avskaffes.

Direktivet slår fast at det skal gjelde delt bevisbyrde, jf. artikkel 19. Dersom en klager kan vise til konkrete omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling på grunn av kjønn, går bevisbyrden over på den innklagede som må sannsynliggjøre at det likevel ikke har skjedd slik forskjellsbehandling.

4.6.2.2 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 ikke del av EØS-avtalen. Det er imidlertid oppnådd enighet blant EFTA-landene om å ta direktivet inn i EØS-avtalen. Direktivet er foreløpig ikke gjennomført i norsk rett.

Formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling av kvinner og menn også utenfor arbeidslivet, jf. artikkel 1 og fortalens punkt 6. Forbudet mot forskjellsbehandling gjelder for alle som leverer varer og tjenester som er tilgjengelige for allmennheten, jf. artikkel 3. Både privat og offentlig sektor er omfattet.

Prinsippet om likebehandling innebærer at det ikke må finne sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn, herunder dårligere behandling av kvinner på grunn av graviditet og morskap, jf. artikkel 4 nr. 1 bokstav a. Direktivet er ikke til hinder for gunstigere bestemmelser til beskyttelse av kvinner i forbindelse med graviditet og morskap. Forskjellsbehandling på grunn av kjønn er likevel tillatt dersom det er begrunnet i legitime formål, jf. artikkel 4 nr. 5 og fortalen punkt 16. Et legitimt formål kan være beskyttelse av ofre for kjønnsrelatert vold, som for eksempel krisesentre for kvinner.

Det fremgår uttrykkelig av direktivet at medlemsstatene skal sikre at kjønn ikke skal benyttes som en beregningsfaktor i forbindelse med forsikring og liknende finansielle ytelser, som fører til ulikheter i enkeltpersoners premier eller innbetalinger, jf. artikkel 4 nr. 5. Forbudet gjelder nye avtaler inngått etter 21. desember 2007. Det åpnes likevel for at kjønn kan vektlegges i visse tilfeller av forsikringer der kjønn er en avgjørende faktor ved risikovurderingen, jf. artikkel 5 nr. 2.

Unntatt fra direktivets virkeområde er varer og tjenester som tilbys innen privat- og familielivet, medieinnhold, reklame og utdanning. Direktivet berører ikke det frie valg av avtalepart, så lenge valget av avtalepart ikke er basert på kjønn. Direktivet kommer ikke til anvendelse på arbeidslivets område, da vi der har en rekke direktiver om likestilling, jf. artikkel 3 nr. 4 og fortalen punkt 15.

Direktivet slår fast at det skal gjelde delt bevisbyrde, jf. artikkel 9. Dersom en klager kan vise til

konkrete omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd en forskjellsbehandling på grunn av kjønn, går bevisbyrden over på den innklagede som må sannsynliggjøre at det likevel ikke har skjedd slik forskjellsbehandling.

4.6.3 Rammedirektivet

EUs direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidsforhold (rammedirektivet) omfatter forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonshemming og alder. Direktivet er ikke del av EØS-avtalen. Direktivet er likevel gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene ved å fastlegge en generell ramme for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering, jf. artikkel 1. Direktivet inneholder forbud mot direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere, jf. artikkel 2. Direktivet gir adgang til positiv særbehandling, jf. artikkel 7. Etter artikkel 11 skal statene innføre et vern mot gjengjeldelse for personer som klager på forskjellsbehandling i strid med direktivet.

Artikkel 3 definerer virkeområdet for diskrimineringsforbudet, som er arbeidslivet i vid forstand, herunder vilkårene for adgang til arbeid, arbeidsvilkår, utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, yrkesveiledning, etterutdanning og omskolering samt medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon.

Direktivets artikkel 5 slår fast en tilretteleggingsplikt for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Aldersdiskriminering står i en særstilling, da det er en videre adgang til å vektlegge alder enn øvrige diskrimineringsgrunnlag. Det følger av artikkel 6 at ulik behandling på grunn av alder ikke utgjør forskjellsbehandling dersom den er objektivt begrunnet og ikke er uforholdsmessig inngripende. Sysselsettingshensyn kan her tas i betraktning.

Direktivet slår fast at det skal gjelde delt bevisbyrde, jf. artikkel 10. Dersom en klager kan vise til konkrete omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd en forskjellsbehandling på grunn av et av de vernede diskrimineringsgrunnlagene, går bevisbyrden over på den innklagede som må sannsynliggjøre at det likevel ikke har skjedd slik forskjellsbehandling.⁹

4.6.4 Rasediskrimineringsdirektivet

EUs direktiv 2000/43/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling 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 lov mot etnisk diskriminering.

Etter artikkel 2 er det forbud mot direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere. Direktivet gir adgang til positiv særbehandling, jf. artikkel 5. Etter artikkel 9 skal statene innføre et vern mot gjengjeldelse for personer som klager over diskriminering.

Artikkel 3 definerer virkeområdet for diskrimineringsforbudet, som er videre enn etter likestillingsdirektivene og rammedirektivet. Også rasediskrimineringsdirektivet omfatter arbeidslivet i vid forstand, herunder vilkårene for adgang til arbeid, arbeidsvilkår, utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, yrkesveiledning, etterutdanning og omskolering samt medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon. I tillegg omfattes sosiale støtterordninger, helsetjenester, utdanning og adgang til og levering av varer og tjenester. Direktivet omfatter ikke diskriminering på grunn av nasjonalitet, jf. artikkel 3 nr. 2. Diskriminering på grunn av nasjonalitet reguleres imidlertid av øvrige bestemmelser i EU/EØS-retten, jf. punkt 4.6.1.2.

Direktivet slår fast at det skal gjelde delt bevisbyrde, jf. artikkel 8. Dersom en klager kan vise til konkrete omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd en forskjellsbehandling på grunn av etnisitet mv., går bevisbyrden over på den innklagede som må sannsynliggjøre at det likevel ikke har skjedd slik forskjellsbehandling.¹⁰

4.6.5 Direktivforslag om religion, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering

EU-kommisjonens forslag til direktiv om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonsned-

⁹ Det vises til Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) kapittel 3 side 12 flg. for en nærmere beskrivelse av direktivet.

¹⁰ Det vises til Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 5.3 side 37 flg. for nærmere beskrivelse av direktivet.

settelse, alder og seksuell orientering nedfeller forbud mot diskriminering på disse grunnlagene utenfor arbeidslivets område, jf. artikkel 1.¹¹ Begrepet diskriminering skal etter forslaget omfatte direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere, jf. artikkel 2 nr. 1 - 4. Det foreslåtte nye direktivet vil ikke omfattes av EØS-avtalen. Spørsmålet om direktivet likevel skal tas inn som del av EØS-avtalen vil bli vurdert av EFTA-landene.

Direktivets virkeområde er definert i artikkel 3, som omfatter sosial beskyttelse (inkludert trygdeordninger og helsetjenester), sosiale goder, utdanning og tilgang til varer og tjenester tilgjengelige for allmennheten, herunder bolig. Direktivforlaget gir adgang til positiv særbehandling, jf. artikkel 5. Statene skal innføre vern mot gjengjeldelse for personer som fremmer klager over brudd på rettighetene etter direktivet, jf. artikkel 9.

Utenfor direktivforlagets virkeområde faller nasjonal regulering av ekteskapeleg status, familiestatus og reproduktive rettigheter, innholdet i og organiseringen av utdanning, sekulariteten i statene (herunder for statens organer og innen utdanning, eller angående status og aktiviteter til kirker og andre religiøse organisasjoner) og ulik behandling basert på nasjonalitet og bestemmelser relatert til retten til opphold og bosted for tredjelandsborgere, jf. artikkel 4. Statene står dessuten fritt til å tillate eller forby bruk av religiøse symboler i skolen, jf. fortalen punkt 18.

Diskrimineringsforbudet er presisert og nyanisert for diskrimineringsgrunnlagene funksjons-evne og alder. Når det gjelder funksjonsnedsettelse er det presisert at brudd på forpliktelsen til tilrettelegging utgjør diskriminering, jf. artikkel 2 nr. 5. Forskjellsbehandling på grunn av alder utgjør ikke diskriminering dersom forskjellsbehandlingen etter nasjonale rett har et saklig formål, og midlene som er valgt er egnede og nødvendige for å realisere formålet. Direktivet er ikke til hinder for aldersgrenser vedrørende tilgangen til trygdeytelser, utdanning og visse varer og tjenester, jf. artikkel 2 nr. 6.

Både diskrimineringsgrunnlaget alder og funksjonsnedsettelse stilles videre i en særstilling når det gjelder finansielle tjenester. Etter direktivforlagets artikkel 2 nr. 7 kan medlemsstatene tillate forskjellsbehandling for slike tjenester i tilfeller hvor alder eller funksjonsevne er en avgjørende faktor ved risikovurderingen, og risikovurderingen base-

res på relevante og korrekte statistiske data. Tilsvarende adgang til forskjellsbehandling på grunn av kjønn følger av direktiv 2004/113/EF om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester, jf. artikkel 5, se punkt 4.6.2.2.

For å sikre likebehandling for personer med funksjonsnedsettelse nedfeller direktivforlaget plikt til generell og individuell tilrettelegging, jf. artikkel 4. Etter artikkel 4 nr. 1 bokstav a følger en plikt til generell tilrettelegging for å sikre tilgjengeligheten for personer med funksjonsnedsettelse innen de samfunnsområder som omfattes av direktivforlaget etter artikkel 3 nr. 1. Tilretteleggingsplikten omfatter ikke tiltak som medfører en uforholdsmessig byrde, ikke fordrer en vesentlig endring av varen eller tjenesten, og skal heller ikke innebære krav om alternative varer eller tjenester. Plikt til individuell tilrettelegging følger av artikkel 4 nr. 1 bokstav b. Direktivforlaget skal vike for sektorvis EU-lovgivning og nasjonal lovgivning om tilgjengelighet, jf. artikkel 4 nr. 3.

Plikten til individuell tilrettelegging gjelder ikke dersom det vil innebære en uforholdsmessig byrde. Artikkel 4 nr. 2 oppstiller en ikke-uttømmende liste over hvilke kriterier som skal legges til grunn ved vurderingen av om tilrettelegging vil være uforholdsmessig byrdefullt. Disse kriteriene er virksomhetens størrelse og ressurser, antatte kostnader, varens eller tjenestens utskiftningstakt og mulig gevinst og økt tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse.

Direktivet stiller krav om at regelen om delt bevisbyrde skal gjelde i saker om diskriminering, jf. artikkel 8. Delt bevisbyrde innebærer at dersom den som hevder seg diskriminert kan vise til omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, er det den ansvarlige som må sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd. Delt bevisbyrde skal ikke gjelde i straffesaker, jf. artikkel 8 nr. 3.

Direktivforlaget er omstridt blant EUs medlemsland. Striden står blant annet om hvorvidt det bør være EU-lovgivning eller nasjonal lovgivning som regulerer disse områdene, homofiles rettigheter, kostnadene ved bedre tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse, Rombefolkningens rettigheter og om bruk av religiøse symboler. Det antas å ta lang tid før et eventuelt nytt direktiv vil bli vedtatt.¹²

¹¹ KOM (2008) 426 endelig.

¹² EU-delegasjonen, Arbeids- og sosialpolitiske utviklingstrekk i EU og EØS-samarbeidet, september 2008 - april 2009.

4.6.6 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.

Vern mot diskriminering på grunn av deltid gjelder for arbeidsforhold. Diskrimineringsvernet gjelder alle deler av arbeidsforholdet, fra ansettelse til opphør, herunder også opplæring, kompetanseheving og lønns- og arbeidsvilkår.¹³ Direktivet er del av EØS-avtalen, og direktivets diskrimineringsforbud er gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 13, jf. § 13-1 tredje ledd.

4.6.7 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.

Vern mot diskriminering på grunn av midlertidig tilsetting gjelder for arbeidsforhold. Diskrimineringsvernet gjelder alle deler av arbeidsforholdet, fra ansettelse til opphør, herunder også opplæring, kompetanseheving og lønns- og arbeidsvilkår.¹⁴ Direktivet er del av EØS-avtalen, og

direktivets diskrimineringsforbud er gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 13, jf. § 13-1 tredje ledd.

4.6.8 Direktivet om vikararbeid

Direktiv om vikararbeid ble vedtatt 19. november 2008 (2008/104/EF). 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.

Etter artikkel 5 skal «vesentlige arbeidsvilkår» for vikaransatte under utsendelse til en brukervirksomhet være minst like gode som de ville vært dersom de hadde vært ansatte i denne virksomheten, jf. artikkel 5. Med vesentlige arbeidsvilkår menes arbeidsvilkår fastsatt i lov eller tariffavtale i virksomheten vedrørende arbeidstid, ferie og lønn. Brukervirksomhetens regler om beskyttelse av gravide og ammende, barn og unge, og reglene om likebehandling av menn og kvinner og tiltak for å bekjempe forskjellsbehandling på grunn av kjønn, etnisitet, religion, funksjonsevne, alder og seksuell orientering omfattes også.

Direktivet åpner for at det kan gjøres visse unntak fra reglene om likebehandling av vikaransatte, jf. artikkel 5 nr. 2 - 4. For eksempel kan det gjøres unntak med hensyn til lønn når den vikaransatte har fast ansettelse hos vikarbyrået og avlønnes i periodene mellom utsending til brukervirksomhetene. Det åpnes også for unntak fra likebehandlingsreglene gjennom kollektive avtaler.

Vikaransatte skal informeres om eventuelle ledige stillinger i brukervirksomheten, slik at de har samme mulighet til å få fast ansettelse som andre arbeidstakere i virksomheten, jf. artikkel 6. Vikaransatte skal dessuten ha adgang til brukervirksomhetens fellesgoder som kantine, barnepass og transportfasiliteter som de som er ansatt i virksomheten, men mindre forskjellsbehandling er saklig begrunnet.

Frist for gjennomføring av direktivet i nasjonal rett er 5. desember 2011.

¹³ Det vises til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 15.3.2 side 197 flg. for nærmere beskrivelse av direktivet.

¹⁴ Det vises til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 15.3.2 side 197 flg. for nærmere beskrivelse av direktivet.

Kapittel 5

Gjeldende rett i hovedtrekk

5.1 Innledning

I dette kapitlet gis en oversikt over diskrimineringsvernet etter norsk rett. Diskrimineringsvernet er spredt på flere lover, og de ulike diskrimineringsgrunnlagene har ulik grad av vern (se punkt 5.2 til 5.7). Diskrimineringslovgivningen håndheves av særskilte håndhevingsorganer, Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (se punkt 5.8). Visse mer graverende former for diskriminering er regulert i straffeloven og håndheves av påtalemyndigheten (se punkt 5.9). Kjernen i diskrimineringslovgivningen er at den gir vern mot usaklig forskjellsbehandling. Krav til saklighet følger imidlertid også av annen lovgivning (se punkt 5.10).

Også menneskerettskonvensjoner Norge har ratifisert inneholder bestemmelser om diskrimineringsvern, jf. punkt 4.3. Den europeiske menneskerettskonvensjon, FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om barnets rettigheter er gjort til del av norsk rett (inkorporert) gjennom menneskerettsloven (lov 21. mai 1999 nr. 19 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett). Disse konvensjonene går derfor foran norsk rett dersom det er motstrid mellom konvensjonenes bestemmelser og nasjonal lovgivning. Det er fremmet forslag om at også kvinnekonvensjonen skal innlemmes i menneskerettsloven.¹ For nærmere omtale av menneskerettsloven vises til punkt 24.7.3.

5.2 Likestillingsloven

5.2.1 Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde

Likestillingsloven (lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene) gir vern mot diskrimi-

nering på grunn av kjønn. Likestillingslovens formål er å fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling, jf. § 1. Kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling. Både kvinner og menn har diskrimineringsvern etter likestillingsloven, selv om loven etter formålsbestemmelsen særlig tar sikte på å bedre kvinnens stilling. Loven gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder, jf. § 2. Det gjelder visse unntak, se nedenfor i punkt 5.2.2

Det følger av likestillingsloven § 3 at diskriminering av kvinner og menn er forbudt (formulert som et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn). Loven forbyr direkte og indirekte diskriminering, instruks om å diskriminere og medvirkning til diskriminering.

Med direkte forskjellsbehandling menes etter § 3 andre ledd nr. 1 handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn. Handlinger som setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville vært på grunn av benyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn. Dette er i Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) foreslått endret til «forbeholdt mor eller far». Slik forskjellsbehandling utgjør direkte diskriminering etter § 3 andre ledd nr. 2.² Vernet mot diskriminering på grunn av graviditet og fødsel er særlig sterkt, og det skal svært mye til før forskjellsbehandling er saklig.³ Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet, jf. § 3 tredje ledd.

¹ Ot.prp. nr. 93 (2008-2009).

² Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 8.3.4 side 56.

³ For nærmere redegjørelse for vernet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel vises til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.3.2 side 32 flg.

5.2.2 Særregler. Presisering av diskrimineringsforbudet

Det generelle diskrimineringsforbudet som er nedfelt i generalklausulen, jf. lovens § 3, er presisert i særlige bestemmelser.

Lovens § 4 gjelder i arbeidslivet og presiserer at kvinner og menn har lik rett til ansettelse og forfremmelse, og at det ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn ved oppsigelse eller permittering. Så fremt det ikke finnes en åpenbar grunn for det, må en stilling ikke lyses ledig for bare det ene kjønn. Utlysningen må heller ikke gi inntrykk av at arbeidsgiveren forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen.

Retten til likelønn er presisert i § 5. Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lik lønn vil i denne sammenheng si at lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn. Om arbeidene er av lik verdi avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for stillingen, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold. Retten til likelønn gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres i ulike tariffavtaler, jf. § 5 andre ledd.

Lovens § 6 presiserer at kvinner og menn har lik rett til utdanning. Etter samme bestemmelse skal arbeidsgiver likestille kvinner og menn når det gjelder opplæring, videreutdanning og permisjon i forbindelse med utdanning mv.

Etter § 8 skal foreninger være åpne på like vilkår for kvinner og menn når medlemskap er av betydning for det enkelte medlems yrkesmuligheter eller faglige utvikling, eller når foreningens formål i det vesentlige er å bidra til løsningen av alminnelige samfunnsproblemer. Bestemmelsen gjelder ikke for foreninger som har til hovedformål å fremme det ene kjønnns interesser.

Etter § 8 a er det forbud mot trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering. Slik trakassering anses som forskjellsbehandling i strid med generalklausulen, jf. § 3. Trakassering på grunn av kjønn er etter bestemmelsen definert som uønsket adferd knyttet til en persons kjønn, og som virker eller har til formål å krenke en annens verdighet. Seksuell trakassering er etter bestemmelsen definert som uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer. Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner har ansvar for å forebygge og søke å hindre seksuell oppmerksomhet i strid med bestemmelsen.

5.2.3 Unntak

Det gjelder visse unntak både fra lovens virkeområde, lovens diskrimineringsforbud og fra håndhevingen av loven.

Unntatt fra lovens virkeområde er i dag indre forhold i trossamfunn, jf. § 2 første ledd. Unntaket er begrunnet i hensynet til religionsfriheten. Det er fremmet forslag om at unntaket for trossamfunn oppheves, slik at loven gjelder på alle områder. Unntaksadgangen for trossamfunn skal i stedet utformes som et unntak fra diskrimineringsforbudet etter likestillingsloven § 3. Forskjellsbehandlingen må i følge forslaget være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen, jf. nytt femte ledd.⁴

Unntatt fra diskrimineringsforbudet er indirekte forskjellsbehandling som er saklig begrunnet. Etter § 3 fjerde ledd er indirekte forskjellsbehandling tillatt i særlige tilfeller dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, forskjellsbehandlingen er egnet til å realisere formålet og virkningen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles. Det er således flere vilkår som må oppfylles.

I tillegg forutsettes det at noen svært unntaksvisse former for direkte forskjellsbehandling er saklige, og dermed lovlige. Et eksempel er hvis det er nødvendig med et spesielt kjønn for å fylle arbeidsoppgavene, for eksempel dersom en teatergruppe trenger en kvinnelig skuespiller til å spille den kvinnelige hovedrollen i et stykke. Også hensynet til bluferdighet kan utgjøre saklig grunn til forskjellsbehandling på grunn av kjønn etter denne unntaksregelen. Det er uklart hvor langt denne ulovfestede regelen rekker. Det er uansett tale om en meget snever adgang til forskjellsbehandling i særlige unntakstilfeller på bakgrunn av en konkret vurdering.⁵

Likestillingsloven gjelder for familieliv og rent personlige forhold, jf. § 2 første ledd. Loven håndheves likevel ikke av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda på disse områdene, jf. § 2 andre ledd. Bestemmelsen har sin bakgrunn i at familieliv ble ansett å være et av de viktigste livsområdene hvor diskriminering forekommer. Et unntak for familieliv kunne gi inntrykk av at diskriminerende behandling er tillatt og akseptert. Loven

⁴ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 7.3.1 side 49-53.

⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) punkt 3.2.2 side 26 flg. Se også NOU 2008: 1 punkt 4.5.1 side 45.

skulle imidlertid ikke håndheves, da det ville by på problemer av både prinsipiell og praktisk art.⁶

5.2.4 Aktivitets- og redegjøringsplikt

Likestillingsloven fastsetter en positiv forpliktelse til å fremme likestilling for offentlige virksomheter, arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner. Disse har etter § 1 a plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling.

For offentlige myndigheter innebærer aktivitetsplikten ikke bare en plikt til å gjennomføre konkrete likestillingstiltak. Offentlige myndigheter har også en plikt til å se til at likestillingssynet integreres i all offentlig virksomhet. Dette innebærer for eksempel å ta initiativ til endring av regelverk som strider mot likestillingsloven og å påse at forslag til nytt regelverk er i samsvar med denne.

For arbeidsgivere vil relevante tiltak for eksempel være en gjennomgang av kriterier for karriereutvikling og lederstillinger i bedriften og å undersøke om disse er ulike for mannlige og kvinnelige ansatte. For arbeidslivets organisasjoner kan eksempel på tiltak være kartlegging av lønnsforskjeller mellom kvinner og menn med sikte på å avdekke eventuelle kjønnsdiskriminerende forskjeller.

Virksomheter som er pålagt å utarbeide årsberetning skal redegjøre for den faktiske tilstand når det gjelder likestilling i virksomheten. Det skal også redegjøres for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling. Offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet.⁷

5.2.5 Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse

Det er fremmet forslag om innføring av et forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i forbindelse med ansettelse, jf. forslag til nytt tredje ledd i lovens § 4. Slike spørsmål skal regnes som direkte diskriminering på grunn av kjønn, jf. § 3 andre ledd nr. 2, nytt andre punktum.⁸

5.2.6 Positiv særbehandling

Etter likestillingsloven § 3 a er det tillatt med positiv særbehandling, som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene. Likestillingsloven § 3 a innebærer en adgang, men ingen plikt, til positiv særbehandling.

Adgangen til positiv særbehandling for å fremme likestilling skal i første rekke benyttes når dette kan fremme kvinners stilling. Dette utledes av lovens formålsbestemmelse og henvisningen til «i samsvar med lovens formål» i tredje ledd. Adgang til positiv særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn er regulert i forskrift.

Det gjelder visse vilkår for adgangen til positiv særbehandling, som ikke fremgår av lovteksten. Disse er utpenslet gjennom EF-domstolens praksis.⁹ For det første må tiltaket være egnet til å fremme likestilling. For det andre må særbehandlingen rettes mot det kjønn som står svakest på det aktuelle området. For det tredje gjelder adgangen til særbehandling bare til formålet med tiltaket er oppnådd. For det fjerde stilles det krav til proporsjonalitet, som innebærer at effekten av særbehandlingen i likestillingsøyemed må veies opp mot den ulempe det er for dem som blir stilt i en dårligere stilling som følge av særbehandlingen.

Bestemmelsen gir adgang til såkalt «moderat kvotering», det vil si at kvinner bare går foran menn dersom de er tilnærmet like godt kvalifisert. «Radikal kvotering» hvor det underrepresenterte kjønn gis fortrinn uavhengig av kvalifikasjoner, er utenfor grensene for adgangen til positiv særbehandling, og dermed i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette følger av EF-domstolens praksis. Som eksempel kan nevnes at ørmerking av stillinger og automatisk fortrinnsrett for kvinner ikke er tillatt. Norge ble dømt i EFTA-domstolen på grunn av den tidligere universitetsloven § 30, som forbeholdt visse professorstillinger for kvinner.¹⁰

5.2.7 Arbeidsgivers opplysningsplikt

Etter likestillingsloven § 4 tredje ledd kan arbeidssøker som ikke har fått en utlyst stilling kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifi-

⁶ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) punkt 3.1.1 side 22.

⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 4 side 16-20.

⁸ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) kapittel 8 side 54-56.

⁹ Kalanke-dommen (C-450/93), Marshall-dommen (C-409/95) og Tham-dommen (C-407/98).

¹⁰ Sak E-1/02.

kasjoner for arbeidet den ansatte av det annet kjønn har. Bestemmelsen gir arbeidssøker som mener seg forbigått et grunnlag for å vurdere om det foreligger diskriminering i strid med loven, og en mulighet for å kunne skaffe til veie opplysninger slik at klager kan oppfylle sin bevisbyrde ved å etablere en presumsjon om at det er grunn til å tro at det har skjedd diskriminering i strid med loven.

5.2.8 Læremidler

Læremidler som brukes i skole og annen undervisningsinstitusjon skal bygge på likestilling mellom kjønnene, jf. § 7. Lovens § 7 har selvstendig betydning i forhold til det generelle diskrimineringsforbudet etter § 3, da ingen enkeltperson blir forskjellsbehandlet ved at læremidler ikke bygger på likestilling mellom kjønnene.

5.2.9 Representasjon i offentlige utvalg

Loven pålegger kvotering ved oppnevning av offentlige utvalg, jf. § 21 som krever at begge kjønn er representert når et offentlig organ oppnevner eller utnever utvalg, styrer, råd, nemnder mv. Bestemmelsen innebærer en plikt til radikal kvotering. Nærmere regler om kjønnsrepresentasjonen etter bestemmelsen er gitt i rundskriv.¹¹

Regler om kjønnsrepresentasjon følger i tillegg av allmennaksjeloven § 6-11 a, aksjeloven § 20-6, statsforetaksloven § 19, stiftelsesloven § 27 a og kommuneloven §§ 10 a og 16.

5.2.10 Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage over brudd på likestillingsloven, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet, jf. § 3 femte ledd. Vernet mot gjengjeldelse gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Vernet mot gjengjeldelse gjelder også for vitner.

Delt bevisbyrde er lovfestet i § 16. Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte diskriminering i strid med loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har skjedd.

Omstendighetene skal gi «grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering. Med dette menes at klager må etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd, basert på sakens ytre omstendigheter. En påstand alene, som ikke understøttes av konkrete omstendigheter, er ikke tilstrekkelig til at bevisbyrden går over. Det er imidlertid ikke et krav om sannsynlighetsovervekt. Når bevisbyrden er gått over, må den innklagede sannsynliggjøre at det er mer enn 50 prosent sannsynlighet for at diskriminering i strid med loven ikke har funnet sted.

Personer som er blitt behandlet i strid med diskrimineringsforbudet i likestillingsloven kan kreve erstatning og oppreisning, jf. § 17. I arbeidsforhold kan det kreves erstatning og oppreisning uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides. Erstatningen fastsettes til det beløp som er rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens eller arbeidssøkerens forhold og omstendigheter for øvrig. Utenfor arbeidslivet gjelder de alminnelige reglene om erstatning og oppreisning ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven.

5.3 Lov mot etnisk diskriminering

5.3.1 Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde

Diskrimineringsloven (lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.) forbyr diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. I denne utredningen benevnes denne loven som lov mot etnisk diskriminering, for å skille fra den nye diskrimineringsloven som utvalget fremmer forslag om. Lovens formål er å fremme likestilling og å sikre like rettigheter og muligheter ved å forby diskriminering på disse grunnlag, jf. § 1. Loven gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder, jf. § 3, men med visse unntak (se punkt 5.3.2).

Lov mot etnisk diskriminering § 4 slår fast at direkte og indirekte diskriminering og medvirkning til diskriminering er forbudt. Det er også forbudt å trakassere, medvirke til trakassering samt å gi instruks om å diskriminere, jf. §§ 5 og 6.

Med direkte forskjellsbehandling menes etter § 4 første ledd en handling eller unnlatelse som har til formål eller virkning at personer eller foretak på de nevnte grunnlag blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.

¹¹ Rundskriv Q-4/2005.

Indirekte diskriminering defineres i § 4 tredje ledd som enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, praksis, handling eller unnløstelse som fører til at personer på grunn av de vernede grunnlag *blir stilt særlig ufordelaktig* sammenliknet med andre. Indirekte diskriminering i arbeidslivet er etter samme bestemmelse definert som enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløstelse som faktisk virker slik at en arbeidssøker *stilles dårligere* enn andre arbeidssøkere eller arbeidstakere på grunn av de vernede grunnlag. Lovens forbud mot indirekte diskriminering er strengere i arbeidsforhold enn på andre samfunnsområder.

Forbud mot trakassering på grunn av lovens vernede grunnlag følger av § 5. Trakassering er definert som handlinger, unnløstelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende. Det er forbudt å medvirke til trakassering. Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner eller institusjoner skal innenfor sitt ansvarsområde forebygge og søke å hindre at det skjer trakassering.

5.3.2 Unntak

Det gjelder visse unntak både fra lovens virkeområde og fra diskrimineringsforbudet.

Unntatt fra lovens virkeområde er familieliv og personlige forhold, jf. § 3 første ledd første punktum. Med familieliv menes aktiviteter innenfor en smalt avgrenset personkrets, hvor alle involverte er i slekt med hverandre. Unntaket er kun ment å omfatte forhold mellom nære familiemedlemmer. Begrepet «personlige forhold» skal tolkes snevert. Det er tale om rent private anliggender. Forhold som knytter seg til personlige bekjenskaper, omgangskrets med videre vil normalt anses som personlige forhold. Også utleie av rom i egen bolig anses å falle inn under unntaket for personlige forhold.¹²

Unntatt fra forbudet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn er handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynsamfunn og virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål. For å falle inn under unntaket må handlingene eller aktivitetene være av betydning for gjennomføringen av trossamfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige formål, jf. § 3 første ledd tredje punktum. Avgjørende vil være om handlingen eller aktiviteten knytter seg til utø-

velsen av religionen eller livssynet.¹³ Unntaket gjelder imidlertid ikke på arbeidslivets område.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven jf. § 4 fjerde ledd. Dette unntaket gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling.

5.3.3 Aktivitets- og redegjøringsplikt

Etter lov mot etnisk diskriminering er det ikke kun en passiv plikt til å unnløst å diskriminere. Det er også en plikt til å arbeide aktivt for likebehandling og like muligheter. Offentlige myndigheter, arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner er underlagt aktivitets- og redegjøringsplikt.

Etter lov mot etnisk diskriminering § 3 a skal offentlige myndigheter arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål, jf. første ledd. Arbeidsgivere i privat sektor som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte og arbeidsgivere i offentlig sektor, skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål innenfor sin virksomhet, jf. § 3 a andre ledd. Aktivitetsplikten for arbeidsgivere omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering. Arbeidslivets organisasjoner har tilsvarende aktivitetsplikt innenfor sine virkefelt, jf. 3 a andre ledd tredje punktum.

Virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetninger, skal i årsberetningen redegjøre for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme lovens formål, jf. § 3 a tredje ledd. Offentlige myndigheter og virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet.¹⁴

5.3.4 Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse

Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål, jf. § 7. Forbudet gjelder ikke dersom innhenting er begrunnet i stillingens karakter, eller det inn-

¹³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 side 204.

¹⁴ For nærmere redegjørelse for aktivitets- og redegjøringsplikten vises til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kapittel 13 side 198 flg.

¹² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 side 204.

går 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.

5.3.5 Positiv særbehandling

Positiv særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål anses ikke som diskriminering i strid med loven, jf. § 8. Det er et krav etter loven at særbehandlingen skal opphøre når formålet er oppnådd.

Det må være forholdsmessighet mellom tiltaket og det målet som ønskes oppnådd. Dette må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle ved en helhetsvurdering, hvor det særlig legges vekt på vedkommende gruppes behov for særtiltak, tiltakets egnethet for å oppnå formålet, om tiltaket får uheldige konsekvenser for andre personer/grupper og om det finnes alternative og mindre inngripende måter å oppnå formålet på.

5.3.6 Arbeidsgivers opplysningsplikt

Arbeidsgiver har etter § 11 opplysningsplikt i ansettelsessaker. Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med loven kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har. Opplysningsplikten gjelder kun konstaterbare kvalifikasjoner som utdanning, ikke subjektive vurderinger arbeidsgiver har foretatt av for eksempel personlig egnethet.

5.3.7 Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage over brudd på lov mot etnisk diskriminering, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet, jf. § 9. Dette gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Vernet mot gjengjeldelse gjelder også overfor vitner. Det er også forbudt å gi instruks om gjengjeldelse, jf. § 6.

Delt bevisbyrde er lovfestet i § 10. Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte diskriminering i strid med loven, skal det legges til grunn at slikt brudd har funnet sted, hvis ikke

den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har skjedd.

Omstendighetene skal gi «grunn til å tro» at det har funnet sted diskriminering. Med dette menes at klager må etablere en presumsjon for at diskriminering har skjedd, basert på sakens ytre omstendigheter. En påstand alene, som ikke understøttes av konkrete omstendigheter, er ikke tilstrekkelig til at bevisbyrden går over. Det er imidlertid ikke et krav om sannsynlighetsovervekt. Når bevisbyrden er gått over, må den innklagede sannsynliggjøre at det er mer enn 50 prosent sannsynlighet for at diskriminering i strid med loven ikke har funnet sted.

Loven har regler om oppreisning og erstatning i § 14. Den som forsettlig eller uaktsomt bryter loven kan pålegges å betale oppreisning. Oppreisningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. I arbeidsforhold kan oppreisning kreves uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på loven kan kreves etter de alminnelige erstatningsregler.

En særlig bestemmelse om straff for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap er inntatt i § 15. Etter bestemmelsen kan den som forsettlig i fellesskap med minst to andre personer grovt overtrer eller medvirker til overtredelse av lovens §§ 4, 5 eller 6, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Reglene om delt bevisbyrde kommer ikke til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen, jf. § 15 siste ledd.

5.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

5.4.1 Diskrimineringsforbud, formål og virkeområde

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne) gir vern mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Loven har ingen definisjon av begrepet nedsatt funksjonsevne, men det fremgår av lovens forarbeider at det favner vidt. Diskrimineringsgrunnlaget omfatter både fysiske, psykiske og kognitive funksjonsnedsettelse. Det er ikke oppstilt krav til varighet eller alvorlighetsgrad, men det forutsettes en avgrensning mot rent forbigående eller bagatellmessige forhold som ikke påvirker funk-

sjonsevnen i nevneverdig grad, se forøvrig punkt 12.6.2.¹⁵

Lovens formål er å fremme likestilling og likeverd, sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse for alle uavhengig av funksjonsevne og hindre diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Loven skal dessuten bidra til nedbygging av samfunnsskapt barrierer og hindre at nye skapes, jf. § 1. Loven gjelder i utgangspunktet på alle samfunnsområder, jf. § 2, men med visse unntak (se punkt 5.4.2).

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven oppstiller forbud mot diskriminering og trakassering, jf. §§ 4 og 6. Det er også forbudt å medvirke til diskriminering og trakassering samt gi instruks om diskriminering og trakassering, jf. § 4 sjette ledd, § 6 fjerde ledd og § 7. Brudd på lovens tilretteleggingsbestemmelser utgjør diskriminering (se punkt 5.4.5).

Lovens § 4 slår fast at direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt. Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har til formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, jf. § 4 andre ledd. Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre, jf. § 4 tredje ledd.

Forbudet mot diskriminering omfatter diskriminering på grunn av funksjonsevne som er nedsatt, antas å være nedsatt, har vært nedsatt eller vil kunne bli nedsatt, jf. § 4 femte ledd. Diskrimineringsvernet omfatter ikke kun diskriminering på grunn av egen funksjonsnedsettelse. Diskrimineringsvernet omfatter også diskriminering av en person på grunn av dennes forhold til en person med nedsatt funksjonsevne, jf. § 4 femte ledd.

Lovens § 6 forbyr trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Med trakassering menes handlinger, unnlattelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende. Forbudet omfatter trakassering på grunn av funksjonsevne som er nedsatt, antas å være nedsatt, har vært nedsatt eller vil kunne bli nedsatt, samt trakassering av en person på grunn av

dennes forhold til en person med nedsatt funksjonsevne.

Arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner skal innenfor sitt ansvarsområde forebygge og søke å hindre at det skjer trakassering.

5.4.2 Unntak

Det gjelder visse unntak fra lovens virkeområde, lovens diskrimineringsforbud og fra håndhevingen av loven.

Unntatt fra lovens virkeområde er familieliv og andre forhold av personlig karakter, jf. § 2. Med familieliv menes de valg og handlinger som er en naturlig del av familielivet. Eksempler på forhold av personlig karakter er valg av venner og omgangskrets, utlån av private eiendeler, gaver og testamentariske disposisjoner.¹⁶

Unntatt fra diskrimineringsforbudet er saklig forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering, jf. § 4 fjerde ledd. Forskjellsbehandling i arbeidslivet må i tillegg være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf. § 4 fjerde ledd andre punktum.

5.4.3 Aktivitets- og rapporteringsplikt

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er det ikke kun en passiv plikt til å unnlate å diskriminere. Det er i tillegg en plikt til å arbeide aktivt for likebehandling og like muligheter. Offentlige myndigheter, arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner er underlagt aktivitets- og rapporteringsplikt.

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 skal offentlige myndigheter arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål, jf. første ledd. Arbeidsgivere i privat sektor som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte, og arbeidsgivere i offentlig sektor skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål innenfor sin virksomhet, jf. § 3 andre ledd. Aktivitetsplikten for arbeidsgivere omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, fremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering. Arbeidslivets organisasjoner har tilsvarende aktivitetsplikt innenfor sine virkefelt, jf. § 3 andre ledd tredje punktum.

¹⁵ Om begrepet nedsatt funksjonsevne, se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.8.4 side 80-94.

¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kapittel 18 side 249.

Virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetninger, skal i årsberetningen redegjøre for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme lovens formål, jf. § 3 tredje ledd. Offentlige myndigheter og virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet.¹⁷

5.4.4 Positiv særbehandling

Loven åpner for at positiv særbehandling kan benyttes. Særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål anses ikke som diskriminering, jf. § 5. Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd. Det er samme vilkår for positiv særbehandling etter denne loven som etter likestillingsloven og lov mot etnisk diskriminering, se punkt 5.2.6 og 5.3.5.

5.4.5 Plikt til universell utforming og individuell tilrettelegging

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven pålegger både en plikt til universell utforming (generell tilrettelegging) og individuell tilrettelegging. Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig, jf. § 9 andre ledd. Individuell tilrettelegging er rettet mot den enkeltes behov. Reglene om individuell tilrettelegging kommer i tillegg til og supplererplikten til universell utforming, og er avgrenset til bestemte samfunnsområder som er ansett å være av særlig betydning for den enkelte. Bådeplikten til universell utforming og individuell tilrettelegging er underlagt en uforholdsmessighetsbegrensning. Diskriminering som skyldes mangelfull fysisk tilrettelegging er uttømmende regulert i §§ 9 og 12, jf. § 4 sjetted ledd.

Plikten til universell utforming følger av § 9. Offentlig og privat virksomhet rettet mot allmennheten har plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon så langt det ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten. Ved vurderingen av om utformingen eller tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, hvorvidt virksomhetens almin-

nelige funksjon er av offentlig art, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn. Det gjelder særlige regler for universell utforming av bygg- og anlegg samt IKT, jf. §§ 10 og 11. Universell utforming på andre områder, som for eksempel innen samferdsel, reguleres av sektorlovgivningen.

Plikten til individuell tilrettelegging følger av § 12. Plikt til individuell tilrettelegging pålegger arbeidsgiver, barnehager, skole- og utdanningsinstitusjon samt for enkelte kommunale tilbud etter sosialtjenesteloven mv. Plikten til individuell tilrettelegging omfatter ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde, jf. § 12 femte ledd. Ved vurderingen av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

5.4.6 Arbeidsgivers opplysningsplikt ved ansettelse

Loven pålegger arbeidsgiver opplysningsplikt i ansettelsessaker. Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med diskrimineringsforbudet etter § 4, eller ved brudd på arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter § 12, kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om utdanning, praksis eller andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet hos den som ble ansatt, jf. § 14.

5.4.7 Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde og sanksjoner

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på diskriminering, jf. § 8, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet. Dette gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt. Vernet mot gjengjeldelse gjelder også overfor vitner.

Loven oppstiller regelen om delt bevisbyrde for tvister om diskriminering. Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at brudd på loven har funnet sted, skal det legges til grunn at brudd har funnet sted hvis ikke den ansvarlige for handlingen, unnlåtelsen eller ytringen sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted slikt brudd, jf. § 13.

Lovens hovedregel er etter § 17 at den som uaktsomt opptrer i strid med lovens diskrimine-

¹⁷ For nærmere redegjørelse for aktivitets- og rapporteringsplikten vises til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kapittel 13 side 198 flg.

ringsforbud kan pålegges å betale oppreisning til fornærmede. Det er tilstrekkelig med vanlig (simpel) uaktsomhet for å kunne ilegges oppreisningsansvar. For diskriminering i arbeidslivet er det en særlig regel om arbeidsgivers oppreisningsansvar etter § 17 andre ledd, hvorefter arbeidssøker eller arbeidstaker kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på loven kan kreves etter alminnelige erstatningsregler, jf. § 17 tredje ledd.

5.5 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

5.5.1 Diskrimineringsforbud og virkeområde

Arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.) § 13-1 forbyr diskriminering i arbeidsforhold på grunn av seksuell orientering, alder, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, samt diskriminering av deltidsansatte eller midlertidig ansatte.

Diskrimineringsforbudet gjelder for det første i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og gjelder alle sider ved arbeidsforholdet fra ansettelse til opphør. Det omfatter således utlysning av stilling, omplassering, forfremmelse, opplæring og kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår og opphør av arbeidsforholdet, jf. § 13-2 første ledd.

Diskrimineringsforbudet omfatter videre arbeidsgivers valg av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere og innmelding samt deltakelse i arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon, jf. § 13-2 andre ledd.

Arbeidsmiljøloven § 13-1 forbyr direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere. Begrepene direkte og indirekte diskriminering samt trakassering er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Det fremgår av lovens forarbeider at det med direkte diskriminering menes at en arbeidstaker eller arbeidssøker på grunn av et av de nevnte forhold behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon. Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at noen stilles dårligere enn andre av de grunner som omfattes av loven.¹⁸

5.5.2 Unntak

Unntak fra diskrimineringsforbudet følger av § 13-3. Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering, jf. § 13-3 første ledd.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er etter § 13-3 andre ledd ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. Det er således noe større adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder og forskjellsbehandling av deltidsansatte og midlertidig ansatte enn etter lovens andre diskrimineringsgrunnlag. For disse grunnlagene kreves ikke at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Forskjellsbehandling må likevel være nødvendig for å oppnå et saklig formål.

Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd er forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, der det i utlysningen av stillingen er stilt særlige krav ut fra stillingens karakter eller formålet for virksomheten, ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Det er foreslått at denne bestemmelsen oppheves, og at eventuell forskjellsbehandling må hjemles i den generelle unntaksadgangen etter § 13-3 første ledd. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må være saklig, nødvendig og forholdsmessig i forhold til den som utsettes for forskjellsbehandlingen. Det innebærer videre at kravene til begrunnelse for trossamfunnenes forskjellsbehandling blir skjerpet.¹⁹

Forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler er unntatt lovens virkeområde, jf. § 13-2 fjerde ledd.

5.5.3 Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse

Arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger ved ansettelse er regulert i § 13-4. Arbeidsgiver må ikke i utlysning eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25 side 325 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.3 side 32-38.

¹⁹ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 6.1.3 side 37.

eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

Forbudet mot å innhente slike opplysninger gjelder likevel ikke dersom opplysningene 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 gjennomføring av formålet. Dersom slike opplysninger vil bli krevet må dette angis i utlysningen av stillingen.

5.5.4 Positiv særbehandling

Positiv særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med diskrimineringsforbudet, jf. § 13-6. Det er et krav etter loven at særbehandlingen skal opphøre når formålet er oppnådd. Bestemmelsen forstås på samme måte som tilsvarende bestemmelser i likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

5.5.5 Arbeidsgivers opplysningsplikt ved ansettelse

Arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med diskrimineringsforbudet ved ansettelse kan kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har, jf. § 13-7. Arbeidsgivers opplysningsplikt gjelder konstaterbare kvalifikasjoner som for eksempel utdanning, men ikke subjektive vurderinger av kandidaten. Opplysningsplikten gjelder ved ansettelser, ikke ved interne opprykk.

5.5.6 Brudd på loven. Vern mot gjengjeldelse, bevisbyrde, sanksjoner og ugyldighet

Vern mot gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven følger av lovens alminnelige regler om arbeidsgivers og arbeidstakers plikter etter kapittel 2, jf. § 2-5. Arbeidsmiljøloven har ingen eksplisitt bestemmelse om vern mot gjengjeldelse etter reglene om vern mot diskriminering.

Delt bevisbyrde er lovfestet i § 13-8. Dersom arbeidstaker eller arbeidssøker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering, eller gjengjeldelse som følge av varsling om brudd på bestemmelsene, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted diskriminering eller gjengjeldelse.

Den som er blitt diskriminert i strid med arbeidsmiljøloven kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige erstatningsregler ved arbeidsgivers uaktsomhet.

Brudd på arbeidsmiljøloven kapittel 13 sanksjoneres etter arbeidsmiljølovens generelle sanksjoner, og kan herunder straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder, eller begge deler, jf. § 19-2. Medvirkning straffes på samme måte.

Det følger av § 13-9 tredje ledd at bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter mv. som er i strid med arbeidsmiljøloven kapittel 13 er ugyldige.

5.6 Sjømannsloven kapittel II A

Sjømannsloven (lov 30. mai 1975 nr. 18 Sjømannslov) kapittel II A forbyr diskriminering på grunn av seksuell orientering, alder, funksjonshemming, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, diskriminering av deltidsansatte eller midlertidig ansatte. Sjømannsloven gir med andre ord vern mot diskriminering på samme diskrimineringsgrunnlag som arbeidsmiljøloven.

Sjømannsloven gjelder for den som har sitt arbeid på norsk skip, og som ikke bare arbeider om bord mens skipet ligger i havn, jf. § 1 første ledd. Arbeid på skip faller utenfor arbeidsmiljølovens virkeområde, da arbeidsmiljøloven ikke kommer til anvendelse for sjøfart, jf. § 1-2 nr. 2 bokstav a. Likestillingsloven og lov mot etnisk diskriminering kommer derimot til anvendelse på norske skip, jf. likestillingsloven § 20 første ledd første punktum og lov mot etnisk diskriminering § 3 andre ledd andre punktum. Også forbudet mot diskriminering etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kommer til anvendelse på norske skip, jf. § 2 andre ledd andre punktum, men ikke tilretteleggingsbestemmelsene er unntatt.

Sjømannsloven § 33 forbyr direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere. Ved ansettelse på skip registrert i norsk internasjonalt skipsregister er det utbredt at sjøfolkene er ansatt av en bemanningsagent i sitt hjemland. Bestemmelsene om diskrimineringsvern i sjømannsloven vil kunne komme til anvendelse, da bestemmelsene gjelder for rederiets valg av selvstendig næringsdrivende og inn-

leide sjømenn, jf. sjømannsloven § 33 A andre ledd. I den grad et norsk rederi gjennom instruks eller på annen måte etterspør arbeidskraft hos en bemanningsagent etter kriterier som er i strid med diskrimineringsforbudet, vil dette rammes av loven. Bestemmelsene i sjømannsloven kapittel II A tilsvarer for øvrig bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

5.7 Boliglovene

5.7.1 Diskrimineringsforbud og virkeområde

Med boliglovene siktes det til husleieloven (lov om husleie av 26. mars 1999 nr. 17), borettslagsloven (lov om burettslag av 6. juni 2003 nr. 39), boligbyggelagsloven (lov om bustadbyggjelag av 6. juni 2003 nr. 38) og eierseksjonsloven (lov om eierseksjoner av 23. mai 1997 nr. 31). Etter boliglovene er det forbud mot å diskriminere på grunn av kjønn, etnisitet, nasjonalt opphav, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, homofil orientering eller nedsatt funksjonsevne.

Etter husleieloven § 1-8 kan de nevnte forhold ikke regnes som saklig grunn til nektelse av opptak i husstand, fremleie, personskifte eller tillegges vekt ved opphør av leieforholdet. Etter borettslagsloven § 1-5, boligbyggelagsloven § 1-4 og eierseksjonsloven § 3 a er det forbud mot at det i vedtektene settes vilkår for å være andelseier som tar hensyn til slike omstendigheter, og disse omstendighetene kan ikke regnes som saklig grunn til å avvise en andelseier eller bruker, eller tillegges vekt ved forkjøpsrett.²⁰

Diskrimineringsforbudet etter boliglovene omfatter ikke salg av bolig (forholdet mellom kjøper og selger). Lov mot etnisk diskriminering omfatter imidlertid også salg av bolig. Diskrimineringsvernet etter boliglovene har kun selvstendig betydning når det gjelder homofil orientering, da lov mot etnisk diskriminering gir overlappende vern på diskrimineringsgrunnlagene etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn.

Diskrimineringsforbudet etter husleieloven omfatter både forretningsmessig og privat utleie. Diskrimineringsforbudet gjelder ikke ved utleie av husrom i egen bolig.²¹ Ved utleie av hybler eller liknende, der leier har tilgang til utleiers bolig, står utleier helt fritt i valget mellom flere

interesserte, også til å ikke leie ut den annonserte boligen.

5.7.2 Brudd på loven. Bevisbyrde og sanksjoner

Delt bevisbyrde er nedfelt i boliglovene, jf. husleieloven § 1-8 (3), borettslagsloven § 1-5 (3), boligbyggelagsloven § 1-4 (3) og eierseksjonsloven § 3a tredje ledd. Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med loven, skal slik diskriminering anses som bevist, med mindre den som har utført handlingen sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Ved brudd på forbudet mot diskriminering i boliglovene gjelder alminnelige erstatningsregler. Ved diskriminering på grunn av etnisitet mv. gjelder i tillegg reglene om oppreisning ved uaktsomt eller forsettlig brudd på loven, jf. lov mot etnisk diskriminering § 14.

5.8 Håndhevingsapparatet. Diskrimineringsombudsloven

5.8.1 Ombudet og nemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet (ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (nemnda) ble opprettet med virkning fra 1. januar 2006. Ombudets og nemndas myndighet og organisering følger av diskrimineringsombudsloven (lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda). 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.²²

5.8.2 Myndighetsområde

Ombudet og nemnda håndhever likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, arbeidsmiljøloven kapittel 13 og diskrimineringsforbudet i boliglovene, jf. diskrimineringsombudsloven § 1.

Det gjelder visse unntak og særregler for håndhevingen. Arbeidsmiljølovens forbud mot

²⁰ Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 34-38 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 16.3.5 side 177-178.

²¹ Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 37.

²² Forskrift 16.12.2005 nr. 1524 om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte håndheves ikke av ombudet og nemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 andre ledd nr. 3. Det samme gjelder vernet mot gjengjeldelse for de grunnlag som er vernet etter arbeidsmiljøloven, da dette er hjemlet i § 2-4. Unntatt fra håndheving etter likestillingsloven er familieliv og rent personlige forhold (§ 2 andre ledd) og forbudet mot seksuell trakassering (§ 8 a femte ledd) samt § 1 a femte ledd som sier at ombudet og nemnda håndhever redegjøringsplikten, men ikke aktivitetsplikten (som heller ikke håndheves av domstolene). Ombudet og nemnda håndhever heller ikke straffebestemmelsen for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet begått av flere i fellesskap etter lov mot etnisk diskriminering § 15.

Saker om diskriminering i strid med sjømannsloven kapittel II A er ikke omfattet av ombudets og nemndas myndighet, jf. diskrimineringsombudsloven § 1. Den som mener seg forskjellsbehandlet i strid med sjømannslovens regler kan reise søksmål for de ordinære domstoler.

5.8.3 Ombudets myndighet og oppgaver

Ombudet har funksjon som objektiv lovhåndhever. Ombudet skal ikke representere parten utad, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 sjettedde.

Enhver kan bringe en sak inn for ombudet, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 fjerde ledd. Saker som er brakt inn for ombudet av en som ikke selv er part i saken, skal bare behandles av ombudet dersom den krenkede part samtykker. Dersom særlige hensyn tilsier det, kan ombudet likevel behandle en slik sak, selv om det ikke er gitt samtykke. Ombudet har også myndighet til å ta opp saker av eget initiativ.

Ombudet har i tillegg en veiledersrolle, en kompetansefunksjon og en pådriverrolle for å fremme likestilling og likebehandling, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd, jf. tredje ledd. Ombudets kompetansefunksjon innebærer at ombudet skal ha oversikt over og formidle kunnskap og bidra til å utvikle kompetanse og dokumentasjon om likestilling og likebehandling. Ombudet skal også overvåke art og omfang av diskriminering. Arbeidet for å fremme likestilling og likebehandling innebærer at ombudet blant annet skal være en pådriver ved å ta initiativ til og delta i den offentlige debatten, ved å ha et kritisk blikk på virksomheten i offentlig og privat sektor, og ved å være en premissleverandør for utforming av politikken på området. Ombudet skal videre søke å

påvirke holdninger og atferd i samfunnet, noe som innebærer å bidra til en bevisstgjøring om likestilling i samfunnet.

Fordi ombudet også har en pådriverfunksjon er myndigheten som lovhåndhever i utgangspunktet å gi en uttalelse om et forhold er i strid med diskrimineringslovgivningen eller ikke, jf. § 3 tredje ledd. Uttalelsen er ikke rettslig bindende.

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 avvente nemndas vedtak, kan ombudet etter § 4 jf. § 7 treffe bindende vedtak og gi pålegg om retting og stansing, såkalte hastevedtak.

5.8.4 Nemndas myndighet. Pålegg om stansing, retting mv.

Saker kan komme opp for nemnda 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 (§ 3 tredje ledd) eller ved at nemnda selv har krevet forelagt en avgjørelse fra ombudet til prøving (§ 6 andre ledd).

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.

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 ikke bindende for Kongen eller departementene, jf. diskrimineringsombuds-

loven § 9 andre ledd. Denne bestemmelsen har selvstendig betydning i den grad Kongen eller et departement treffer andre avgjørelser enn de som omfattes av begrepet enkeltvedtak etter forvaltningsloven.²³

Nemnda kan ikke fatte vedtak om tariffavtalers gyldighet, forståelse og beståen. Dette ligger under Arbeidsrettens kompetanse, jf. § 10 fjerde ledd. Nemnda kan imidlertid gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale er i strid med et av forbudene mot diskriminering.

5.8.5 Opplysningsplikt

Etter diskrimineringsombudsloven § 11 har offentlige myndigheter, og enhver som har vitneplikt etter tvistemålsloven, opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda, uten hinder av 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 kreve bevisopptak ved domstolene.

5.8.6 Straff

Den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å etterkomme nemndas pålegg eller ombudets hastevedtak straffes med bøter, jf. diskrimineringsombudsloven § 13. Det samme gjelder forsettlig eller uaktsomt unnlatelse av å oppfylle opplysningsplikten etter § 11.

5.8.7 Forholdet til alminnelige domstoler og Arbeidsretten

Tvister om diskriminering kan bringes direkte inn for de alminnelige domstoler. Det er ikke nødvendig at saken er behandlet først av ombudet og nemnda. Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Det samme gjelder ombudets hastevedtak, jf. diskrimineringsombudsloven § 12. Søksmålsfristen er tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av nemndas vedtak rettes mot staten ved nemnda.

For å unngå behandling i to instanser av samme spørsmål, skal ombudet og nemnda avvise en sak dersom den er avgjort av en domstol eller er brakt inn for en domstol til avgjørelse, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd og § 6 tredje ledd. Avgjørende for om en sak er brakt inn for en domstol til avgjørelse er hvorvidt det er sendt stevning.

Arbeidsretten har eksklusiv kompetanse til å avgjøre spørsmål om tariffavtalers gyldighet, forståelse og beståen. Dersom en sak som er brakt inn for nemnda indirekte reiser spørsmål om en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse, kan hver av partene i tariffavtalen få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten. Saken skal da stilles i bero til spørsmålet er ferdig behandlet av Arbeidsretten. Nemnda kan imidlertid gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale er i strid med diskrimineringslovgivningen jf. § 10.

5.8.8 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. Med partshjelp menes at noen som ikke selv er part i en sak for domstolene trer inn til støtte for den ene part.

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. Partshjelperen trer inn i saken slik den da står.

Etter tvisteloven § 15-8 kan skriftlig innlegg for å belyse allmenne interesser som en sak reiser gis av et offentlig organ innenfor sitt ansvarsområde. Innlegget gis ved prosesskriv. 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 partshjelpere 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

²³ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) kapittel 13 side 103.

nemnda ikke har vedtakskompetanse, det vil si spørsmål om tariffavtalers eksistens, gyldighet eller forståelse, jf. diskrimineringsombudsloven § 10. 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.²⁴

5.9 Strafferettslig vern mot diskriminering

5.9.1 Forbud mot diskriminerende og hatefulle ytringer

Den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år, jf. straffeloven § 135 a. Likt med en offentlig fremsatt ytring, regnes en ytring når den er satt frem slik at den er egnet til å nå et større antall personer. Som ytring regnes også bruk av symboler. Medvirkning straffes på samme måte.

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, eller homofile legning, leveform eller orientering. Både skriftlige og muntlige ytringer er omfattet. Ytringen må knyttes til en person eller gruppe på grunn av deres etniske eller religiøse tilknytning, eller deres homofile legning, leveform eller orientering.²⁵

Enhver ytring av negativ karakter rammes ikke av bestemmelsen. Domstolene må ved praktiseringen av denne bestemmelsen vurdere ytringer i lys av ytringsfriheten. Av praksis følger det at ytringer av kvalifisert krenkende karakter, samt utsagn som oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkninger, eller innebærer en grov krenkelse av en gruppes menneskeverd, rammes.²⁶

²⁴ Tolkningssuttalelse 12. april 2007 fra Justis- og politidepartementets lovavdeling til Barne- og likestillingsdepartementet.

²⁵ For nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen vises til Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7 side 247.

²⁶ Høyesteretts kjennelse av 21. desember 2007, Rt. 1997 side 1821 og Rt. 2002 side 1618.

5.9.2 Forbud mot nektelse av varer og tjenester

Straffeloven § 349 a hjemler straff for den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet, på grunn av en persons trosbekjennelse, rase, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse nekter ham eller henne varer og tjenester på de vilkår som gjelder for andre. Det samme gjelder ved nektelse på grunn av en persons homofile legning, leveform eller orientering.

De forbudte handlingene er nektelse av varer og tjenester i næringsvirksomhet eller liknende virksomhet og nektelse av adgang til offentlig forestilling, oppvisning eller annen offentlig sammenkomst. Videre må nektelsen være knyttet til personens etniske eller religiøse tilknytning eller vedkommendes homofile legning, leveform eller orientering. Nektelse av varer og tjenester på annet grunnlag rammes ikke. Skyldkravet er forsettlig eller grov uaktsomhet. Strafferammen er bøter eller fengsel i inntil seks måneder.²⁷

5.9.3 Andre relevante bestemmelser

Straffeloven har regler om straffskjerpelse ved rasistisk motiverte legemskrenkninger og skadeverk. Etter straffeloven § 232 siste punktum er det et moment ved vurderingen av om særdeles skjerpende omstendigheter foreligger, om en legemskrenkelse var rasistisk motivert. På samme måte skal det ved vurderingen av om et skadeverk er grovt, legges betydelig vekt på om skadeverket var rasistisk motivert, jf. straffeloven § 292 andre ledd.

5.9.4 Nye bestemmelser om strafferettslig vern mot diskriminering i ny straffelov

Det er vedtatt nye bestemmelser om vern mot hatefulle ytringer og diskriminering i form av nektelse av varer og tjenester i ny straffelov. Disse bestemmelsene erstatter nåværende §§ 135 a og 349 a. Nytt etter disse bestemmelsene er at også nedsatt funksjonsevne omfattes av det strafferettslige diskrimineringsvernet. Bestemmelsene ble vedtatt i mars 2008. Reglene ventes å tre i kraft i 2011 eller 2012.²⁸

Ny § 185 gir vern mot hatefulle ytringer. Med bot eller fengsel inntil tre år straffes den som for-

²⁷ For nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen vises til Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7 side 251-252.

²⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) kapittel 15.

settlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. 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 etniske eller nasjonale opprinnelse, religion eller livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne.

Etter ny § 186 straffes med bot eller fengsel inntil 6 måneder den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester på grunn av personens hudfarge eller etniske eller nasjonale opprinnelse, religion eller livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne, såfremt nektelsen ikke skyldes manglende fysisk tilrettelegging. På samme måte straffes den som av en slik grunn nekter en person adgang til en offentlig forestilling, oppvisning eller annen sammenkomst på de vilkår som gjelder for andre.

Det er i tillegg vedtatt en ny bestemmelse om straffskjerpene omstendigheter, jf. ny § 77 bokstav i. Etter denne bestemmelsen skal det ved straffutmålingen i skjerpene retning især tas i betraktning at lovbruddet har sin bakgrunn i andres religion eller livssyn, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile legning, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern.²⁹ Bestemmelsen innebærer en kodifisering av gjeldende kriterier for straffutmålingen.³⁰

5.10 Krav til saklighet etter annen lovgivning

5.10.1 Krav til saklighet som grense for forvaltningens myndighetsutøvelse

Kommunale og statlige organer står ikke fritt ved utøvelsen av myndighet. Regler i forvaltningsloven og andre lover stiller krav til forvaltningens skjønnsutøvelse.

Forvaltningsretten omfatter prinsipper som forbyr «misbruk av forvaltningsmyndighet». Med dette siktes det gjerne til ulovfestede regler om at forvaltningen ikke må ta utenforliggende hensyn, ikke drive usaklig forskjellsbehandling mv. Myndighetsmisbrukslæren har for det meste vært brukt som en henvisning til grensene for skjønns-

messig kompetanse.³¹ Hensyn som ikke kan trekkes inn kalles ofte «utenforliggende» eller «usaklige».

Forvaltningen må altså holde seg innenfor kompetansegrunnlaget, og må der det er rom for utøvelse av skjønn bygge på hensyn som er saklige og relevante. Hvilke hensyn som er saklige eller relevante følger av en fortolkning av kompetansegrunnlaget, tolket i lys av diskrimineringsreglene og regler andre steder i lovverket. Utgangspunktet for tolkningen av kompetansegrunnlaget er at offentlig myndighet skal utøves på fellesskapets – og ikke på egne – vegne. Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av personlige kjennetegn vil grensen mellom saklige og usaklige hensyn først og fremst finnes i diskrimineringsreglene. Det vil i tillegg være en rekke personlige kjennetegn som ikke går under noen av disse bestemmelsene, som kjennskap, slektskap, vennskap, fiendskap, bakgrunn, utseende, at personen har foretatt seg noe han eller hun kan klandres for eller som man ikke liker, andre såkalte «trynefaktorer» osv. Om disse er utenforliggende, må i siste instans avgjøres av en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlag.³²

Domstolene kan overprøve om forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn. Sivilombudsmanen har til oppgave å overvåke forvaltningen, og kan gi en uttalelse om det er begått urett eller er gjort feil i saksbehandlingen. Dette omfatter også om det er tatt utenforliggende hensyn eller myndighetsmisbruk.

5.10.2 Krav til saklighet som grense for arbeidsgivers styringsrett

5.10.2.1 Styringsretten

Arbeidsgivers styringsrett defineres vanligvis som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. Styringsretten gir kompetanse for arbeidsgiver til ensidig å treffe bindende beslutninger med virkning for arbeidsforholdet.

Arbeidsgiver står ikke helt fritt med hensyn til hvordan styringsretten skal utøves. Begrensninger følger av det som er avtalt mellom partene, lov, som for eksempel arbeidsretts- og diskrimineringslovgivningen og i tariffbundne virksomheter også av tariffavtaler. I det følgende gjøres det rede for lovregulerte saklighetskrav og spørsmålet om

²⁹ For nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen vises til Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7 side 247-251 og punkt 12.1 side 269-272.

³⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 4.3.3 side 38.

³¹ Eckhoff og Smith 2006 side 387.

³² Eckhoff og Smith 2006 side 366 flg, særlig side 372-375 og side 383, samt Graver 2007 side 110-113.

det på ulovfestet grunnlag kan oppstilles et generelt saklighetskrav for arbeidsgivers disposisjoner.

5.10.2.2 *Arbeidsmiljølovens vern mot usaklige oppsigelser*

Arbeidstaker har et vern mot avslutning av arbeidsforholdet på usaklig grunnlag. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 kan arbeidstaker ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Saklighetskravet gjelder både ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold og ved nedbemanning, herunder både grunnlaget for nedbemanning, omfanget av nedbemanningen og utvelgelsen av hvem som skal sies opp.

For oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold er det en rekke omstendigheter som kan utgjøre saklig grunn, eksempelvis mangelfulle arbeidsprestasjoner, brudd på lydighetsplikten, brudd på lojalitetsplikten og samarbeidsvanskeligheter. En begrunnelse som innebærer diskriminering i strid med et av diskrimineringsforbudene vil alltid være usaklig. Et eksempel på at domstolene har satt til side en oppsigelse basert på andre usaklige hensyn er inntatt i Rt. 1988 side 959. Saken gjaldt en hiv-positiv bartender, som ble oppsagt på grunn av at han var smittet. Høyesterett la til grunn at bartenderen ikke ville utgjøre noen reell smittefare i sitt arbeid. En ubegrunnet frykt kunne vanskelig anerkjennes som grunnlag for oppsigelse, og Høyesterett kom til at bartenderen heller ikke kunne nektes å gjeninntre i stillingen.

I tillegg til det generelle saklighetskravet har arbeidsmiljøloven særlige regler om oppsigelsesvern i §§ 15-8 til 15-9. I tillegg til å presisere saklighetskravet etter § 15-7 har bestemmelsene regler om bevisbyrde.

Arbeidsmiljøloven § 15-8 fastslår at arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom ikke av denne grunn kan sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte. Oppsigelse som finner sted innenfor det tidsrom arbeidstaker har oppsigelsesvern etter bestemmelsen skal anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig, jf. § 15-8 andre ledd. Etter § 15-8 tredje ledd må arbeidstaker som påberoper seg oppsigelsesvern etter bestemmelsen ved legeattest eller på annen måte innen rimelig tid gi varsel om grunnen til fraværet. Om arbeidsgiver krever det, må det samlede sykefravær godtgjøres ved legeattest.

Arbeidsmiljøloven § 15-9 første ledd slår fast at arbeidstaker ikke kan sies opp på grunn av graviditet. Oppsigelse som finner sted i denne perioden skal anses å være begrunnet i graviditeten dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig. Dersom arbeidsgiver krever det må graviditeten dokumenteres ved legeattest. Oppsigelsesvernet og den særlige bevisbyrderegelen gjelder også arbeidstaker som har omsorgspermisjon eller delvis permisjon utover ett år, jf. § 15-9 tredje ledd.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-10 kan arbeidstaker ikke sies opp på grunn av permisjon for å avtjene militærtjeneste eller liknende allmenn vernetjeneste. Oppsigelse som finner sted umiddelbart før eller innenfor det tidsrom arbeidstaker er fraværende fra arbeidet på grunn av slik permisjon skal anses å ha sin grunn i dette forholdet, dersom ikke annet gjøres overveiende sannsynlig.

5.10.2.3 *Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger*

Etter arbeidsmiljøloven § 9-3 må en arbeidsgiver ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte. Med helsetilstand menes her informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand. Formålet er å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet, og har derfor nær sammenheng med diskrimineringsvernet.

5.10.2.4 *Ulovfestet saklighetskrav ved utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett?*

Det kan reises spørsmål om det gjelder et generelt saklighetskrav i arbeidsforhold ut over det som følger av lov eller avtaler. Det må her sondres mellom saklighetskrav i offentlig og privat sektor, og saklighetskrav ved ansettelse og for arbeidsgivers disposisjoner etter at et arbeidsforhold er etablert.

Ved ansettelser i offentlig sektor gjelder et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp. Kvalifikasjonsprinsippet er lovfestet på enkelte områder, eksempelvis opplæringsloven § 10-5. Utenfor forvaltningens område fremkommer saklighetskrav ved ansettelser av diskrimineringslovgivningen.³³

³³ Jakhelln 2004, side 192.

Etter at et arbeidsforhold er etablert begrenses styringsretten av mer allmenne saklighetsnormer. At det gjelder et alminnelig krav til saklighet for utøvelse av styringsretten må i dag anses å være sikker rett. Dette ble bekreftet ved Rt. 2001 side 418 (Kårstø-dommen) hvor en enstemmig Høyesterett uttalte: «Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer» (side 427). Dette må innebære at disposisjoner som er helt vilkårlige eller motivert i usaklige hensyn antakelig kan settes til side av domstolene. Utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen. Arbeidsgiver må ha et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være basert på utenforliggende hensyn. I Nøkk-dommen (Rt. 2000 side 1602) bemerket Høyesterett at det ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalen blant annet må legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.

Det er likevel et spørsmål hva som ligger i saklighetsnormen. Som utgangspunkt må det innebære at disposisjonen skal bygge på et riktig og tilstrekkelig faktisk grunnlag, hvor fremgangsmåten frem til beslutningen inngår som et element. Beslutningen skal være begrunnet i forhold som angår virksomheten – ikke i «utenforliggende» hensyn – og den skal ikke være vilkårlig overfor arbeidstakeren. Det er pekt på i teorien, men er foreløpig uklart, om kravet til saklighet også omfatter at det foretas en interesseavveining mellom arbeidsgiverens behov og arbeidstakernes interesser. Kårstø-dommen og Nøkk-dommen kan tyde på at en slik interesseavveining inngår i saklighetskravet, men det er uklart hvordan interesseavveiningen skal foretas og hvor langt domstolene i praksis vil gå med hensyn til å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger.³⁴

5.10.3 Krav om saklig grunn for forsikringsnekt

Etter forsikringsavtaleloven (lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler) § 3-10 om skadeforsikring og § 12-2 om personforsikring kan forsikringsselskap ikke uten saklig grunn nekte noen på vanlige vilkår en forsikring som selskapet ellers tilbyr allmennheten, jf. begge bestemmelser første ledd. Avslag kan bringes inn for forsikringsklagenemnda.

Bestemmelsenes andre ledd regulerer nærmere hva som ligger i kravet til saklig grunn. Forhold som medfører en særlig risiko skal regnes som saklig grunn, forutsatt at det er en rimelig sammenheng mellom den særlige risikoen og avslaget. Regelen innebærer at selskapet må kunne dokumentere at det foreligger slike forhold. Selskapet kan ikke basere seg på en antakelse, men må kunne vise at det bygger på forsvarlige analyser (herunder statistikk). I kravet til at det må dreie seg om en «særlig risiko», ligger et krav til hvor betydelig risikoen er. Med risiko menes i denne forbindelse både muligheten for at et forsikringstilfelle vil inntreffe, og den økonomiske belastningen for selskapet om det skjer. Det må en mer markert risikoøkning til.

Med «vanlige vilkår» siktes til selskapets normale forsikringsvilkår for det aktuelle produktet, det vil si generelle kriterier, krav og retningslinjer som alle potensielle kunder blir møtt med. Videre vil vilkår som generelt er vanlige i forsikringsbransjen i forbindelse med det aktuelle forsikringsproduktet, anses som «vanlige vilkår». Typiske eksempler på dette kan være vanlige forbehold (for eksempel at tap av kontanter ikke dekkes i reiseforsikring), vanlige unntak (for eksempel at ulykkesforsikring vanligvis ikke dekker visse aktiviteter), sikkerhetsforskrifter (for eksempel at det kreves at båten registreres i Småbåtregisteret, eller at bygninger sikres på bestemte måter) og normale egenandeler.

Bestemmelsene krever at det må være en rimelig sammenheng mellom den særlige risikoen og avslaget. I dette ligger for det første at en nektelse bare kan omfatte dekning for den særlige risikoen. En forsikringsnektelse kan derfor ikke være mer omfattende enn nødvendig. Dette innebærer at selskapene, der en bestemt risiko anses å være for høy, må vurdere om det er mulig å avgrense mot den særlige risikoen gjennom mer begrensede tiltak enn en total forsikringsnektelse, typisk gjennom begrensninger i dekningsfeltet.³⁵

Selskapenes alminnelige premiedifferensiering omfattes ikke av bestemmelsen. Dette reguleres av lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. (forsikringsloven) § 9-3 femte ledd og § 12-1, hvor det blant annet fremgår at premiene skal stå i et rimelig forhold til den risiko som overtas, og i forhold til selskapets økonomi. Dersom skaderisiko eller sannsynlig skadeomfang antas å være spesi-

³⁴ Evju 2003.

³⁵ Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) punkt 12.1 side 98-99.

elt stort, vil «vanlige vilkår» kunne innebære en premie som langt overstiger hva øvrige forsikringskunder skal betale og hva forsikringssøkeren er villig til å betale. Kravet til saklig grunn vil imidlertid ikke kunne omgås ved at selskapet, i

stedet for å nekte noen å tegne forsikring, tilbyr forsikring med en vesentlig forhøyd premie i strid med forsikringslovens regler om at premien må stå i et rimelig forhold til risikoen.

Kapittel 6

Diskrimineringslovgivning i andre land

6.1 Innledning

Dette kapitlet gir en oversikt over diskrimineringsvernet i noen utvalgte land. I tillegg til nordiske land har utvalget valgt å fremstille diskrimineringslovgivningen i land som har særlig interesse utover at de generelt har sammenliknbare trekk med Norge. Disse landene har lovgivning som favner flere diskrimineringsgrunnlag, de har lovgivning som inneholder en sekkekategori, eller de har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Flere land har grunnlovsfestet ikke-diskrimineringsprinsippet. Flere grunnlover har også en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsforbud (sekkekategori). Av de land utvalget har undersøkt er Finland det eneste landet som har en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag både i grunnloven og i sivilrettslig lovgivning.

Alle land utvalget har sett nærmere på har positivt angitt de samfunnsområder som omfattes av loven. Dette står i motsetning til norske diskrimineringslover som i utgangspunktet gjelder alle samfunnsområder.

Flere land har etter hvert samlet diskrimineringslovgivningen i en felles lov som omfatter flere diskrimineringsgrunnlag. Forslag til ny diskrimineringslov, hvor eksisterende diskrimineringslovgivning ble samlet, ble fremmet i Storbritannia april 2009. Da dette forslaget ble lagt frem på et så vidt sent stadium av utvalgets arbeid, har utvalget ikke foretatt noen nærmere vurdering av forslaget. Utvalget har av samme grunn ikke gitt noen redegjørelse for det britiske forslaget til samlet lov i denne innstillingen.

Et eksempel på et land som har valgt å ikke samle diskrimineringslovgivningen, er Island. Island har lite lovgivning som gir vern mot diskriminering på andre grunnlag enn kjønn. Det arbeides med å implementere EUs rasediskrimineringsdirektiv (2000/43/EF) og rammedirektivet (2000/78/EF). En komité ble nedsatt i 2006 for å revidere og styrke lovgivningen. Komiteen vur-

derte om kjønnslikestillingsloven skulle erstattes med en ny lov som omfattet flere diskrimineringsgrunnlag. Komiteen avviste dette med den begrunnelse at det gjenstår for mye på kjønnslikestillingsfeltet til at det kan forsvares å utvide diskrimineringsvernet. En fryktet også at en slik utvidelse ville fjerne fokus fra kjønnslikestillingen. Komiteen mente derfor at det fremdeles var behov for en spesifikk lov om likestilling mellom kjønnene. Komiteens forslag til ny lov om kjønnslikestilling ble vedtatt i 2008.¹

6.2 Sverige

6.2.1 Innledning

Den svenske grunnloven inneholder et diskrimineringsforbud, i tillegg til å stadfeste prinsippet om likeverd. Diskrimineringsgrunnlagene er supplert med en sekkekategori, utformet som «annan omständighet som gäller den enskilde som person».

Sverige har nylig gjennomført en samling av diskrimineringslovgivningen og en sammenslåing av håndhevingsorganene. Diskrimineringsvernet var tidligere spredt mellom flere lover, som ble håndhevet av fire ulike ombud som representerte hver sine diskrimineringsgrunnlag. En ny felles diskrimineringslov og en ny lov om Diskrimineringsombudsmannen trådte i kraft 1. januar 2009. Lovene implementerer EUs likestillingsdirektiv (2002/73/EF), rasediskrimineringsdirektivet (2000/78/EF) og rammedirektivet (2000/78/EF) i Sverige.

6.2.2 Grunnloven

Den svenske grunnloven har en målsettingsbestemmelse som slår fast at offentlig myndighet skal utøves med respekt for alle menneskers likeverd og for den enkeltes frihet og verdighet, jf. lovens kapittel 1 § 2. Etter samme bestemmelse skal offentlige

¹ NIKK 2008 kapittel 5 side 130-143.

myndigheter arbeide for deltakelse og likestilling, og mot diskriminering. Retten til ikke-diskriminering slås fast i kapittel 2 om grunnleggende friheter og rettigheter. De svenske grunnlovsbestemmelsene omtales nærmere i punkt 25.2.1.

6.2.3 Diskrimineringsloven

Diskrimineringsforbud

Den svenske diskrimineringsloven (Diskrimineringslag (2008:567)) gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, kjønnsoverskridende identitet eller uttrykk, etnisitet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse, seksuell legning og alder, jf. § 1. Diskrimineringsgrunnlagene er nærmere definert i lovens § 5. Loven innebærer en utvidelse av diskrimineringsvernet da Sverige tidligere ikke hadde vern mot diskriminering på grunn av kjønnsoverskridende uttrykk eller identitet og alder.

Diskrimineringsforbudet er særskilt regulert på det enkelte samfunnsområde, og det er lovfestet en rekke unntak og særregler. Det er unntak og særregler for diskrimineringsforbudet når det gjelder alder på de fleste samfunnsområder.

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

Virkeområde

Loven angir positivt samfunnsområdene som omfattes. Loven omfatter arbeidslivet, utdanning, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet og arbeidsformidling, start og drift av næringsvirksomhet, medlemskap i arbeidslivets organisasjoner, varer og tjenester herunder bolig, helsetjenester og sosiale tjenester, trygdeordninger og verneplikt.

Unntak

For de fleste samfunnsområder er det særlige unntak fra diskrimineringsforbudet når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av alder. Aldersdiskriminering er derfor først og fremst forbudt i arbeidslivet og innen utdanning. Innen de fleste samfunnsområder er det dessuten adgang til tiltak for å fremme likebehandling mellom kvinner og menn.

Diskrimineringsforbudet når det gjelder varer og tjenester rettet mot allmennheten omfatter ikke diskriminering på grunn av alder, jf. § 12 nr. 2 tredje ledd. For forsikringstjenester gjelder ikke

forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn. Diskrimineringsforbudet er heller ikke til hinder for at kvinner og menn i forhold til andre tjenester behandles ulikt, dersom det er begrunnet i et saklig formål og de middel som benyttes er egnede og nødvendige for å oppnå formålet.

Aktivitetsplikt for arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner

Lovens kapittel 3 regulerer aktivitetsplikten. Arbeidsgiver plikter, i samarbeid med arbeidstakerne, å iverksette aktive tiltak for å sikre like rettigheter og muligheter i arbeidslivet uansett kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, jf. kapittel 3 § 1. Arbeidsgiver skal arbeide for å utjevne lønnsforskjeller mellom kvinner og menn som utfører arbeid av lik verdi, jf. § 2. Videre plikter arbeidsgiver å forebygge trakassering som har sammenheng med kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, jf. § 6. Ved rekruttering skal arbeidsgiver påse at personer kan søke uansett kjønn, etnisitet, religion eller annen trosoppfatning, jf. § 7. Det nærmere innholdet i plikten er beskrevet i punkt 17.2 om arbeidsgivers aktivitetsplikt.

Utdanningsinstitusjoner har plikt til å arbeide aktivt og målrettet for å fremme like rettigheter og muligheter uansett kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, jf. kapittel 3 § 14. Utdanningsinstitusjoner har dermed aktivitetsplikt på noen flere diskrimineringsgrunnlag enn arbeidsgiver, da arbeidsgiver ikke har aktivitetsplikt for diskrimineringsgrunnlagene funksjonsnedsettelse og seksuell orientering. Utdanningsinstitusjonen har plikt til å forebygge trakassering på grunn av de nevnte grunnlag, jf. § 15. Det er også plikt til å utarbeide likebehandlingsplaner som gir en oversikt over påkrevde tiltak for å fremme like rettigheter for barn og studenter som studerer ved eller søker til utdanningsinstitusjonen, uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, jf. § 16.

Opplysningsplikt for arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner

En arbeidssøker som ikke er blitt ansatt eller tatt ut til intervju, og en arbeidstaker som ikke er blitt forfremmet, kan kreve skriftlig redegjørelse fra arbeidsgiver om kvalifikasjonene til den som ble ansatt, jf. kapittel 2 § 4. Utdanningsinstitusjoner

har en tilsvarende opplysningsplikt overfor studenter som ikke har fått studieplass, jf. kapittel 2 § 8.

Diskriminerende avtaler

Loven er ufravikelig, jf. kapittel 1 § 3. Kapittel 5 § 3 slår fast at dersom noen diskrimineres ved en bestemmelse i 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 erklæres ugyldig dersom det er urimelig at avtalen for øvrig gjøres gjeldende.

Bevisbyrde og sanksjoner

I saker om diskriminering og gjengjeldelse i strid med loven gjelder prinsippet om delt bevisbyrde, jf. kapittel 6 § 3. Den som diskriminerer i strid med loven kan pålegges å betale en såkalt diskrimineringserstatning, jf. kapittel 5 § 1.

6.2.4 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 motvirke diskriminering på grunn av kjønn, kjønnsoverskridende identitet etter uttrykk, etnisitet, religion eller annen trosoppfatning, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering og alder på alle samfunnsområder. 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. Diskrimineringsombudsmannen har myndighet til å opptre overfor domstolene for personer som mener at de har blitt diskriminert.

6.3 Finland

6.3.1 Innledning

I Finland er ikke-diskrimineringsprinsippet grunnlovsfestet. Grunnloven omfatter en rekke

diskrimineringsgrunnlag. Flere av disse gjenfinner vi ikke i norsk rett. Listen over diskrimineringsgrunnlag er ikke uttømmende.

Diskrimineringslovgivningen består av en lov om kjønnslikestilling og en generell likebehandlingslov som omfatter øvrige diskrimineringsgrunnlag, inkludert en sekkekategori. Diskriminering på grunn av etnisitet står i en særstilling. For etnisk diskriminering er lovens virkeområde videre, aktivitetsplikten er mer omfattende, og det er særregler for håndhevingen.

Finland har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.

6.3.2 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 andre 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. Det vises til punkt 25.2.2.

6.3.3 Likebehandlingsloven

Diskrimineringsforbud

Den finske likebehandlingsloven (lag om likebehandling av 20. januar 2004/21) forbyr diskriminering på grunn av alder, etnisk eller nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk, religion, overbevisning, meninger, helsetilstand, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering eller sekkekategorien «någon annen orsak som gäller hans eller hennes person», jf. § 6. Når det gjelder forbud mot diskriminering på grunn av kjønn viser bestemmelsen til likestillingsloven.

Loven forbyr både direkte og indirekte diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere, jf. § 6. Det er forbud mot gjengjeldelse etter § 8.

Virkeområde

Loven gjelder i arbeidslivet i vid forstand. Etter § 2 første ledd kommer loven til anvendelse for både offentlig og privat sektor når det gjelder vilkår for utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, ansettelseskriterier, arbeidsvilkår, opplæring og forfremmelse, omskolering og yrkesveiledning samt medlemskap og deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner.

Vernet mot etnisk diskriminering har et videre virkeområde. I tillegg til det generelle vernet på arbeidslivets område, gir loven i § 2 andre ledd et særskilt vern mot etnisk diskriminering i forhold til helse- og sosialtjenester, verneplikt, varer og tjenester, samt boligmarkedet. Det videre virkeområde på grunnlaget etnisitet er en følge av at loven implementerer EUs rasediskrimineringsdirektiv.²

Unntak

Unntatt fra lovens virkeområde er etter § 3 innholdet i utdanning og utdanningssystemet, samt utlendingers adgang til riket.

Det følger av lovens § 7 at en rekke forhold ikke regnes som diskriminering i lovens forstand. Dette gjelder for det første tiltak som i samsvar med en likebehandlingsplan skal realisere lovens formål om likebehandling. Videre er forskjellsbehandling på grunn av alder unntatt, forutsatt at forskjellsbehandlingen er objektivt og saklig begrunnet i sysselsettingshensyn, utdanningshensyn eller er begrunnet i aldersgrenser som er fastsatt for pensjonsrettigheter. Det er også adgang til positiv særbehandling.

Aktivitetsplikt

Loven pålegger offentlige myndigheter en aktivitetsplikt. Aktivitetsplikten er mer omfattende når det gjelder etnisitet enn for de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. Etter § 4 skal statlige og kommunale myndigheter samt selvstendige offentlige innretninger planmessig og målrettet fremme likebehandling og etablere en forvaltningsskikk som sikrer at likebehandling fremmes når saker forberedes og beslutninger fattes. Det påligger også en særlig plikt til å endre omstendigheter som hindrer at likebehandling oppnås. For å fremme etnisk likebehandling skal myndighetene etter § 4 andre ledd utarbeide en likebehandlingsplan i den utstrekning myndighetenes art og omfang tilsier.

Tilretteleggingsplikt

Arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner har etter § 5 en plikt til rimelig individuell tilrettelegging overfor personer med funksjonsnedsettelse. Bestemmelsen presiserer at rimelighetsvurderingen skal omfatte kostnader ved tilretteleggingen,

virksomhetens økonomiske stilling, samt muligheten til å få offentlig eller annen støtte til tilretteleggingen.

Diskriminerende avtalevilkår

Den avtalerettslige virkningen av diskriminering er regulert i loven. Etter § 10 kan diskriminerende avtalevilkår endres eller settes til side. Dette kan også få til følge at øvrige avtalevilkår endres dersom det er urimelig at avtalen for øvrig iverksettes.

Myndigheten til å sette diskriminerende avtalevilkår til side er lagt til domstolene.

Bevisbyrde og sanksjoner

Prinsippet om delt bevisbyrde er lovfestet i § 17.

Den som tilbyr arbeid, varer eller tjenester eller utdanning, og som diskriminerer på grunn av alder, etnisitet, nasjonal opprinnelse, religion, overbevisning, oppfatning, helsetilstand, funksjonshemming eller seksuell orientering plikter å betale oppreisning for den diskriminerende handlingen, jf. § 9. Godtgjørelse tilkjennes ikke ved brudd på samtlige diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse for diskriminering på grunn av språk eller «någon annan orsak som gäller hans eller hennes person»

Det er fastsatt et maksimumsbeløp for godtgjørelsen på EU 15 000. Godtgjørelsens størrelse fastsettes blant annet ut fra diskrimineringens art og omfang. I særlige tilfeller kan oppreisningen overskride maksimumsbeløpet. Forutsetningen er at dette kan begrunnes i diskrimineringens varighet, alvorlighetsgrad og andre omstendigheter.

Erstatning for økonomisk tap kan kreves i tillegg til godtgjørelse etter § 9, jf. § 9 tredje ledd. Straffeansvar for diskriminerende handlinger følger av kapittel 11 § 9 i straffeloven, og kapittel 47 § 3 for diskriminering i arbeidslivet, jf. § 20.

6.3.4 Likestillingsloven

Diskrimineringsforbud

Den finske likestillingsloven (lag om jämställdhet mellan kvinnor och män av 8. august 1986/609) forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av kjønn, jf. § 7. Direkte diskriminering omfatter at en kvinne stilles dårligere på grunn av graviditet eller fødsel. Diskrimineringsforbudet er i loven nærmere presisert på arbeidslivets område, samt innen utdanning og for organisasjoner.

² NOU 2005:8 punkt 8.4.4 side 107.

Lovens § 8 presiserer innholdet i diskrimineringsforbudet for alle deler av arbeidsforholdet. Etter bestemmelsen er det blant annet diskriminering dersom arbeidsgiver ved ansettelse eller tildeling av arbeidsoppgaver forbigår en person på grunn av kjønn, forskjellsbehandling på grunn av graviditet eller fødsel, samt ulike lønns- og arbeidsvilkår for kvinner og menn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Forbud mot gjengjeldelse fra arbeidsgiver som reaksjon på klage over diskriminering følger av § 8 a.

Etter § 8 b er det forbud mot at en undervisningsinstitusjon ved opptak av studenter, bedømmelsen av studieprestasjoner eller øvrig virksomhet setter noen i en dårligere stilling enn andre på grunn av kjønn.

Etter § 8 c er det forbud mot at arbeidslivets organisasjoner forskjellsbehandler på grunn av kjønn ved opptak av medlemmer eller tildeling av medlemsfordeler.

Unntak

Unntak fra lovens virkeområde følger av § 2. Etter § 2 nr. 1 kommer loven ikke til anvendelse på virksomhet tilknyttet religionsutøvelsen til den evangelisk-lutherske kirke, det ortodokse kirkesamfunnet eller andre religiøse samfunn. Etter § 2 nr. 2 er det unntak for relasjoner mellom familiemedlemmer og andre forhold i privatlivet.

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.

Unntatt fra lovens diskrimineringsforbud er etter § 9 særlige beskyttelsestiltak for kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel samt det forhold at verneplikt kun gjelder for menn. 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 også positiv særbehandling unntatt fra lovens diskrimineringsforbud.

Aktivitetsplikt

Finlands likestillingslov inneholder regler om aktive tiltak for å fremme likestilling både fra offentlige myndigheter, arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner.

Myndighetene plikter i all sin virksomhet å fremme likestilling mellom kvinner og menn, jf. § 4. Forhold som hindrer likestilling skal endres.

Arbeidsgivere skal arbeide aktivt for likestilling, jf. § 6, og skal utarbeide en likestillingsplan, jf. § 6 a. Innholdet i pliktene er konkretisert i lovteksten.

Arbeidsgivers aktivitetsplikt innebærer en plikt til å arbeide målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene. 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 kvinner og menn for ulike oppgaver samt skape like muligheter for kvinner og menn 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. Innholdet i plikten er nærmere beskrevet i punkt 17.2 om arbeidsgivers aktivitetsplikt.

Utdanningsinstitusjoner skal årlig utarbeide en likestillingsplan i samarbeid med studentenes og de ansattes representanter, jf. § 6 b. Planen skal inneholde en kartlegging av likestillingssituasjonen, hindringer for likestilling og nødvendige tiltak som planlegges for å fremme likestilling. Likestillingsplanen skal inneholde en vurdering av tidligere tiltak som har vært gjennomført i henhold til planen, og resultatene av disse.

Utlysning av stilling eller studieplass

Lovens § 14 har et forbud mot at en stilling eller en 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 organ som utøver makt

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

I statlige komiteer, delegasjoner og andre tilsvarende statlige samt kommunale organer, unntatt kommunestyrerepresentanter, skal begge kjønn være representert med minst 40 prosent, med mindre særlige grunner taler mot det. Bestemmelsen fastslår også 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.

Likestilling ved utdanning og undervisning

Myndigheter, undervisningsinstitusjoner og andre som har ansvar for undervisning skal påse at kvinner og menn har like muligheter til utdanning og avansement innen yrket, samt at undervisningen, forskningen og læremidlene støtter formålet med loven, jf. § 5.

Opplysningsplikt for arbeidsgiver og utdanningsinstitusjoner

Arbeidsgiver har opplysningsplikt både i forhold til ansettelse og ved lønnsfastsettelse, jf. § 10. Denne regelen omtales nærmere i punkt 19.4 om arbeidsgivers opplysningsplikt. Utdanningsinstitusjoner har opplysningsplikt overfor studenter som hevder de er blitt diskriminert ved opptak til studier, innretningen av studiet, bedømmelse av prestasjoner eller øvrige deler av skolens virksomhet, jf. § 10 a.

Bevisbyrde og sanksjoner

Loven fastslår at det gjelder delt bevisbyrde i saker om 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 ansettelsesaker er det satt et maksimumsbeløp på 15 000 EURO. Oppreisningen fastsettes ut fra diskrimineringsens art, omfang og varighet. Krav om oppreisning må kreves 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 kapittel 47 § 3 i straffeloven, jf. § 14 a. Diskriminerende stillingsannonser i strid med § 14 skal sanksjoneres med bøter.

6.3.5 Håndheving

Likebehandlingsloven håndheves av Arbetarskyddsmyndigheterna på arbeidslivets område, jf. § 11 første ledd. Arbetarskyddsmyndigheterna kan i forbindelse med tilsyn og ellers gi råd og veiledning om praktiseringen av loven.

Etnisk diskriminering håndheves av Minoritetsombudsmannen og Diskrimineringsnämnden i samsvar med lagen om minoritetsombudsmannen och diskrimineringsnämnden av 13. juli 2001/660. Dette gjelder likevel ikke på arbeidslivets område, hvor Arbetarskyddsmyndigheterna håndhever og

fører tilsyn på samme måte som for de øvrige diskrimineringsgrunnlagene etter loven.

Minoritetsombudsmannen har som oppgave å forebygge etnisk diskriminering, fremme gode etniske relasjoner, trygge etniske minoriteter og utlendingers stilling og rettigheter samt overvåke prinsippene om etnisk ikke-diskriminering. Ombudet skal følge med på og arbeide for å forbedre minoritetenes stilling og rettigheter, og rapportere om deres situasjon i samfunnet. Videre skal ombudet gi informasjon om lovgivning om diskriminering og etniske minoriteters stilling, samt i samarbeid med andre myndigheter overvåke at alle blir behandlet likt uavhengig av etnisk opprinnelse. Ombudet kan også bistå den som har blitt utsatt for etnisk diskriminering når det gjelder å trygge dennes rettigheter, eller ved behov skaffe den diskriminerte rettshjelp.

Minoritetsombudsmannen kan etter § 15 bringe en sak om etnisk diskriminering inn for Diskrimineringsnemnda. Nemnda har etter § 13 myndighet til å fastsette forlik mellom partene. Forlik fastsatt av nemnda, hvor man har blitt enige om en erstatning eller oppreisning, kan fullbyrdes som en rettskraftig dom. Nemnda kan gi pålegg om at diskriminering og/eller gjengjeldelse skal opphøre. Nemndas myndighet til å fastsette forlik og fatte vedtak omfatter ikke arbeidslivets område, da dette ligger til Arbetarskyddsmyndigheterna.

Likestillingsloven håndheves av Jämställdhetsombudsmannen og Jämställdhetsnämnden, som etter § 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 dessuten overvåke at loven følges, og har en pådriverrolle med å sikre at lovens formål fremmes. Ombudet kan bringe saker inn for nemnda, jf. § 20. Nemnda kan gi pålegg om at diskriminerende handling skal opphøre, og kan utferdige tvangsmulkt. Nærmere bestemmelser om ombudets og nemndas organisasjon og myndighet er gitt i «lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden» av 8. august 1986 (NR).

6.3.6 Reform av diskrimineringslovgivningen

Justitieministeriet nedsatte i 2007 en kommisjon med oppdrag å legge frem forslag til ny diskrimineringslovgivning. Kommisjonen skal legge frem sin innstilling september 2009.

Kommisjonen la i 2008 frem en delinnstilling om reformbehov av lovgivningen og reformalternativer. I delinnstillingen fastsetter kommisjonen som mål for lovreformen at lovgivningen harmoniseres så langt som formålstjenlig og mulig, for eksempel med hensyn til diskrimineringsforbudenes virkeområde, omfanget av aktivitetsplikten og muligheten til håndheving av rettighetene. Målet skal være at alle som utsettes for diskriminering skal møtes på mest mulig likeartet måte, uavhengig av diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområde. Mulighetene for utvikling av de ulike pliktene til å aktivt fremme likestilling skal utredes. Samtidig skal de nåværende pliktene etter gjeldende lovgivning ikke innskrenkes. Lovgivningen bør også klargjøres, både når det gjelder lovteknikk og språk, slik at lovverket blir mer forståelig og eksakt.

Kommisjonen har diskutert tre alternative modeller for reformen:

1. Fragmentert lovgivning, hvor likebehandlingsloven og likestillingsloven harmoniseres, og det utferdiges en ny lov om håndhevingsorganer samt nye lover på særlige grunnlag eller områder som for eksempel funksjonsevne. Argument for denne modellen er at diskrimineringsgrunnlagene er ulike.
2. Samlet lov, hvor likebehandlingsloven og likestillingsloven forenes i en lov, som også har bestemmelser om håndheving. Argument for denne modellen er at lovgivningen blir klarere på de områder hvor harmonisering er mulig, samt at harmonisering og samlet lov fremmer enhetlig og overordnet tilnærming til diskrimineringssaker og at behandlingen av multipel og interseksjonell diskriminering forenkles.
3. Ny likestillingslov og to spesiallover, hvor de generelle bestemmelsene om likestilling, likebehandling og diskriminering forenes i en ny lov, med regulering av øvrige spørsmål på de ulike grunnlag i egne lover. Generelle spørsmål og håndheving blir da regulert i samme lov.

6.4 Danmark

6.4.1 Innledning

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

Diskrimineringsregler er spredt på flere lover som omfatter ulike diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområder. Et trekk ved dansk diskrimineringslovgivning (på linje med arbeidslivsregule-

ringer for øvrig) er den særlige posisjon som partene i arbeidslivet og tariffavtalene har i reguleringsene 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. Disse lovene omtales ikke nærmere.

6.4.2 Lover om kjønnsdiskriminering

Danmark har flere lover om kjønnsdiskriminering som har ulike anvendelsesområder, 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. 1527 av 19. desember 2004 med endringer sist i lov nr. 434 av 11. mai 2007).
- Likebehandlingsloven («lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v.», jf. lovbekjentgjørelse nr. 711 av 20. august 2002 med endringer sist i lov nr. 566 av 9. juni 2006).
- Lov om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med forsikring, pensjon mv. («lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser», jf. lovbekjentgjørelse nr. 134 av 25. februar 1998 med endringer sist i lov nr. 133 av 21. 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 a stk. 2. Diskrimineringsforbudet i likebehandlingsloven konkretiseres av bestemmelsene i §§ 2-5. 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 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 pågående bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et saglig formål, og midlerne til at oppfylde det er hensigtsmessige 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 «hensigtsmessig og nødvendig og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer».

Det kan dispenseres fra likebehandlingsloven hvis det for visse yrkesgrupper eller utdannelse 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 en generell karakter, det vil si at det 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 dispensa-

sjon, 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 redegjørelsesplikt (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.

6.4.3 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.», lovbeholdning 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 pågående bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et saglig formål og midlerne til at oppfylde det er hensigtsmessige 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 utdannelse 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

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.

6.4.4 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). 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.

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).

6.4.5 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.

6.4.6 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. Nemnda erstatter det tidligere Ligestillingsnævnet som behandlet saker om kjønnsdiskriminering. Oppnevningen av nemnda er hjemlet i likestillingsloven § 19. Nemnda har kompetanse til å behandle klager om diskriminering på og utenfor arbeidsmarkedet, se punkt 22.4.

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).

6.5 Irland

6.5.1 Innledning

Den irske grunnloven har en bestemmelse om likhet for loven, samt bestemmelser om lik organisasjonsfrihet og rett til å ikke bli diskriminert på grunn av sin religion. Det vises til punkt 25.2.4 om grunnlovsværn.

Irsk diskrimineringslovgivning dekker de fleste samfunnsområder og omfatter en rekke diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsvernet er gitt i to lover, lov om likebehandling i arbeidslivet og likebehandlingsloven som gjelder øvrige samfunnsområder. Forbud mot diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte er regulert i separate lover som ikke omtales nærmere her.

6.5.2 Likebehandlingsloven

Diskrimineringsforbud

Den irske likebehandlingsloven (Equal Status Act nr. 8/2000) gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, ekteskapelig status, familiestatus, seksuell orientering, religion, alder, funksjonsnedsettelse, etnisitet og tilhørighet til «Traveller Community» (omreisende folk), jf. section 3. Diskrimineringsgrunnlagene er nærmere definert i section 2.

Loven forbyr direkte og indirekte diskriminering, trakassering og seksuell trakassering samt oppfordring til diskriminering, uavhengig av om oppfordringen faktisk fører til diskriminering. Ifølge section 4 utgjør det diskriminering i strid med loven dersom en tjenesteyter ikke tilrettelegger slik at personer med funksjonsnedsettelse ikke kan nyttiggjøre seg tjenesten uten tilrettelegging.

Virkeområde

Loven forbyr diskriminering i forbindelse med varer og tjenester, både de som tilbys av det offentlige og av private, salg og utleie av bolig samt innkvartering, og utdanning. Loven omfatter

også transport, og inneholder regler om tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse.

Unntak

Det foreligger ikke indirekte diskriminering dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål, og er forholdsmessig og nødvendig, jf. section 3 (1).

Etter section 5 (2) er forskjellsbehandling tillatt i tilknytning til pensjon, forsikring og andre forhold relatert til risikovurderinger hvor den ulike behandlingen er begrunnet i aktuarberegninger eller statistiske data fra pålitelige kilder. Forskjellsbehandlingen må også være rimelig tatt i betraktning foreliggende data og andre relevante forhold.

I section 5 (2) presiseres i tillegg en rekke andre unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling ved tilgang til varer og tjenester. Blant annet kan hensynet til bluferdighet tilsi at det er adgang til forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Forskjellsbehandling på grunn av religion utgjør ikke diskriminering i lovens forstand for varer eller tjenester som tilbys for religiøse formål. Forskjellsbehandling på grunn av alder, kjønn, nasjonalitet eller funksjonsevne i forbindelse med idrettsarrangementer er unntatt fra forbudet. Også i forbindelse med oppsetning av en forestilling er forskjellsbehandling på mange grunnlag tillatt. Loven slår dessuten uttrykkelig fast at rabatterte priser for barn, gifte og personer i en bestemt aldersgruppe ikke er i strid med diskrimineringsforbudet, jf. section 15.

Positiv særbehandling med formål å oppnå reell likhet, er ikke i strid med diskrimineringsforbudet, jf. section 14.

Sanksjoner

Den som er diskriminert i strid med loven kan kreve erstatning, jf. section 21.

6.5.3 Lov om likebehandling i arbeidslivet

Diskrimineringsforbud og virkeområde

Den irske loven om likebehandling i arbeidslivet (Employment Equality Act no. 21/1998) gir vern mot diskriminering på samme grunnlag som likebehandlingsloven. Loven forbyr diskriminering på grunn av kjønn, ekteskapelig status, familiestatus, seksuell orientering, religion, alder, nedsatt funksjonsevne, etnisitet og tilhørighet til «Traveller Community» (omreisende folk), jf. section 6. Loven gjelder i arbeidslivet.

Diskrimineringsforbudet omfatter alle deler av ansettelsesforholdet, fra ansettelse til opphør, jf. section 8. Bestemmelsen oppstiller også et forbud mot at arbeidsgiver gir instruks om å diskriminere eller fører en praksis som fører til, eller med sannsynlighet vil føre til, diskriminering. Rekrutteringsselskapers plikt til å ikke diskriminere er regulert særskilt, jf. section 11.

Unntak

Det er unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er forholdsmessig og nødvendig, jf. section 31 (1) jf. 22 (1).

Beskyttelsestiltak for kvinner i forbindelse med graviditet og amming er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, jf. section 26. Når det gjelder diskriminering på grunn av kjønn er det i tillegg unntak fra diskrimineringsforbudet knyttet til stillingens karakter, eksempelvis for arbeid innen fengselsvesenet og for stillinger hvor hensynet til bluferdighet gjør seg gjeldende, jf. section 25 og 27.

Loven er ikke til hinder for at det til offentlige tjenestemenn stilles krav til bosted, statsborgerskap og språkferdigheter, jf. section 36. Religiøse institusjoner kan forskjellsbehandle på grunn av religion, jf. section 37. Av samme bestemmelse fremgår at forskjellsbehandling på grunn av alder, nedsatt funksjonsevne og etnisitet er tillatt knyttet til underholdning, og forskjellsbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne og alder er tillatt innen forsvaret.

Positiv særbehandling utgjør ikke diskriminering etter loven, og er dermed tillatt, jf. section 24 og 33.

Diskriminerende avtalevilkår

Avtaler som er i strid med diskrimineringsforbudet er ugyldige («null and void»), jf. section 9.

Diskriminerende annonsering og stansing av ansettelsesprosesser

Stillingsannonser skal ikke gi inntrykk av diskriminering, jf. section 10. Etter section 10 (5) er det hjemmel for å stanse en ansettelsesprosess dersom The High Court eller The Circuit Court, etter begjæring fra The Equality Authority, finner grunn til å tro at en stillingsannonse kan være i strid med forbudet mot diskriminerende annonsering.

Likebehandlingsklausul

En arbeidsavtale skal inneholde en klausul om likebehandling («equality clause»), som innebærer at arbeidstaker som får dårligere vilkår enn andre arbeidstakere som utfører samme arbeid, skal få justert opp vilkårene til tilsvarende nivå, jf. section 21 for kjønn og section 30 for de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. Loven inneholder også en bevisbyrderregel i forhold til når klausulen skal inntre. Slik justering skal ikke finne sted dersom arbeidsgiver påviser at forskjellsbehandlingen ikke skyldes diskriminering.

Det fremgår av loven at lønn og pensjon ikke er omfattet av regelen om likebehandlingsklausuler. Retten til likelønn fremgår derimot av egne bestemmelser, jf. section 19 for kjønn og section 29 for de øvrige grunnlagene.

Sanksjoner

Den som er diskriminert i strid med loven kan kreve erstatning, jf. section 77.

6.5.4 Håndheving

En person som hevder å være diskriminert i strid med likebehandlingslovene kan innen en frist på seks måneder bringe saken inn for The Equality Tribunal. Tribunalet er et upartisk, «kvasi-judisielt» organ, men utgjør formelt sett ingen domstol. Tribunalet fatter sin avgjørelse på grunnlag av undersøkelser og uformelle høringer, uten at advokatbistand er nødvendig. Tribunalets avgjørelser fattes av en Equality Officer, og kan ankes til henholdsvis Labour Court og alminnelige domstoler.

Dersom partene er enige om det, tilbyr tribunalet en meklingsordning, jf. likebehandlingsloven section 24 og lov om likebehandling i arbeidslivet section 78. Meklingen foretas av en Equality Mediation Officer. Resultatet av meklingen er konfidensiell.

Dersom en av partene motsetter seg mekling, eller The Equality Mediation Officer finner at saken ikke kan løses ved mekling, blir saken utredet av tribunalet, jf. likebehandlingsloven section 25 og lov om likebehandling i arbeidslivet (section 79). Dersom klager gis medhold kan tribunalet utstede rettslig bindende pålegg om erstatning, lik avlønning og likebehandling, og at visse handlinger foretas («an order that a person or persons specified in the order take a course of action which is so specified»), jf. likebehandlingsloven

section 27 og lov om likebehandling i arbeidslivet section 82.

Det er også etablert et særlig organ – The Equality Authority – med oppgave å fremme likhet, informere om og overvåke etterlevelsen av regelverket. Videre driver Equality Authority generell juridisk rådgivning, og betaler i enkelte tilfeller saksomkostningene i konkrete saker. Organet har også mulighet for å føre prinsipielle saker for Tribunalet på vegne av den diskriminerte.

6.6 Nederland

6.6.1 Innledning

Nederland har en grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering, med en ikke-uttømmende opplisting av diskrimineringsgrunnlag (sekkekategori). Nederland har også flere diskrimineringslover, som verner ulike diskrimineringsgrunnlag og gjelder for ulike samfunnsområder. I diskrimineringslovene er diskrimineringsgrunnlagene uttømmende angitt. Nederland har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon.

6.6.2 Grunnlovsværn

Den nederlandske grunnloven fastsetter i artikkel 1 likhetsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering. Bestemmelsen har et forbud mot diskriminering på grunn av religion, livssyn, politisk overbevisning, rase, kjønn eller andre grunner, det vil si at forbudet er knyttet til en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunner, se punkt 25.2.5.

6.6.3 Ratifiserte internasjonale konvensjoner gjelder som lov

I nederlandsk rett gjelder ratifiserte internasjonale konvensjoner som lov så snart de er blitt publisert. Nederland har ratifisert EMKs tilleggsprotokoll nr. 12 om diskriminering. Når en nederlandsk dommer konkluderer med at en lovbestemmelse strider mot protokollen, vil loven bli satt til side. Enhver kan under nærmere betingelser påberope seg en konvensjonsregel for domstolene, jf. grunnloven artikkel 94. Derfor kan for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 eller EMKs tilleggsprotokoll nr. 12 gi bedre beskyttelse enn grunnloven artikkel 1 mot påstått diskriminerende lovbestemmelser. Den nederlandske grunnloven gir imidler-

tid ofte bedre rettsbeskyttelse enn internasjonale konvensjoner, fordi grunnlovsfestede rettigheter har en mer presis formulering og tillater færre unntak.

6.6.4 Diskrimineringslovgivningen

Rettighetene som er nevnt i den nederlandske grunnloven artikkel 1 er nærmere presisert i den alminnelige lovgivningen. Den nederlandske diskrimineringslovgivningen er spredt på flere lover som regulerer ulike diskrimineringsgrunnlag:

- Den generelle likebehandlingsloven (Algemene wet gelijke behandeling, 1994)
- Likebehandling av menn og kvinner i arbeidslivet (Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, 1980)
- Likebehandling av funksjonshemmede og kronisk syke (Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, 2003)
- Likebehandling i arbeidslivet uavhengig av alder (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 2002)

Det er en egen lov om likebehandling av funksjonshemmede og kronisk syke. Loven gjelder arbeidsliv, yrkesutdanning og offentlige transportmidler (inkludert informasjon om rutetabeller osv. og tilgang til stasjonsbygninger o.l.). Loven har en lovfestet plikt til tilrettelegging. Det er også en egen lov om likebehandling uavhengig av alder. Loven implementerer EUs rammedirektiv. Loven gjelder arbeidsliv (i vid forstand) og yrkesutdanning. Forbud mot diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte er regulert i egne lover. Disse lovene gjelder kun ansettelsesforhold. Lovene implementerer EU-direktivene om likebehandling av deltidsansatte og midlertidig ansatte. I tillegg er det diskrimineringsregler i den sivile lovsamlingen og i arbeidsrettslig lovgivning.

I det følgende redegjøres for den generelle likebehandlingsloven, som er den sentrale loven som konkretiserer grunnlovens artikkel 1, og loven om likebehandling i arbeidslivet uavhengig av alder.

6.6.5 Likebehandlingsloven

Diskrimineringsforbudet

Likebehandlingsloven har en generalklausul med forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Loven omfatter direkte og indirekte diskriminering på grunn av kjønn, religion, tro, politisk oppfatning, rase, nasjonalitet, heteroseksuell eller

homoseksuell orientering og sivil status. Listen over diskrimineringsgrunner er uttømmende. Det presiseres i loven at forbudet mot kjønnsdiskriminering omfatter diskriminering på grunn av graviditet, fødsel og morskap. Diskrimineringsforbudet gjelder også trakassering, som reguleres i en egen bestemmelse.

Da likebehandlingsloven ble vedtatt i 1994, ble loven fra 1980 som regulerer nærmere spørsmålet om kjønnsdiskriminering i arbeidslivet videreført.

Virkeområde

Loven gjelder arbeidsforhold (i vid forstand) og andre samfunnsområder. Arbeidsforhold reguleres samlet i et eget kapittel. Andre samfunnsområder reguleres i et annet kapittel som gjelder inngåelse, gjennomføring eller heving av avtaler vedrørende tilbud om varer og tjenester, og rådgivning eller informasjon om utdanningstilbud. Dette omfatter tilfeller hvor den diskriminerende handlingen utøves av de som tilbyr offentlige tjenester eller av institusjoner som driver virksomhet innen boligmarkedet, sosiale tjenester, helsetjenester, kulturelle forhold eller utdanning.

Unntak

Forbudet mot indirekte diskriminering gjelder ikke forskjellsbehandling som er saklig, nødvendig og forholdsmessig. Det er ikke lovfestet tilsvarende generelle unntak for saklig forskjellsbehandling fra forbudet mot direkte diskriminering. Loven har imidlertid en rekke særlige unntaksregler:

Diskrimineringsforbudet gjelder ikke i rettsforhold av privat karakter, inkludert ansettelsesforhold av privat karakter.

Forbudet mot kjønnsdiskriminering gjelder ikke hvis en persons kjønn er en avgjørende faktor for utøvelsen av arbeid eller yrke. Det er heller ikke tale om kjønnsdiskriminering når det gjelder vern av kvinner ved graviditet og morskap.

Forbudet mot rasediskriminering gjelder ikke, etter nærmere strenge vilkår, hvis en persons utseende med hensyn til rase er avgjørende for utøvelse av arbeid eller yrke. Forbudet mot nasjonalitetsdiskriminering gjelder ikke hvis nasjonalitet er en avgjørende faktor eller hvis forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet følger av lov eller internasjonale regler.

Loven gjelder ikke indre forhold i trossamfunn eller ansettelse av prester, forstandere mv. Det er i tillegg lovfestet særlige unntak fra diskrimine-

ringsforbudet i arbeidsforhold for religiøse, livssyns- eller politiske organisasjoner og institusjoner som kan sette relevante krav til egne ansatte når det gjelder religiøs, livssyns-, eller politisk overbevisning. Særlige unntak gjelder også for utdanningsinstitusjoner som er basert på religiøse eller ideologiske prinsipper.

Kjønnsdiskriminering kan bare aksepteres hvis institusjonens karakter krever det og hvis tilsvarende fasiliteter er tilgjengelig for studenter av begge kjønn. Loven åpner med andre ord uttrykkelig for separat undervisning for jenter/kvinner og gutter/menn, for eksempel egne jenteskoler eller jenteklasser.

Loven gir adgang til positiv særbehandling av kvinner eller bestemte etniske eller kulturelle minoriteter. Loven har ingen regler om plikt til aktive tiltak.

Bevisbyrde og reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudet

Likebehandlingsloven har lovfestet delt bevisbyrde i arbeidslivet så vel som på andre samfunnsområder. Dette gjelder også plikten til tilrettelegging i lov om likebehandling av funksjonshemmede.

Oppsigelser eller kontraktsvilkår i strid med diskrimineringsforbudet kan erklæres ugyldige.

Sivillovboken har regler om erstatning for økonomisk tap. Det er også mulig å få erstatning som følge av ikke-økonomisk skade. Dommeren har stor frihet ved fastsettelse av erstatningsbeløpets størrelse.

6.6.6 Loven om likebehandling i arbeidslivet uavhengig av alder

Loven om likebehandling i arbeidslivet uavhengig av alder har et forbud mot aldersdiskriminering. Forbudet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, samt yrkesutdanning, medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner og vilkår for selvstendig næringsdrivende.

I arbeidsforhold er det unntak for sysselsettingstiltak rettet mot bestemte aldersgrupper. Videre er det unntak for avgangsalder knyttet til pensjonsalder eller avgangsalder fastsatt i lov eller tariffavtale. Det er i tillegg et generelt unntak for de tilfeller der forskjellsbehandling på grunn av alder er saklig, nødvendig og forholdsmessig.

Diskrimineringsforbudet er ikke til hinder for at retten til pensjon knyttes til en bestemt alder.

Det er også adgang til å legge vekt på alder ut fra aktuarmessige beregninger.

6.6.7 Håndheving

Diskrimineringslovene håndheves av en egen likebehandlingskommisjon. Kommisjonen behandler klager om brudd på diskrimineringslovgivningen. Kommisjonen kan også ta opp saker av eget tiltak. Saken undersøkes av kommisjonen før det gjennomføres en åpen høring. Etter høringen avgir kommisjonen en uttalelse om hvorvidt lovens diskrimineringsforbud er overtrådt. Kommisjonen kan ikke fatte bindende vedtak. Det er bare domstolene som kan fatte bindende avgjørelser om ugyldighet og erstatning.

Selv om kommisjonen skal behandle saker knyttet til alle diskrimineringsgrunnlag, skal likevel spørsmålet om kjønnsdiskriminering i arbeidslivet være kommisjonens viktigste oppgave.

6.7 Canada

6.7.1 Innledning

I Canada er rettslig vern mot diskriminering sikret på alle plan i lovgivningen, gjennom grunnlov, føderal lov og provinslovgivning. Lovgivningen har en generell tilnærming, og beskytter mot diskriminering på en rekke grunnlag. Enkelte regler i den canadiske diskrimineringslovgivningen har særlig interesse i et norsk reformperspektiv. Lovgivningen gjelder for en rekke diskrimineringsgrunner som ikke omfattes av norske diskrimineringslover, som for eksempel sosial bakgrunn og status, familiesituasjon eller det å være straffedømt. Diskrimineringsforbud gjelder på de fleste samfunnsområder. Diskrimineringslovene er generelle ved at den enkelte lov gjelder alle diskrimineringsgrunner så vel som alle aktuelle samfunnsområder.

6.7.2 Grunnlovsværn

Det kanadiske Charter of Rights and Freedoms har grunnlovsstatus. Det inneholder i section 15 et alminnelig forbud mot diskriminering, hvor diskrimineringsgrunnlagene ikke er uttømmende angitt (sekkekategori). Det vises til punkt 25.2.5 for nærmere beskrivelse.

6.7.3 Diskrimineringslovgivningen

Diskrimineringsbeskyttelsen i Canada har forrang i forhold til annen lovgivning. Føderal juris-

diksjon og lovgivningskompetanse er begrenset til føderale organer og tilbud, skatt, straff, innvandring, bankvirksomhet, militæret og alle former for transport (fly, tog, mv.) over provinsgrensene. For øvrig har provinsmyndighetene jurisdiksjon. Dette inkluderer blant annet helse- og sosialvesen, transport innen provinsen og arbeidsliv med unntak av ansatte i organer som omfattes av føderal jurisdiksjon.

Det føderale diskrimineringsvernet er regulert i menneskerettsloven. I hver av provinsene gjelder tilsvarende anti-diskrimineringslovgivning. Det er bare små forskjeller mellom anti-diskrimineringslovgivningen i de ulike provinsene. Ettersom canadisk høyesterett med utgangspunkt i Charteret anvender de samme tolkningsprinsippene overfor alle diskrimineringslover, er rettstilstanden relativt ensartet. Etter lovenes ordlyd er diskrimineringsgrunnlagene uttømmende angitt. I dette kapitlet omtales nærmere den føderale menneskerettsloven og lovgivning fra to provinser, Quebec og Ontario.

6.7.4 Den føderale menneskerettsloven

Den kanadiske føderale menneskerettsloven («Canadian Human Rights Act») gir et generelt vern mot diskriminering på en rekke grunnlag og samfunnsområder. Formålet med loven er ifølge section 2 at

«all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices».

Diskrimineringsforbud

Lovens diskrimineringsgrunnlag er ifølge section 3:

«race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted».

Det presiseres at diskriminering på grunn av graviditet og fødsel regnes som kjønnsdiskriminering. Loven har også en egen bestemmelse om diskriminering på flere grunnlag (section 3.1):

«For greater certainty, a discriminatory practice includes a practice based on one or more

prohibited grounds of discrimination or on the effect of a combination of prohibited grounds».

Gjengjeldelse anses som brudd på forbudet mot diskriminering (section 14.1).

Virkeområde

Loven fastsetter forbud mot diskriminering på bestemte områder. Det er forbud mot å diskriminere i arbeidsforhold og i forbindelse med ansettelse. Forbudet omfatter også bruk av søknadsformularer, annonsering og skriftlige eller muntlige spørsmål i ansettelsesprosessen, når det gjennom dette gis uttrykk for en preferanse eller begrensning basert på et diskrimineringsgrunnlag. Loven har en særlig regel om lønnsdiskriminering mellom kvinner og menn i samme virksomhet, med en egen bestemmelse som sier at likelønnskrevet også omfatter de tilfeller der en arbeidsgiver har separate virksomheter for å omgå likelønnskrevet (section 11). Loven har også bestemmelser om forbud mot diskriminering i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner (section 9). Loven gjelder også varer, tjenester, hotellrom, forretningslokaler eller husrom som vanligvis er tilgjengelig for allmennheten. Det samme gjelder bolig.

Unntak

Det er angitt en rekke unntak fra hva som anses som diskriminering. Et av unntakene gjelder der arbeidsgiver har saklig grunn til å forskjellsbehandle på grunn av yrkesmessige krav («bona fide occupational requirements», section 15 (1) a). Et tilsvarende unntak gjelder for varer og tjenester («bona fide justification», section 15 (1) g). Unntaksadgangen forutsetter at det vil være urimelig byrdefullt å oppfylle individuelle behov uten å forskjellsbehandle, jf. «accommodation of needs» i section 15 (2):

«it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.»

I tillegg gjelder blant annet unntak ved forskjellsbehandling på grunn av alder i ansettelsesforhold og vern av kvinner i tilknytning til graviditet og fødsel (section 15 (1) b – d).

Spesielle programmer, planer eller ordninger som er opprettet for å hindre eller redusere ulem-

per for grupper eller individer når disse ulempene er en følge av eller relatert til en av lovens diskrimineringsgrunnlag, anses ikke som diskriminering (positiv særbehandling, jf. section 16).

6.7.5 Quebecs menneskerettslov

Diskrimineringsreglene utgjør en del av Quebecs menneskerettslov («Quebec Charter of Human Rights and Freedoms» er den offisielle engelske tittelen). Reglene er av generell og prinsipiell karakter. Generalklausulen i section 10 (1) slår fast prinsippet om ikke-diskriminering og lister opp lovens diskrimineringsgrunnlag. Øvrige diskrimineringsbestemmelser utdyper og presiserer diskrimineringsforbudet i relasjon til ulike samfunnsområder.

Diskrimineringsforbudet

Quebecs menneskerettslov forbyr diskriminering på en rekke grunnlag, jf. section 10 (1):

«Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.»

I tillegg har loven en særregel om diskrimineringsvern for straffedømte ved ansettelser, jf. section 18 som omtales nedenfor.

Det foreligger diskriminering når «a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right». Diskrimineringsforbudet omfatter således både direkte og indirekte diskriminering. Loven definerer ellers ikke hva som menes med diskriminering. Det presiseres i loven at forbudet også gjelder trakassering. Loven har ingen regler om gjengjeldelse eller om bevisbyrde.

Virkeområde

Forbudet i section 10 (1) om likebehandling med hensyn til fundamentale rettigheter og friheter, gjelder på alle samfunnsområder og for private så vel som det offentlige. Loven har også forbud mot å diskriminere med hensyn til varer og tjenester som tilbys allmennheten (section 12) og med hensyn til offentlig kommunikasjon og offentlige ste-

der som hoteller, restauranter, parker osv. (section 15).

Videre forbyr loven diskriminering med hensyn til ansettelsesforhold, medlemskap i arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner samt i virksomheten til rekrutteringsbyråer (section 16, 17 og 18). Loven har flere særregler for ansettelsesforhold: Det følger av section 19 at arbeidsgivere skal gi alle arbeidstakere, uten diskriminering, lik lønn for likeverdig arbeid på samme arbeidsplass. Dette gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Diskriminering i ansettelsesforhold bare fordi en person er straffedømt er forbudt, jf. section 18. Forbudet gjelder hvis den straffbare handlingen ikke på noen måte har sammenheng med ansettelsesforholdet eller hvis personen er benådet.

Unntak

Saklig forskjellsbehandling regnes ikke som diskriminering, jf. section 20:

«A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.»

Det er etter denne bestemmelsen adgang til å legge vekt på kjønn, religion osv. hvis dette baseres på den enkeltes skikkethet og kvalifikasjoner i ansettelsesforhold. Det gjelder også unntak for ikke-kommersielle organisasjoner hvis forskjellsbehandlingen er saklig i lys av virksomhetens velledige, religiøse, politiske, filantropiske eller utdanningsmessige karakter. Det samme gjelder virksomheter som kun har som formål å arbeide for velferden til en etnisk gruppe.

Arbeidsgiver har ikke rett til å spørre om opplysninger knyttet til diskrimineringsgrunnene (section 18.1). Dette forbudet gjelder alle diskrimineringsgrunnlag. Forbudet gjelder imidlertid ikke hvis det kan være grunnlag for å legge vekt på opplysningene etter unntaket for saklig forskjellsbehandling i section 20.

Det er gjort unntak i section 20.1 fra forbudet mot diskriminering på grunn av alder, kjønn og sivil status innen forsikring, pensjon og sosiale ytelser:

«In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insuran-

ce plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefor is a risk determination factor based on actuarial data.»

Å legge vekt på helsetilstand som en risikofaktor innen forsikring, pensjon og sosiale ytelser er i følge samme bestemmelse heller ikke diskriminerende.

Diskrimineringsforbudet gjelder ikke privat utleie av rom i bolig der utleier eller hans/ hennes familie bor selv. Unntaket gjelder bare i de tilfeller der det er tale om ett rom og det ikke er annonsert offentlig etter leietakere (section 14).

6.7.6 Ontarios menneskerettslov

Formålet med Ontarios menneskerettslov («Ontario Human Rights Code», 1990) er i følge fortalen

«to recognize the dignity and worth of every person and to provide for equal rights and opportunities without discrimination that is contrary to law, and having as its aim the creation of a climate of understanding and mutual respect for the dignity and worth of each person so that each person feels a part of the community and able to contribute fully to the development and well-being of the community and the Province».

Diskrimineringsforbud og virkeområde

Ontarios menneskerettslov forbyr diskriminering på en rekke grunnlag. Forbudet gjelder på flere nærmere angitte samfunnsområder.

Diskrimineringsforbudet reguleres i særlige bestemmelser om varer og tjenester, bolig, kontraktvilkår og arbeidsliv (section 1, 2, 3, 5 og 6). Disse bestemmelsene har særlige regler om trakassering i ansettelsesforhold og ved utleie av bolig. Loven har også regler om seksuell trakassering utenfor arbeidsforhold (section 7). Loven forbyr direkte og indirekte diskriminering. Indirekte diskriminering defineres i section 11. Loven forbyr gjengjeldelse (section 8). Loven har ikke regler om bevisbyrde.

Hvilke diskrimineringsgrunnlag som omfattes av forbudet varierer noe mellom de enkelte bestemmelser. Lovens diskrimineringsgrunnlag er rase, slektskap/herkomst, opprinnelsessted, farge, etnisk bakgrunn, statsborgerskap, tro («creed»), kjønn (omfatter ifølge loven graviditet),

seksuell orientering, alder (gjelder bare alder over 18 år), ekteskapelig status, familiesituasjon og funksjonsevne. Forbudet mot diskriminering i boligforhold gjelder også sosialhjelpsmottakere. Forbudet mot diskriminering i ansettelsesforhold gjelder også straffedømte (som har sonet ferdig).

Unntak

Unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering er integrert i definisjonen i section 11. Forbudet gjelder ikke hvis «the requirement, qualification or factor is reasonable and bona fide in the circumstances». Unntaket gjelder bare hvis

«it is satisfied that the needs of the group of which the person is a member cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements.»

I ansettelsesforhold gjelder det et generelt unntak der bestemte egenskaper er et kvalifikasjonskrav på grunn av stillingens karakter (section 24). Det er lovfestet særlige unntak for personlige pleiere og assistenter, og en adgang til særbehandling av ektefeller, barn eller foreldre.

Loven har i tillegg en rekke unntaksregler på særlige områder. For eksempel gjelder det bona fide-unntak også for direkte diskriminering med hensyn til forsikringer og andre varer og tjenester (section 22). Diskrimineringsforbudet gjelder ikke uleie av bolig der utleieren også bor i huset (section 21).

Loven tillater positiv særbehandling når det gjelder alle diskrimineringsgrunner (section 14).

Stillingsannonser og innhenting av opplysninger

Ontarios menneskerettslov har særlige regler om stillingsannonser og forbud mot innhenting av opplysninger som gjelder alle diskrimineringsgrunnlag (section 23).

Loven forbyr også offentlig fremvisning av materiale, som melding, symbol, emblem eller liknende som uttrykker en intensjon om å diskriminere (section 13). I disse tilfellene må handlingen være ment å virke diskriminerende eller trakasserende, eller ment å oppfordre eller provosere

andre til å diskriminere eller trakassere i strid med loven. Som eksempel på ulovlig atferd kan nevnes at en huseier distribuerer materiale til sine leietakere, hvor det gis uttrykk for at disse ikke skal leie ut videre til innvandrere eller småbarnsforeldre.

6.7.7 Reaksjoner ved brudd på diskrimineringslovgivningen

Den kanadiske diskrimineringslovgivningen har to typer sanksjoner; erstatning til den diskriminerte og pålegg om å stanse diskrimineringen. Quebecs menneskerettslov har også en bestemmelse om ufravikelighet og om at diskriminerende kontraktsbestemmelser er uten effekt, det vil si at de er ugyldige og betraktes som en nullitet.

6.7.8 Håndheving

Det er parallelle håndhevingssystemer føderalt og på provinsnivå. I provinsene er det opprettet egne kommisjoner og tribunaler (som Ontario Human Rights Commission og Quebec Human Rights Tribunal), som behandler saker om diskriminering etter de ulike provinslovene. Tilsvarende behandler Canada Human Rights Commission og Canada Human Rights Tribunal klager etter den føderale lovgivningen.

De fleste sakene som behandles i håndhevingssystemet handler om diskriminering i arbeidslivet.

Disse organene behandler individuelle klager, og kan også ta opp saker på eget initiativ. Når en kommisjon mottar klage, settes det i gang undersøkelser for å bringe de faktiske forhold på det rene. I mange tilfeller mekles det mellom partene, slik at man 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 til tribunalet. I de fleste tilfeller vil advokater fra kommisjonen føre saken for den diskriminerte part ved behandlingen i tribunalet. Tribunalene er domstolsliknende i prosess og oppbygning, men utgjør formelt sett ingen domstol.

Et annet aspekt er at resultatet i saker som løses ved mekling, i utgangspunktet er hemmelig. Dette fører til at resultatet får liten eller ingen virkning utover den konkrete saken.

Del II
En samlet lov mot diskriminering

Kapittel 7

Generelle utgangspunkt for en samlet lov

Utvalget skal ifølge mandatet utrede og komme med ett eller flere forslag til én samlet lov mot diskriminering. Dette er hovedoppgaven for utvalget. Utvalget legger frem ett forslag til en samlet lov. Utvalget står samlet bak forslaget som helhet, men har delt seg i et flertall og et mindretall i enkelte spørsmål. Når det henvises til utvalgets lovforslag, er det flertallets forslag det siktes til dersom ikke annet er angitt.

I dette kapitlet gjør utvalget rede for noen grunnleggende utgangspunkter bak utformingen av en samlet diskrimineringslov. Det vises også til kapittel 9 om formålet med diskrimineringslovgivningen.

7.1 En generell tilnærming

Det er hensiktsmessig å plassere utvalgets forslag i forhold til ulike tilnærminger til hvordan diskrimineringsvern kan reguleres. Utvalget baserer seg her på modellen som ble presentert i forbindelse med forslag til ny lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, NOU 2005: 8.¹ Modellen viser fire ulike tilnærminger til sivilrettslig diskrimineringsvern i nasjonal og internasjonal rett: Gruppetilnærmingen, samfunnsområdetilnærmingen, situasjonstilnærmingen og en generell tilnærming (kalt «menneskerettstilnærmingen» i NOU 2005:8).

Gruppetilnærmingen kjennetegnes ved at diskrimineringsvernet gjelder generelt på de fleste samfunnsområder, men er begrenset til å beskytte ett eller enkelte nært beslektede diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsvernet er i disse tilfellene begrunnet i et ønske om å beskytte visse grupper. Historisk kan slik lovgivning gjerne forklares ved at en gruppe over lengre tid er blitt undertrykket eller diskriminert, og deretter har oppnådd rettslig beskyttelse. Lovgivningen vil typisk være resultat av fokus på undertrykkelsen av en spesiell gruppe og kampen for rettig-

heter som skal kompensere for dette. Likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er eksempler på slik lovgivning. FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne er eksempler fra menneskerettighetene.

Samfunnsområdetilnærmingen gir vern mot diskriminering på flere grunnlag, samtidig som vernet er begrenset til ett samfunnsområde. Lovgivningen bygger på en forutsetning om at det bare er behov for, eller er et særlig behov for, diskrimineringsvern på ett spesielt samfunnsområde. Vurderingen av behovet for lovgivning kan være preget av at diskriminering anses for å være et større problem på det aktuelle samfunnsområdet enn ellers, og av at det aktuelle samfunnsområdet anses for å være av særlig betydning i menneskers hverdag. Arbeidslivet er et typisk eksempel på et slikt samfunnsområde. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 og diskrimineringsreglene i boliglovene er eksempler på en slik tilnærming. ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidslivet er et eksempel fra menneskerettighetskonvensjonene.

Situasjonstilnærmingen innebærer at diskrimineringsvernet bare omfatter ett eller enkelte nært beslektede diskrimineringsgrunnlag i tillegg til at det gjelder på et avgrenset samfunnsområde. Et land kan ha flere slike lover, som et mer «tilfeldig» resultat av at konkrete problemer er møtt med lovgivning med et snevert saklig virkeområde. Det er ingen klare eksempler på slik lovgivning i norsk rett.

Den generelle tilnærmingen karakteriseres ved at vernet mot diskriminering gjelder generelt på de fleste samfunnsområder og er felles for flere diskrimineringsgrunnlag. Retten til fravær av diskriminering forankres i det grunnleggende prinsippet om menneskers likeverd og diskrimineringsforbudets menneskerettslige og universelle karakter. Med dette utgangspunktet er det naturlig å gi et diskrimineringsforbud et bredt virkefelt,

¹ NOU 2008: 5 punkt 9.3.3 side 133 flg.

både i forhold til samfunnsområder og i forhold til de beskyttede grunnlagene. Jo flere samfunnsområder og diskrimineringsgrunnlag som omfattes, jo sterkere trer diskrimineringsbeskyttelsens universelle karakter frem. SP artikkel 26, EMK artikkel 14 og tilleggsprotokoll nr. 12 er utslag av en slik tilnærming.

Utvalget mener at den beste løsningen er å samle diskrimineringsreglene i en én lov, slik mandatet legger opptil. Utvalget har også lagt denne generelle tilnærmingen til grunn i arbeidet med lovforslaget og i valget mellom ulike rettslige løsninger innenfor loven.

7.2 Harmonisering

Gjeldende regler gir ulikt vern avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag og hvilke samfunnsområder det er tale om. En del av disse ulikhetene kan det være vanskelig å se noen god begrunnelse for. Videre er regler som i praksis fortolkes likt, i flere tilfeller likevel formulert ulikt.

Harmonisering av gjeldende diskrimineringsregler er slik utvalget ser det for det første et sentralt premiss for arbeidet med å samle diskrimineringsreglene, selv om dette ikke er uttalt i mandatet. Med harmonisering av reglene sikter utvalget for det første til en målsetting om mest mulig like regler med hensyn til reglenes innhold, med mindre tungtveiende hensyn taler for at vernet bør være ulikt. Noe av formålet med en samlet lov er å unngå hierarki mellom ulike diskrimineringsgrunnlag, der noen har sterkere vern enn andre.

Fravikes dette utgangspunktet ved særregler eller svakere vern for noen grunnlag, krever dette en særskilt begrunnelse. En slik særskilt begrunnelse kan for eksempel være at det er tale om en gruppe som møter en spesiell type diskrimineringsproblemer, at det er tale om et samfunnsområde der det er behov for et særlig sterkt diskrimineringsvern, at en regel i en bestemt situasjon vil skape særlige rettssikkerhetsproblemer eller at det er tale om et diskrimineringsgrunnlag der det oftere enn det som er tilfelle for andre grunnlag, vil være legitimt å forskjellsbehandle.

For det andre siktes det til at bestemmelser som regulerer samme eller liknende forhold så langt som mulig bør reguleres mest mulig enhetlig, og samles i en eller flere felles bestemmelser der det er hensiktsmessig. Dette kan bidra til å gjøre regelverket mer tilgjengelig, slik at man unngår dobbeltbehandling og i størst mulig grad eliminerer tolkningstvil.

Det å samle reglene vil for det tredje kunne gi større forståelse og kunnskap om diskriminering og diskrimineringsrettslige problemstillinger ved at regler, praksis og erfaringer knyttet til ett grunnlag blir overført til andre. Det vil også kunne medføre at nivået på diskrimineringsvernet for noen grunnlag som har svakere vern enn andre grunnlag blir hevet som følge av harmoniseringen.

Utvalget drøfter kun harmoniseringsspørsmål som har prinsipiell interesse, det vil si der utvalget foreslår materielle endringer eller der harmoniseringen reiser særlige spørsmål. Øvrige regler kommenteres eventuelt kun kort i kommentarene til de enkelte bestemmelsene i forslaget til ny lov.

7.3 Ikke svekke dagens vern

Ifølge mandatet skal utvalgets forslag ikke svekke gjeldende diskrimineringsvern. Utvalget forstår dette slik at diskrimineringsvernet ikke *samlet* sett skal svekkes. Det nivå som vernet ligger på etter gjeldende regler skal videreføres. Dette er likevel ikke til hinder for at det gjøres visse justeringer i enkeltspørsmål som er nødvendige for å komme frem til et enhetlig og hensiktsmessig resultat av harmoniseringen. I motsatt fall vil arbeidet med en samlet lov ikke være mer enn en rent teknisk sammenslåing av ulike lover. Utvalget legger til grunn at det ikke har vært ment at arbeidet skal ha et så begrenset formål.

7.4 Styrket vern

Utvalget mener at et av formålene med en samlet diskrimineringslov er å styrke diskrimineringsvernet. Dette bør særlig gjelde for de grupper som i dag ikke har diskrimineringsvern eller som har et begrenset diskrimineringsvern.

Med dette sikter utvalget til en formell styrking gjennom en innholdsmessig utvidelse av diskrimineringsvernet. Utvalget har i lys av dette blant annet vurdert om det er behov for og om det er hensiktsmessig å utvide diskrimineringsreglene til nye diskrimineringsgrunnlag, om vernet bør utvides til nye samfunnsområder, om gjeldende unntaksregler bør videreføres og om virksomhetenes aktivitetsplikt bør skjerpes. Som nevnt i punkt 7.2 kan også selve harmoniseringen føre til at vernet styrkes for noen grunnlag.

Med styrking siktes det også til det reelle diskrimineringsvernet. Utvalget har derfor vurdert

om vernet kan bli mer effektivt gjennom større grad av etterlevelse og mer effektiv håndheving.

7.5 Lovens funksjon som normsetter og symbol

Utvalget mener at en diskrimineringslovs fremste funksjon er som normsetter ved at den fastsetter rettigheter og plikter. For at loven skal ha en slik funksjon er det avgjørende at loven håndheves ved at brudd på loven kan påberopes for domstoler eller andre rettslige organer. Hvis ikke får loven mer karakter av en programerklæring uten reelt rettslig innhold, der lovens symbolfunksjon blir det sentrale.

Utvalgets målsetting har på denne bakgrunn vært i størst mulig grad å foreslå regler som både formelt og reelt kan håndheves. Enkelte typer regler kan imidlertid være så vanskelige å håndheve at loven likevel kun får en symbolfunksjon. Utvalget mener at også slike regler på sikt kan få betydning og bidra til en endring av diskriminerende praksis. Dette kan for eksempel gjelde offentlige myndigheters aktivitetsplikt.

7.6 Eksisterende håndhevingsapparat

Det følger av utvalgets mandat at prinsippene for organiseringen av håndhevingsapparatet i all hovedsak skal bestå som i dag. Utvalget forstår dette slik at det siktes til ombudet og nemnda. Det skal ikke foreslås noe nytt likestillings- og diskrimineringsorgan som skal håndheve og føre tilsyn med loven eller ha en pådriverrolle på området. Ombudet og nemnda har nylig vært gjennom en omorganisering der det tidligere Likestillingsombudet som håndhevet likestillingsloven ble nedlagt fra 1. januar 2006. Dette ombudet ble erstattet av det nåværende Likestillings- og diskrimineringsombudet som nå håndhever diskrimineringsreglene på alle grunnlag. Tilsvarende endringer ble gjort for Likestillingsnemnda som ble erstattet av Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Utvalget har derfor ikke gjort noen generell vurdering av om håndhevingsapparatet for like-

stilling og diskriminering fungerer tilfredsstillende eller om det å legge alle diskrimineringsgrunnlag under samme organ er mest effektivt i arbeidet mot diskriminering og for likestilling. Arbeidsforskningsinstituttet har i 2009 på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet gjort en evaluering av ombudets funksjon som lovhåndhever av likebehandlingslovene og pådriver for likestilling og likebehandling i Norge. I rapporten drøftes ulike sider ved ombudets virksomhet og rolleutforming, og ombudets betydning i norsk samfunnsliv.²

Utvalget mener imidlertid at mandatet ikke har vært i veien for å vurdere enkelte aspekter ved håndhevingen. Utvalget har derfor vurdert om håndhevingen bør styrkes på enkelte punkter og om enkelte regler bør håndheves av andre organer enn ombudet.

7.7 Internasjonale regler

Utvalget har lagt vekt på at forslaget skal være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser etter menneskerettighetskonvensjonene og EØS-avtalen. I tillegg har utvalget sett hen til internasjonale trender i reguleringen av prinsippet om ikke-diskriminering, i den grad det har latt seg gjøre å identifisere noen slike trender.

Utvalget skal ifølge mandatet drøfte og påse at lovforslaget er i tråd med relevante EU-direktiv på området. Dette gjelder for det første direktiv som omfattes av EØS-avtalen og som Norge har bundet seg til å implementere. For det andre gjelder det direktiver som ikke er en del av EØS-avtalen og som Norge dermed ikke (per i dag) er bundet til å implementere. Enkelte av disse har Norge likevel valgt å implementere. Utvalget har også lagt vekt på disse direktivene og mener at forslaget er innenfor rammene av disse. Men siden reglene også ofte er uklare og staten har en viss skjønnsmargin, kan det etter utvalgets syn være grunn til å stille seg noe friere ved implementeringen av slike regler.

² Egeland og Basberg Neumann 2009.

Kapittel 8

Lovens struktur

8.1 Diskrimineringsloven

Utvalget foreslår én diskrimineringslov som i utgangspunktet omfatter alle diskrimineringsgrunnlag og alle samfunnsområder, se kapittel 10 om lovens saklige virkeområde.

Utvalget foreslår at loven benevnes som lov om forbud mot diskriminering, med kortformen «diskrimineringsloven». Utvalget mener at dette vil være det mest dekkende navnet. Lov mot etnisk diskriminering har i dag samme kortform. Etter utvalgets vurdering vil dette neppe skape store problemer på sikt.

Den nye diskrimineringsloven skal erstatte alle gjeldende diskrimineringslover. Likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven vil som en følge av dette bli opphevet. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 videreføres med visse endringer som konsekvens av at noen diskrimineringsgrunnlag overføres til den nye loven. Det vises til kapittel 13 om lovens diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget foreslår også å innarbeide diskrimineringsombudslovens regler i den nye loven. I dag er situasjonen slik at de reglene ombudet og nemnda håndhever er spredt på ulike lover. Siden alle diskrimineringsreglene som ombudet og nemnda håndhever blir tatt inn i den nye diskrimineringsloven, mener utvalget at det er hensiktsmessig å samle alle relevante regler i én lov. Dette vil også føre til at regelverket vil bli lettere å finne frem i. Diskrimineringsombudsloven vil som en følge av dette bli opphevet.

8.2 Sektorlovgivningen

Utvalget har vurdert om det er behov for egne lover eller regler for visse sektorer. Utvalget har også vurdert om det alternativt eller i tillegg bør tas inn henvisninger til diskrimineringsloven i sektorlovgivningen.

Utvalget mener at det er mest hensiktsmessig å samle diskrimineringsreglene for de ulike sektorene i én lov. Dette vil være mer i samsvar med den generelle tilnærmingen til lovgivningen som utvalget legger til grunn, se punkt 7.1. Dette vil bidra til mer enhetlige regler og praktiseringen av disse, i tillegg til at rettstilstanden blir enklere å finne frem i. Det er dessuten vanskelig å identifisere hvilke sektorer som skal reguleres særskilt og hvilke lover slike regler eventuelt skal plasseres i.

Arbeidslivet er et område som særlig er regulert i nasjonal og internasjonal diskrimineringsrett. Utvalget vil imidlertid bemerke at personer utsettes for diskriminering på alle samfunnsområder og at flere sektorer er viktige i et likestillingsperspektiv. Dette gjelder for eksempel utdanningssektoren. Like muligheter til utdanning er avgjørende for likestilling. Helse og boligsektoren er andre områder der det er viktig å bekjempe diskriminering.

Utvalget mener likevel at arbeidslivet fortsatt bør reguleres særskilt. Retten til arbeid er en menneskerett, og arbeidslivet er en spesielt viktig arena for likestilling. Lønnet arbeid er avgjørende for samfunnsdeltakelse, forsørgelse og selvrealisering i vårt samfunn. Videre har vi i dagens lovgivning mer detaljerte og til en viss grad også mer vidtrekkende diskrimineringsregler. Dette skyldes ikke minst at EU-rettslige regler tradisjonelt har dreid seg om arbeidslivet. Det er ikke før i de siste årene etter ny EU-traktat (Amsterdamtraktaten fra 1999) at vi har fått EU-rettslige diskrimineringsregler som også gjelder utenfor arbeidsforhold. Det er imidlertid per i dag bare reglene om kjønnsdiskriminering i arbeidslivet som er EØS-relevante og eventuelt bindende for Norge.

Utvalget foreslår et eget kapittel som presiserer de generelle reglene med sikte på ansettelsesforhold og bestemmelser som kun gjelder i ansettelsesforhold. Alternativet kunne vært en egen lov om diskriminering i arbeidslivet eller å samle reglene om diskriminering i arbeidsforhold i arbeidsmiljøloven. Utvalget har likevel valgt å samle alle diskrimineringsreglene i én lov, med unntak av diskriminering på grunn av deltidsan-

settelse, midlertidig ansettelse og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon som fortsatt vil bli regulert i arbeidsmiljøloven (se punkt 13.7). Sjømannsloven har i dag regler som tilsvarende arbeidsmiljøloven kapittel 13, fordi arbeidsmiljøloven i motsetning til de andre diskrimineringslovene ikke gjelder sjømenn. Utvalget foreslår at det gjøres endringer i sjømannsloven som tilsvarende endringene i arbeidsmiljøloven.

Utvalget har vurdert om det bør tas inn henvisninger til diskrimineringsloven i arbeidsmiljøloven, boliglovene og eventuelt annen sektorlovgivning. Slike henvisninger er tatt inn i arbeidsmiljøloven § 13-1 og i boliglovene. Utvalget mener at slike henvisninger i utgangspunktet er overflødig. Diskrimineringslovens regler vil gjelde på alle sektorer uavhengig av slike henvisninger. Henvisningene har derfor kun betydning som informasjon. Det vil dessuten være vanskelig å peke ut hvilke lover som skal ha en slik henvisning. Arbeidslivet står likevel i en særstilling. Arbeidsmiljøloven er den sentrale loven som gjelder i ansettelsesforhold. Det er denne loven folk først og fremst slår opp i når de vil vite noe om rettigheter og plikter i ansettelsesforhold.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at diskrimineringsreglene samles i én lov som gjelder alle sektorer, se nærmere i kapittel 10 om lovens saklige virkeområde. Loven får et eget kapittel som gjelder ansettelsesforhold. I tillegg tas det inn en henvisning til diskrimineringsloven i arbeidsmiljøloven. Diskrimineringsreglene i boliglovene foreslås opphevet.

8.3 Lovens oppbygging

Utvalget foreslår at diskrimineringslovens bestemmelser deles i følgende åtte kapitler:

1. Forbud mot diskriminering
2. Universell utforming og individuell tilrettelegging
3. Aktive tiltak for å fremme likestilling
4. Særlige regler om ansettelsesforhold
5. Bevisbyrde, oppreisning og erstatning
6. Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda m.m.
7. Straff
8. Ikrafttredelse

Lovens kapittel 1 Forbud mot diskriminering

I dette kapitlet i loven er det tatt inn generelle bestemmelser om formål (se denne innstillingen kapittel 9), saklig virkeområde (se innstillingen

kapittel 10) og geografisk virkeområde. Lovens sentrale bestemmelse om diskrimineringsforbud med hovedregel og unntak står også i dette kapitlet (se innstillingen kapitlene 14 og 15). Videre tas det inn bestemmelser om trakassering, medvirkning, instruks og gjengjeldelse. Kapitlet har også en bestemmelse om innarbeiding av menneskerettighetskonvensjoner.

Lovens kapittel 2 Universell utforming og individuell tilrettelegging

I dette kapitlet i loven er det tatt inn bestemmelser om universell utforming og individuell tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse. Se innstillingen kapittel 18.

Lovens kapittel 3 Aktive tiltak for å fremme likestilling

Dette kapitlet i loven har bestemmelser om retten til positiv særbehandling. Videre har kapitlet bestemmelser om offentlige myndigheters plikt til å arbeide aktivt for å fremme likestilling i sin myndighetsutøvelse, tjenesteyting osv. (se innstillingen punkt 17.3.1). Det er særlige bestemmelser om organisasjoners og utdanningsinstitusjoners plikt til å forebygge og hindre trakassering. I dette kapitlet finner vi også bestemmelser om kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg og om at læremidler skal bygge på likestilling mellom kjønnene (se innstillingen punkt 17.4 og punkt 17.3.2).

Lovens kapittel 4 Særlige regler om ansettelsesforhold

I dette kapitlet i loven er det tatt inn bestemmelser som enten presiserer de alminnelige reglene om diskrimineringsforbudet eller som kun gjelder i ansettelsesforhold. En bestemmelse presiserer at det alminnelige diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, som ansettelse, lønn, arbeidsvilkår, oppsigelser osv. En bestemmelse gjelder retten til lik lønn mellom kvinner og menn (se innstillingen punkt 19.2). Offentlige og private arbeidsgiveres aktivitetsplikt overfor sine egne ansatte er regulert i en egen bestemmelse (se innstillingen punkt 17.2). Kapitlet har også særlige bestemmelser om adgangen til å innhente opplysninger i en ansettelsesprosess om søkerens graviditet, adopsjon eller familieplanlegging, seksuelle orientering eller hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål (se innstillingen punkt 19.3). En

annen bestemmelse gir rett til informasjon om andre søkere og om lønnsforhold (se innstillingen punkt 19.4). Videre har kapitlet bestemmelser om arbeidstakeres rett til individuell tilrettelegging (se innstillingen kapittel 18).

Lovens kapittel 5 Bevisbyrde, oppreisning og erstatning

Dette kapitlet i loven har en bestemmelse om delt bevisbyrde og en bestemmelse med særregler om erstatning og oppreisning ved brudd på loven. Det vises til innstillingen kapitlene 23 og 24.

Lovens kapittel 6 Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda m.m.

I dette kapitlet i loven finner vi reglene om de organene som skal håndheve diskrimineringsloven. For det første er det regler om oppnevning, kompetanse, saksbehandling osv. for Likestil-

lings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (ombudet og nemnda). Se innstillingen kapittel 22 der utvidelse av nemndas kompetanse drøftes. For det andre har dette kapitlet regler om andre organer som håndhever enkelte særlige bestemmelser i loven. Se innstillingen punkt 17.2.5.1 der utvalget foreslår at Arbeidstilsynet skal håndheve reglene om arbeidsgivers plikt til å arbeide aktivt for likestilling.

Lovens kapittel 7 Straff

I dette kapitlet i loven er lovens regler om straff samlet. Se innstillingen kapittel 23.

Lovens kapittel 8 Ikrafttredelse

Dette kapitlet i loven har en bestemmelse om ikrafttredelse.

Kapittel 9

Lovens formål

9.1 Fremme likestilling

Begrepet likestilling er ikke entydig og anvendes antakelig ofte uten noen helt klar oppfatning om det nærmere innholdet. De fleste har likevel en intuitiv forståelse av kjerneinnholdet i begrepet likestilling, noe som gjør det egnet som et nøkkelbegrep med hensyn til diskrimineringslovgivningens formål.

I lovgivningen har dette begrepet tradisjonelt blitt brukt i tilknytning til kjønn og kvinners stilling, jf. formålsbestemmelsen i likestillingsloven § 1. Vi ser imidlertid at begrepet nå stadig oftere også anvendes i relasjon til andre diskrimineringsgrunnlag eller grupper, jf. for eksempel formålsbestemmelsene i lov mot etnisk diskriminering § 1 og diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 1.

Utvalget legger til grunn at likestilling skal forstås som likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging. Dette forklares nærmere i det følgende. Utvalget mener at det bør være et mål å fremme likestilling uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forhold.

9.1.1 Likeverd

Utvalget tar utgangspunkt i at alle mennesker er like verdifulle og har samme menneskeverd. Menneskeverdet er det samme uansett biologiske, sosiale og kulturelle forhold. Ideen om demokrati bygger på at alle mennesker er like verdifulle. Velferdssamfunnets solidaritetstanke kan også forankres i prinsippet om likeverd. I et demokratisk velferdssamfunn er likeverd derfor en sentral verdi, som det er en samfunnsoppgave å sikre. Prinsippet om menneskers likeverd utgjør et fundament for menneskerettighetene, og er uttrykkelig slått fast i FN's verdenserklæring om menneskerettigheter.

Vi bør alle bli sett og møtt som den vi faktisk er. Mulighetene i samfunnet bør bestemmes av våre faktiske kvalifikasjoner og egenskaper, og

ikke ut fra feilaktige eller generaliserende antakelser basert på ytre kjennetegn, fordommer, tilhørighet til en gruppe osv. Et viktig formål med diskrimineringslovgivningen er derfor å motvirke holdninger og handlinger basert på fordommer og stereotyper.

Likeverd innebærer en rett til å bli tatt for og respektert for den man er, uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forskjeller. Vi må akseptere, respektere og håndtere det at vi faktisk er ulike. Samfunnet bør innrettes slik at de som ikke passer inn i oppfatningene om «normalitet» eller hva som er vanlig, ikke av den grunn kommer dårligere ut enn andre. I dette ligger det også at minoriteter i samfunnet bør ha et særlig vern.

Likeverd innebærer at ingen på grunn av sin biologiske, sosiale eller kulturelle bakgrunn skal bli møtt med vold eller med andre nedverdiggende, krenkende eller trakasserende holdninger, ytringer eller handlinger. Det betyr også at ingen skal utsettes for handlinger som uten et saklig formål setter dem i en dårligere stilling på grunn av deres biologiske, sosiale eller kulturelle bakgrunn. Lovgivningen gir et signal om at det er samfunnsmessig galt å forskjellsbehandle personer på grunn av bestemte egenskaper uten noen saklig grunn.

9.1.2 Like muligheter og rettigheter

Likestilling for personer som tilhører en bestemt gruppe, betyr at de skal ha like rettigheter som andre som ikke tilhører denne gruppen.

Likestilling betyr også at alle skal ha like muligheter. Alle skal for eksempel ha like muligheter til deltakelse på alle samfunnets arenaer. Dette gjelder mulighetene til utdanning, arbeid og inntekt så vel som tilgang til boliger, varer og tjenester. Like muligheter innebærer en nedbygging av mekanismer som fører til utestengning, underklasse og underrepresentasjon; og en opprettelse av mekanismer (tiltak) som bidrar til inkludering og en rettferdig representasjon på samfunnets arenaer.

Alle skal selvsagt ha like *formelle* muligheter. Men like formelle muligheter er ikke tilstrekkelige. Alle bør også ha like *reelle* muligheter. Mulighetene bør rent faktisk kunne benyttes. Våre forutsetninger med hensyn til språk, funksjonsnedsettelse, religion, kulturell bakgrunn, økonomi, utdanning, erfaring osv., har betydning for den enkeltes reelle muligheter. Noen kan ha grunn til å være tilbakeholdne eller er ikke i stand til å dra nytte av mulighetene som følge av ytre forhold og omstendigheter. Ettersom noen grupper dermed har en svakere utgangsposisjon enn andre, må målet være å bedre denne posisjonen slik at de får samme muligheter som andre på alle de ulike arenaene i samfunnet. Dette betyr blant annet at tjenester bør tilrettelegges slik at de møter de forskjellige behovene blant ulike grupper i befolkningen.

Ett formål med diskrimineringslovgivningen er dermed å styrke utsatte gruppers stilling i samfunnet. Noen grupper har historisk, tradisjonelt og kulturelt vært særlig utsatt for diskriminering. Disse gruppene har i dag en svakere og utsatt stilling i samfunnet, fordi diskrimineringen vedvarer og fordi deres nåværende situasjon og forutsetninger ofte er et resultat av tidligere diskriminering. Grupper som har hatt særlig oppmerksomhet i norsk likestillingsperspektiv er kvinner, personer med funksjonsnedsettelse, innvandrere, etniske minoriteter, homofile og eldre.

Diskrimineringslovgivningen skal påvirke holdninger og øke bevisstheten om diskriminerende praksis og barrierer. Lovgivningen kan få oss til å se hvordan tilsynelatende nøytrale regler, praksis, kultur og forutsetninger kan føre til strukturelle ulemper for enkelte grupper og til å forstå at en saklig behandling ofte krever en differensiert behandling for å møte relevante forskjeller i behov.

Diskrimineringsvernet skal fremme demokratiet. Alle teller like mye; ingen skal ha dårligere muligheter enn andre fordi de tilhører eller assosieres med en bestemt gruppe. Diskrimineringsvernet bidrar til å integrere representanter for ulike grupper i styringsprosesser og samfunnsdebatter.

Diskrimineringsvernet skal sikre at rettsstatens idealer – likhet for loven, vernet mot vilkårlighet og maktmisbruk, forutberegnelighet, håndtering av uenighet ved bruk av offentlige håndhevsorganer – oppfylles og ivaretas. Vernet har altså også siktemål som til en viss grad fjerner seg fra enkeltindividet; det ivaretar i tillegg grunnleggende spilleregler som kommer hele samfunnet

til gode. Dette gjelder også i en del tilfeller selv om den konkrete forskjellsbehandlingen ikke går på enkeltpersoners verdighet løs.¹

9.1.3 Tilgjengelighet og tilrettelegging

Likestilling innebærer også tilgjengelighet. Med det menes at samfunnet organiseres og innrettes slik at alle kan delta på ulike arenaer, benytte rettigheter og tjenestetilbud, ta utdanning, få arbeide, ha egen inntekt osv. Bygninger, varetilbud, samt transportmidler, informasjon og andre tjenester må gjøres tilgjengelige for alle. Tilgjengeligheten er en forutsetning for samfunnsdeltakelse.

Tilgjengelighet betyr at det må tas hensyn til at vi er forskjellige. Samfunnet kan ikke organiseres og innrettes kun ut fra en oppfatning om «normalitet», men må tilpasses våre ulike behov og forutsetninger.

Manglende tilgjengelighet fungerer som barrierer mot like muligheter og lik deltakelse. Dette er et likeverdsproblem og et demokratisk problem. I tillegg vil manglende tilgjengelighet være et praktisk problem og kunne oppleves krenkende. Det er derfor en målsetting å fjerne eksisterende barrierer og å hindre at nye skapes. For eksempel skyldes utestengning av mennesker med funksjonsnedsettelse ofte at det fysiske miljøet er utformet slik at det hindrer deres deltakelse. For eksempel vil en rullestolbruker være utestengt fra et møte dersom det bare er trappeadkomst til møterommet. Barrierer kan også eksistere i andre former, for eksempel språklige barrierer.

Målsettinger om tilgjengelighet knyttes gjerne til personer med funksjonsnedsettelse. Utvalget mener imidlertid at tilgjengelighet bør formuleres som en generell målsetting også når det gjelder andre grupper i samfunnet. For å få bedre fremtidsutsikter også andre enn personer med funksjonsnedsettelse opplever slike samfunnsskapt barrierer, bør målsettingen om tilgjengelighet suppleres med en målsetting om tilrettelegging. For eksempel vil personer som ikke behersker norsk ha problemer med å få nødvendig informasjon og å fylle ut skjemaer. Et annet eksempel er arbeidsmiljø, arbeidstid og andre arbeidsvilkår som ikke alltid er tilpasset arbeidstakere som er gravide eller som har omsorg for små barn. Dette fører til at disse arbeidstakerne ikke får samme muligheter i arbeidslivet som andre.

¹ Emberland 2006b side 203.

9.1.4 Likestilling gjelder mennesker

Målet om å fremme likestilling gjennom diskrimineringslovgivningen knyttes til individer. Det er *mennesker* som skal være likestilte. Poenget med denne presiseringen er at det ikke er diskrimineringslovgivningens oppgave å gi like vilkår for virksomheter, selskaper, organisasjoner og andre juridiske personer. Enkeltmennesker vil imidlertid i noen tilfeller kunne rammes indirekte hvis en juridisk person forskjellsbehandles på grunn av etnisitet eller andre personlige forhold som gjelder medlemmer, eiere el., se nærmere i kapittel 11 om diskrimineringsvern for juridiske personer.

9.2 Diskrimineringslovgivning som virkemiddel for å fremme likestilling

Diskrimineringsvern er ett av flere tiltak som kan fremme likestilling. Eksempler på andre typer tiltak kan være offentlig anbudspolitik, informasjons- og holdningskampanjer, kvoteringsordninger og andre rekrutteringstiltak og opplæring av lærere, helsepersonell, politi mv. Utvalget vil bemerke at slike tiltak kan være vel så effektive til å fremme likestilling som diskrimineringsforbud. Diskrimineringslovgivningen vil virke sammen med og supplere andre tiltak. Utvalgets mandat er avgrenset til lovgivning.

Diskrimineringslovgivningen kan systematiseres i fire hovedtyper av regler, som alle bidrar til å realisere formålet om å fremme likestilling:

- Forbud mot diskriminering/ diskrimineringsvern innebærer en plikt til å avstå fra visse handlinger. Både direkte og indirekte diskriminering er forbudt.
- Plikt til universell utforming og rett til individuell tilrettelegging skal sikre tilgjengelighet uavhengig av funksjonsnedsettelse. Reglene skal fjerne samfunnsskapt barrierer og hindre at det skapes nye. Selv om tilgjengelighet og tilrettelegging er en målsetting når det gjelder flere grupper, er det særlig tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse som står i fokus. Lovgivningen har derfor særlige regler om dette på visse sektorer. Forbudet mot diskriminering innebærer også et visst krav om tilgjengelighet og tilrettelegging.
- Plikt til aktive tiltak for å fremme likestilling for virksomheter, organisasjoner, offentlige myndigheter og arbeidsgivere. Plikten utformes som en generell aktivitetsplikt som eventuelt utfylles av plikt til konkrete tiltak.

- Regler om håndheving og virkninger av brudd på loven er viktig for å sikre effektiv gjennomføring av forbud og plikter i diskrimineringslovgivningen. Det er her tale om regler om bevisbyrde, oppreisning og erstatning, håndhevingsorganenes kompetanse, straff mv.

9.3 Lovens formålsbestemmelse

I samsvar med det foregående foreslår utvalget at lovens formålsbestemmelse knyttes til likestilling og at begrepet likestilling forklares i lovteksten. Formålet med likestilling i bestemmelsen knyttes til lovens diskrimineringsgrunnlag.

9.3.1 Gjeldende formålsbestemmelser

Formålet med likestillingsloven er ifølge § 1 å fremme likestilling mellom kjønnene. Det presiseres i lovteksten at loven tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling. Det presiseres videre at kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling.

Det følger av arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse § 1-1 bokstav b) at et av lovens formål er å sikre likebehandling i arbeidslivet. Dette sto opprinnelig i en egen bestemmelse i lovens kapittel om diskriminering (tidligere § 54 A fra 2004).

Formålet med lov mot etnisk diskriminering er i følge § 1 å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn.

Formålet med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er ifølge § 1 å fremme likestilling og likeverd, sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse for alle, uavhengig av funksjonsevne, og hindre diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Det presiseres i bestemmelsen at loven skal bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes.

9.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget har tatt utgangspunkt i diskrimineringslovgivningens generelle formål om å fremme likestilling uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forhold.

Utvalget foreslår at den nye diskrimineringslovens formål skal være å fremme likestilling. Utvalget legger til grunn den forståelsen av begrepet likestilling som det er gjort rede for i punkt 3.1

foran. Utvalget mener at begrepet likestilling bør forklares i lovteksten som likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging.

Utvalget mener at loven ikke bør favne for bredt. Formålsbestemmelsen bør være konkret for å gi god nok informasjon om hvilke situasjoner den sikter til. Loven vil bli et mer effektivt virkemiddel for å fremme likestilling hvis den knyttes til de diskrimineringsgrunnlag som er aktuelle. Utvalget foreslår derfor at lovens formålsbestemmelse avgrenses til lovens diskrimineringsgrunnlag, som er en konkretisering av det generelle utgangspunktet om biologiske, sosiale og kulturelle forhold. Disse grunnlagene er kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige forhold ved en person, se kapittel 3 og punkt 18.3.

Utvalget har vurdert om likestillingslovens og diskriminerings- og tilgjengelighetslovens særlige delformål som å bedre kvinners stilling og å bygge ned funksjonshemmende barrierer, skal tas med i formålsbestemmelsen i en samlet diskrimineringslov. Likestillingsloven forbyr kjønnsdiskriminering av både kvinner og menn. Det fremheves likevel i lovtekst og forarbeider at loven særlig tar sikte på å fremme kvinners stilling. Dette begrunnes slik i forarbeidene:

«Det har også vært innvendt at en lov om likestilling mellom kjønnene kan virke til å tilsløre de reelle problemene, ved at den tilsynelatende legger like stor vekt på menns vansker og begrensninger innenfor det tradisjonelle kjønnsrollemønster som kvinners. Det har derfor vært hevdet at det som kreves i dagens situasjon er lovregler som forbyr diskriminering av kvinner, og som sikrer kvinner særrettigheter i samfunnet. Departementet er enig i at lovens praktiske hovedmål i dagens samfunn og i lang tid framover må være å bedre kvinners stilling. ... Det er fullt mulig innenfor rammen av en lov som forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn, å sikre at loven særlig skal virke til fordel for den svakere part».²

Utvalget vil bemerke at situasjonen fremdeles er slik at kvinner diskrimineres i større grad enn menn, og at kvinner har en svakere stilling enn menn på mange samfunnsområder. Samtidig er det ingen tvil om at menn kan diskrimineres på grunn av kjønn i noen situasjoner.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har en noe annen karakter enn de andre diskrimineringslovene ved at den allerede ved formuleringen av diskrimineringsgrunnlaget retter seg mot en bestemt gruppe, personer med nedsatt funksjonsevne. For denne gruppen er nedbygging av funksjonshemmende barrierer en helt avgjørende faktor for deltakelse og muligheter i samfunnet. I forarbeidene presiseres det at:

«loven også skal bidra til nedbygging av samfunnskapte funksjonshemmende barrierer, og hindre at nye skapes. Denne formuleringen understreker viktigheten av å fjerne eksisterende barrierer, samtidig som det er et mål om aktivt å hindre at nye diskriminerende barrierer oppstår.»³

Utvalget vil bemerke at også andre diskrimineringsgrunnlag tar særlig sikte på noen grupper, uten at dette er uttrykt i lovteksten. Forbudet mot aldersdiskriminering gjelder alle aldersgrupper, men retter seg særlig mot eldre og seniorpolitiske formål. Forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering gjelder heterofile, så vel som homofile og bifile. Det er likevel ingen tvil om at det er homofile og bifile som har sterkest behov for vern. Tilsvarende gjelder vernet mot diskriminering på grunn av etnisitet og religion. Forbudet gjelder enhver diskriminering begrunnet i slike forhold, og kan også påberopes av personer med etnisk norsk eller kristen bakgrunn. Diskrimineringsvernet er likevel motivert av etniske minoriteters faktiske situasjon og det at de er særlig utsatt for diskriminering.

Utvalget mener at særlige grupper ikke bør fremheves i formålsbestemmelsen i en samlet diskrimineringslov. Utvalget viser til at loven skal gjelde en rekke ulike grupper og at noe av begrunnelsen for en samlet lov er at ulike diskrimineringsgrunnlag skal sidestilles. I lovens generelle formål vil det uansett måtte innfortolkes et formål om å styrke kvinner, personer med funksjonsnedsettelse, etniske minoriteter, eldre og homofile sin stilling i samfunnet, og å ta høyde for disse gruppernes særlige situasjon.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at lovens formålsbestemmelse får følgende ordlyd:

«Lovens formål er å fremme likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige

² Ot.prp. nr. 1 (1977-1978) punkt 3.1 side 5-6.

³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.2.5 side 76.

forhold ved en person. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging.»

Utvalget mener at denne ordlyden favner det samme som gjeldende lover, selv om formulerin-

gene er noe ulike. Å fremme kvinners stilling og å bygge ned funksjonshemmende barrierer vil være en del av lovens formål. Formålsbestemmelsen representerer dermed ingen endring i gjeldende rett.

Kapittel 10

Lovens saklige virkeområde

Utvalget har vurdert hvordan lovens saklige virkeområde skal avgrenses. Et spørsmål har vært om loven i utgangspunktet skal gjelde generelt på alle samfunnsområder, eller om loven skal gjelde kun på bestemte og nærmere angitte samfunnsområder. Et annet spørsmål er hvilke unntak fra lovens virkeområde som bør gjelde. Utvalget foreslår at en samlet diskrimineringslov skal gjelde på alle samfunnsområder, med unntak for familieliv og andre rent personlige forhold.

10.1 Gjeldende rett

10.1.1 Likestillingsloven

Likestillingsloven gjelder på alle samfunnsområder (i lovtæksten brukes betegnelsen «alle områder») med unntak av indre forhold i trossamfunn, jf. § 2. I Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) er det foreslått at unntaket for indre forhold i trossamfunn blir opphevet og erstattet med et unntak fra lovens diskrimineringsforbud, se punkt 10.2.2.

At loven gjelder på alle områder innebærer at den også gjelder familieliv og andre personlige forhold. Begrunnelsen for dette er at familieliv ble ansett å være et av de viktigste livsområdene hvor diskriminering forekommer. Et unntak fra lovens virkeområde for dette kunne gi inntrykk av at diskriminerende behandling er tillatt og akseptert så lenge det dreier seg om handlinger som foretas i private hjem.¹

Loven skal imidlertid ikke håndheves av ombudet og nemnda når det gjelder familieliv og andre personlige forhold, jf. § 2 andre ledd og § 10. Ifølge ordlyden i loven skal domstolene derimot kunne håndheve loven på dette området.² Denne fortolkningen har ikke støtte i forarbeidene. I det første utkastet til likestillingslov fra 1975 ble det lagt opp til at loven på familielivets område verken skulle håndheves av ombudet, nemnda eller domstolene.³ Da det endelige forsla-

get til likestillingslov ble lagt frem i 1979, ble det vurdert om domstolene skulle få myndighet til å avgjøre saker på familielivets område.⁴ Forbruker- og administrasjonsdepartementet uttalte følgende:

«Departementet har overveiet om unntaket i lovutkastet bør begrenses på denne måte, men er blitt stående ved sitt tidligere standpunkt [at verken domstoler, nemnda eller ombudet skal kunne håndheve loven på dette området]. Etter departementets mening er det ... lite ønskelig at en mann eller kvinne som mener at han eller hun ikke har fått leie hybel i et privat hjem kan saksøke utleieren med krav på erstatning ... eller med krav om å få leie hybel slik at den person av det annet kjønn som har leid hybelen må flytte. Man finner således ikke at f. eks. testamentariske disposisjoner til fordel for det ene kjønns særinteresser bør kunne kreves revurdert av domstolene på grunn av sitt diskriminerende innhold. Selv om de nevnte eksempler er ekstreme, antar departementet likevel at det er denne type saker som ventelig vil bli ført for domstolene. Domstolsavgjørelse her antas neppe som regel å ville bli positivt mottatt av allmennheten, og man er redd at de vil kunne føre arbeidet for full likestilling i miskreditt.»⁵

10.1.2 Lov mot etnisk diskriminering

I lov mot etnisk diskriminering som også gjelder på alle samfunnsområder, er det derimot gjort unntak fra lovens virkeområde for «familieliv og personlige forhold», jf. § 3 første ledd første punktum. Det ble blant annet vist til at lovgiver bør vise varsomhet med på gripe inn i interne (familiemessige) anliggender på denne måte måten, bevismessige problemer og at det vil være vanskelig å håndheve forbudet i den private sfære. Kommunal- og regionaldepartementet uttalte:

¹ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.1 side 22.

² Jf. også Holgersen 1984 side 22.

³ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) kapittel 4 side 62 og forslaget til § 9.

⁴ Ot.prp. nr. 1 (1978-1979) punkt 3.2.2 side 6.

⁵ Ot.prp. nr. 1 (1978-1979) punkt 3.2.2 side 6-7.

«Departementet deler utvalgets oppfatning om at det uansett ikke vil være hensiktsmessig å la virkeområdet omfatte forhold der loven uansett ikke håndheves, og der det vil være upraktisk og til dels unødvendig å la loven gjelde. Det understrekes at departementet ikke ønsker å legitimere diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. så lenge det skjer innen den enkelte familie eller vennskapskrets.»⁶

Handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynssamfunn og virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål er også unntatt, dersom handlingene eller aktivitetene er av betydning for gjennomføringen av samfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige formål, jf. § 3 første ledd andre punktum.

10.1.3 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven for personer med nedsatt funksjonsevne gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av «familieliv og andre forhold av personlig karakter», jf. lovens § 2 første ledd.

I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ble det vist til de samme begrunnelsene som er referert i punkt 10.1.2 om det tilsvarende unntaket i lov mot etnisk diskriminering.⁷

10.1.4 Arbeidsmiljøloven og boliglovgivningen

Etter arbeidsmiljøloven og boliglovene gjelder diskrimineringsforbudet kun innen virkeområdet til disse lovene.

Arbeidsmiljøloven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstakere, jf. lovens § 1-2 første ledd. Loven gjelder seksuell orientering, politisk syn, alder, mv. Diskrimineringsforbudet gjelder arbeidslivet og omfatter alle sider ved et arbeidsforhold, jf. arbeidsmiljøloven § 13-2.

Diskrimineringsforbudene i boliglovene gjelder grunnlagene kjønn, etnisitet mv., religion, livssyn og nedsatt funksjonsevne, jf. eierseksjonsloven § 3 a, husleieloven § 1-8, boligbyggelagsloven § 1-4 og borettslagsloven § 1-5. Reglene gjelder ved fastsettelse av vedtekter og ved godkjenning av andelseier, sameier eller bruker av eiendommen. I tillegg omfatter forbudet i boligbyggelags-

loven tildeling av bolig, mens forbudet i borettslagsloven også gjelder ved bruk av forkjøpsrett.

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

10.2 Utvalgets vurdering og forslag

10.2.1 Alle samfunnsområder

Utvalget har vurdert om en samlet lov som utgangspunkt skal gjelde alle samfunnsområder, eller om lovens diskrimineringsforbud kun skal gjelde bestemte og nærmere angitte samfunnsområder. Det første alternativet vil være i samsvar med likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Utvalget er ikke kjent med andre land som har diskrimineringslovgivning som gjelder flere grunnlag og som samtidig i utgangspunktet gjelder på alle samfunnsområder. De land utvalget har sett nærmere på angir uttømmende de samfunnsområder der loven gjelder, se kapittel 6 om utenlandsk rett. I mange tilfeller er det imidlertid angitt så mange og brede samfunnsområder at forskjellene mellom en slik tilnærming og en generell tilnærming blir liten i praksis.

Utvalget kan se at det er ulemper ved å gi det rettslige vernet en vid anvendelse. Bestemmelser som i stedet er skreddersydd til enkelte samfunnsområder og diskrimineringsgrunnlag vil kunne være mer treffsikre. Det må også tas hensyn til at diskrimineringslovgivningen har regler om ansvar uten hensyn til skyld, delt bevisbyrde, aktivitetsplikt m.m. Slike bestemmelser er virkemidler som skal gjøre diskrimineringsvernet mer effektivt. Slike virkemidler bør ikke gjøres generelt gjeldende uten en særlig vurdering av behovet på de aktuelle områdene.

Det at diskrimineringsvernet ikke skal svekkes, taler for å beholde utgangspunktet fra likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven om at loven skal gjelde på alle samfunnsområder.

Utvalget har vurdert spørsmålet i lys av ulike tilnærminger til utforming av det saklige virkeområdet for loven. Utvalget viser til drøftelsen i punkt 7.1 der utvalget begrunner en generell tilnærming med et bredt anlagt saklig virkeområde for en samlet diskrimineringslov.

⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.1 side 75.

⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.1 side 81-82.

⁸ Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 37.

Utvalget foreslår at loven skal gjelde på alle samfunnsområder, jf. lovforslaget § 2 første ledd. Det er etter utvalgets syn en eventuell begrensning i lovens anvendelsesområde som må ha en særskilt begrunnelse. Utvalget mener derfor at noen bestemmelser i loven bør få et mer spesifikt angitt virkefelt. I utvalgets lovforslag gjelder dette § 4 første ledd tredje punktum om diskrimineringsgrunnlaget alder som bare gjelder for arbeidslivet, kapittel 2 om aktive tiltak (lovens), kapittel 3 om universell utforming og individuell tilrettlegging og kapittel 4 som har særlige regler for ansettelsesforhold. Utvalget foreslår også at § 28 om delt bevisbyrde og § 29 om oppreisning og erstatning, ikke kommer til anvendelse for grunnlag som påberopes under sekkekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person» mv.

10.2.2 Trossamfunn mv.

Likestillingsloven § 2 og lov mot etnisk diskriminering § 3 har unntak for trossamfunn fra lovens virkeområde. Barne- og likestillingsdepartementet har i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) foreslått at unntaket i likestillingsloven § 2 første ledd oppheves og erstattes med en mer presisert unntaksregel knyttet til diskrimineringsforbudet.

Utvalget mener at unntak fra loven primært bør formuleres som unntak fra diskrimineringsforbudet og ikke fra lovens virkeområde. Utvalget vil bemerke at unntaksreglene for trossamfunn ikke er unntak for trossamfunnene som sådan, men derimot religionsutøvelsen som skjer i trossamfunnene. Ved å knytte unntak til diskrimineringsforbudet får en dette frem tydeligere. Utvalget er enig med departementet som har vektlagt det signalet som sendes til trossamfunnene og til samfunnet for øvrig når unntaksadgangen tilknyttes lovens virkeområde:

«Flere har tolket bestemmelsen slik at trossamfunn er unntatt fra likestillingsloven i sin helhet, og at håndhevingsorganene ikke har kompetanse til å behandle en sak om kjønnsdiskriminering i trossamfunn. En unntaksbestemmelse for trossamfunn knyttet til diskrimineringsforbudet i § 3 i stedet, vil gi et viktig signal utad om at likestillingsloven også gjelder for trossamfunnene. Departementet antar at dette også vil bidra til å øke trossamfunnenes bevissthet og fokus på i hvilken grad de mener det er nødvendig å forskjellsbehandle kvinner.»⁹

Utvalget viser for øvrig til Barne- og likestillingsdepartementets vurderinger i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).¹⁰ Utvalget mener at de samme hensyn gjør seg gjeldende også for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn. Unntaket i lov mot etnisk diskriminering § 3 åpner for at tros- og livssynssamfunn skal kunne legge vekt på personers religion eller livssyn hvis dette har betydning for gjennomføringen av samfunnets eller virksomhetens religiøse eller livssynsmessige formål. Regelen gjelder ikke i arbeidsforhold. Eventuell forskjellsbehandling i arbeidsforhold må være hjemlet i den generelle saklighetsregelen i § 4 fjerde ledd.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at unntakene for trossamfunn i likestillingsloven § 2 og lov mot etnisk diskriminering § 3 om lovens virkeområde, ikke videreføres. Utvalget foreslår at trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling i stedet reguleres som unntak fra diskrimineringsforbudet, se punkt 16.7. Dette vil ikke føre til noen endringer i den materielle unntaksadgangen og er i samsvar med forslaget i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).

Utvalget legger til grunn at også eventuelle unntak for andre sektorer bør reguleres på samme måte. Dette gjelder for eksempel forsikringsselskapers adgang til forskjellsbehandling. Det vises til punkt 16.7.2 om forsikringer.

Utvalget mener derimot at eventuelle unntak for familieliv og andre rent personlige forhold bør reguleres på en annen måte, se nedenfor punkt 10.2.3.

10.2.3 Familieliv og andre personlige forhold

Utvalget har vurdert om lovens regler skal komme til anvendelse i familieliv og andre rent personlige forhold. Én løsning er å unnta familieliv og andre rent personlige forhold fra lovens saklige virksområde. En annen løsning er at familieliv og andre rent personlige forhold omfattes av loven, men at slike saker unntas fra ombudets, nemndas og eventuelt domstolenes håndheving.

Med familieliv og andre rent personlige forhold siktes det først og fremst til det som foregår innen hjemmets fire vegger. Det kan være tale om trakassering eller usaklig forskjellsbehandling mellom ektefeller og samboere, eller mellom foreldre og barn. Trakassering eller usaklig forskjellsbehandling av familiemedlemmer kan skje i forbindelse med barneoppdragelse og forsørgelse, private avtaler om samvær med barn, forde-

⁹ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 7.3.1 side 50-51.

¹⁰ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 7.3.1 side 50-51.

ling av bo etter samlivsbrudd mv. Videre kan det være tale om forfordeling i forbindelse med gaver, utlån mv. eller testamentariske disposisjoner. Et konkret eksempel på forskjellsbehandling kan være en datter som får mindre økonomisk støtte til utdanning av foreldrene enn sine brødre uten at det er noen saklig grunn til dette. Det kan også dreie seg om forskudd på arv der et adoptivbarn med utenlandsk opprinnelse får lavere beløp enn et biologisk barn. Andre eksempler er verbal trakassering eller personlig grensesetting, for eksempel begrensning i adgangen til å delta i inntektsgivende aktiviteter. Vold, tvang og andre grove krenkelser kan også forekomme innenfor familielivet.

Et eksempel når det gjelder andre rent personlige forhold er valg av kjæreste eller ektefelle. Valg av privat omgangskrets og det som foregår mellom venner og i selskapeleg samvær vil også være rent personlige forhold. Foreninger og klubber som har en personlig karakter, kan for eksempel være en bridgegruppe, lesesirkel eller venninnekлубb.

Hva som ligger i rent personlige forhold kan også illustreres med utleie av hybel eller liknende tilknyttet egen bolig. Utleie av leilighet vil som utgangspunkt omfattes av loven, selv om utleier ikke er et utleiefirma, men en privatperson. Derimot er valg av leietaker til ett rom i en leilighet der utleier selv bor, av personlig karakter.

Ansettelsesforhold kan derimot ikke regnes som et privat forhold, selv om det er tale om ansettelse av familiemedlemmer. Dette er i samsvar med alminnelige arbeidsrettslige regler.

Likestillingsloven håndheves i dag ikke av ombudet og nemnda på disse områdene. Blant sakene ombudet fikk i 2006 omfattet 1 av klagesakene og 12 av veiledningssakene privatlivet.¹¹ De aller fleste av disse sakene omfattet privat barnefordeling etter samlivsbrudd, mens én sak omfattet skilsmisseoppgjør. I 2007 hadde ombudet 1 klagesak og 15 veiledningssaker som gjaldt privatlivet.¹² Loven bør uansett ikke håndheves av ombudet og nemnda på disse områdene. Utvalget mener at diskrimineringsklager på disse områdene vil reise vanskelige bevissspørsmål. Ombudet og nemnda har en saksbehandlingsform som ikke egner seg for denne type tvister.

Utvalget har vurdert om loven likevel skal gjelde personlige forhold. Det vil i tilfelle være

tale om en bestemmelse som først og fremst vil ha virkninger på det symbolske plan. Formålet vil være å signalisere at det er uakseptabelt å diskriminere også i private forhold. Familieliv og andre rent personlige forhold kan potensielt være en arena for diskriminering. Det kan være tale om trakassering eller usaklig forskjellsbehandling. Også vold, tvang og andre grove krenkelser kan forekomme. Dette kan ikke ses som diskriminering, og faller utenfor hva en diskrimineringslovgivning skal regulere. Dette reguleres av annen lovgivning, som straffeloven, barnevernsloven mv.

Forskjellsbehandling og trakassering kan forekomme for alle lovens diskrimineringsgrunnlag, som kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder mv. Det kan forekomme forskjellsbehandling i privatlivets sfære, som lovgivningen bør gripe inn i. Det gjelder særlig i forhold der makt er ulikt fordelt som i tradisjonelle ekteskap eller mellom foreldre og barn. Forskjellsbehandling i private forhold kan virke urettferdig og få urimelige følger for den som utsettes for det. Det kan dreie seg om områder der forskjellsbehandling har stor betydning i den enkeltes liv. Dette gjelder ikke bare overgrep, men også mange andre av dagliglivets små og store disposisjoner, for eksempel foreldres økonomiske bistand til barnas utdanning.

På den annen side kan det hevdes at andre regler og tiltak er mer hensiktsmessige virkemidler for å endre praksis på disse områdene enn diskrimineringslovgivning. Utvalget viser til at vi har en rekke lover som regulerer også den private sfære og som gir de som forskjellsbehandles rettsbeskyttelse. Det vil ikke dreie seg om noe «rettstomt» rom der det er fritt frem for dårlig behandling. Eksempler på regulering i andre lover er at ekteskap og forholdet mellom ektefeller er regulert i ekteskapsloven. Barneloven regulerer omsorg, foreldreansvar, barnefordeling og samværsrett etter samlivsbrudd. Det offentlige skal etter barnevernsloven ivareta barns interesser overfor foreldre. Arveloven angir regler om pliktdelsarv mv. til ektefelle og livsarvinger.

Utvalgets flertall (medlemmene Craig, Emberland, Graver, Moseng, Næss, Stabell, Sæbønes og Tøssebro) foreslår at familieliv og rent personlige forhold skal unntas fra lovens saklige virkeområde, jf. lovforslaget § 2 første ledd. Det understrekes at flertallet med dette ikke ønsker å legitimere diskriminering som skjer innen den enkelte familie eller vennskapskrets. Selv om det skjer

¹¹ Praksis 2006 side 14-15.

¹² Praksis 2007 side 22-25. Utvalget har ikke nærmere opplysninger om hvilke temaer som var tatt opp i disse sakene.

diskriminering på privatlivets område, mener imidlertid flertallet at det ikke er hensiktsmessig med en ren symbolbestemmelse som ikke kan håndheves. Flertallet viser også til at individets rett til privatliv er vernet i flere internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, jf. særlig EMK artikkel 8. Dette kan tilsi at vi bør være varsomme med å lage lovregler som griper inn i private, familiemessige anliggender på den måten som en anvendelse for diskrimineringsforbudet på privatlivets område ville få.

Utvalgets mindretall (medlemmet Brækhus) foreslår at loven skal komme til anvendelse på familieliv og andre rent personlige forhold. Slike forhold utgjør ofte maktreasjoner der en part mottar livsviktige resurser som mat, klær, husrom og omsorg. Diskriminering i slike forhold bør derfor kunne håndheves av domstolene selv om terskelen for å reise sak antakelig vil være høy for de fleste.

Mindretallets utgangspunkt er at å unnta dette fra loven og fra domstolsbehandling vil være en innskrenkning i forhold til dagens vern når det gjelder kjønn. I likestillingsloven § 2 første og andre ledd heter det nemlig at:

«Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn.

For så vidt gjelder familieliv og rent personlige forhold skal loven ikke håndheves av de organer som er nevnt i § 9 i loven her.»

I forarbeidene til loven heter det blant annet

«I likhet med en rekke høringsinstanser mener departementet at familieliv o.l. er et av de viktigste livsområdene hvor diskriminering forekommer. Departementet er videre enig i at et unntak fra lovens virkeområde for dette felt kunne gi inntrykk av at diskriminerende behandling er tillatt og akseptert så lenge det dreier seg om disposisjoner som foretas i de private hjem. Dette ville virke uheldig. Undersøkelser tyder på at foreldrenes eksempel er helt avgjørende for utviklingen av barns syn på kjønnsroller. Videre vil en anta at likestilling i hjemmet er av stor betydning for den enkelte kvinnes velferd.»¹³

Mindretallet viser til at det som departementet her anfører, gjelder fremdeles. Et problem med diskrimineringsvern i familieforhold kunne dessuten den gang sies å være at det ofte ville mangle sammenlikningsperson. En hustru som ble behandlet dårlig av sin mann, kunne vanskelig

viser til at han behandlet en konkret mann bedre. På dette punktet har det imidlertid skjedd en utvikling ved at man nå er mer villig til å gjøre hypotetiske sammenlikninger ved å si at hun ble behandlet dårligere enn han ville ha behandlet en hypotetisk mann. Det er med andre ord nok at det er en ufordelaktig behandling som bygger på kjønnsstereotypier.

Mindretallet mener at det fremdeles er behov for et diskrimineringsvern i denne delen av samfunnet. Det gjelder ikke bare kjønnsdiskriminering, men mer og mindre alle de diskrimineringsgrunnlagene loven vil omfatte.

Grunnen til at vi har behov for vern mot diskriminering, er at noen grupper i samfunnet står i en maktposisjon i forhold til andre grupper. Dette kan i mange tilfelle skyldes antall. De fleste diskrimineringsgrunnlagene gjelder minoritetsgrupper. Alle i minoritetsgruppen blir sårbare i forhold til flertallet som har definisjonsmakten på hva som er normalt, eller gangbart. Når det gjelder kjønn er forholdet et litt annet fordi kvinner ikke er noen minoritet. Kvinners stilling kan likevel på mange måter sammenliknes med minoriteter når det gjelder makt og innflytelse. Årsaken til det er først og fremst å finne i den tradisjonelle arbeidsdelingen i familien som gir menn den økonomiske makten og derfor også definisjonsmakten.

Mindretallet viser til at den sårbarheten som de vernede gruppene er utsatt for, blir særlig påfallende i situasjoner som er svært viktig for medlemmene av gruppa og der flertallsbefolkningen behersker godet. Det er først og fremst tilfelle i arbeidsforhold, men også under utdanning og ved ulike former for tjenesteyting. Selv om graden av behov for beskyttelse varierer i forhold til ulike situasjoner, har vi likevel hos oss valgt å gi disse gruppene et generelt vern som i utgangspunktet omfatter alle forhold i samfunnet.

Mindretallet peker på at de fleste av oss tilbringer mye tid i familien eller i andre private relasjoner. Det gjelder ikke minst de som omfattes av diskrimineringsvernet. Det kan skyldes at de har sine arbeidsoppgaver der slik mange kvinner har, eller det kan skyldes at de ikke like lett som andre kan bevege seg i andre deler av samfunnet, noe som kan gjelde, barn, gamle, de med funksjonsnedsettelse osv. De som faller under flere av diskrimineringsgrunnlagene vil lett være spesielt sårbare og kanskje spesielt knyttet til hjem og familie som for eksempel funksjonshemmede barn, gamle kvinner osv. Deres vern mot diskriminering kan sies å være meget svakt hvis dette viktige området unntas.

¹³ Se Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.1.1 side 21-22.

Mindretallet viser til at det er mange sider av våre private liv som er regulert ved lov. Ekteskapsloven og barneloven er eksempler på det. Dessuten har ikke straffeloven unntak for forhold som gjelder privatlivet. En innvending til all denne reguleringen er og har vært at den egner seg lite til håndheving. Mennesker som står i et nært familiemessig forhold til hverandre, vil kvie seg for å be om samfunnets beskyttelse. Dette er et faktum, men jeg vil likevel hevde at et vern er av vesentlig betydning fordi det virker selv om det sjelden håndheves.

Mindretallet peker på at dette gjelder for eksempel gjennomføring av underholdsplikten etter ekteskapsloven § 38 første ledd. Den kan i prinsippet tvangsgjennomføres, jf. § 38 andre ledd, men i praksis finnes det så godt som ingen saker om dette. Det skyldes antakelig ikke at bestemmelsen alltid overholdes, men at ekteskap ikke tåler den belastningen som en sak vil innebære. Det betyr selvsagt ikke at reglene om forsørgelse ikke virker. De fleste vet at en slik plikt/rett til forsørgelse finnes og forholder seg til det. Et annet eksempel er straffeforfølgning av vold i familierelasjoner. Her har praktisering av offentlig påtale etter hvert blitt innskjerpet fordi man erfarte at selv om det var åpenbare tilfeller av vold der politiet var informert, hadde offeret en tendens til å trekke påtalen tilbake etter en stund. Offentlig påtale har fritatt offeret den belastningen det er, å være den som forfølger en av sine nærmeste gjennom rettsapparatet.

I den grad slike forhold gjelder ekteskap og samliv, kan situasjonen skifte ved at samlivet oppløses. Etter separasjon og skilsmisse synes terskelen for å forfølge økonomiske saker og voldsaker å være mye lavere, selv om de i og for seg fremdeles gjelder familielivet.

Mindretallet påpeker at å verne folk mot diskriminering og trakassering også i familieforhold og andre nære relasjoner ikke må innebære at man ikke kan velge sine venner og intime partnere fritt, enten det gjelder forholdet mellom to eller grupper som for eksempel privat klubber og selskaper. På dette området kan jeg slutte meg til flertallets argumentasjon.

Behovet for vern ligger i etablerte relasjoner som ikke kan, eller som det er vanskelig å løse opp. Det gjelder først og fremst ekteskap og samboerskap og andre faste familieforhold som for eksempel foreldre og barn.

Når det gjelder ekteskap og samliv, viser mindretallet til at både lovgivningen og kulturen er innrettet slik at de skal være varige. Felles øko-

nomi og arbeidsdeling binder partene sammen. Hensyn til barn oppleves som en begrensning i partenes frihet. Ser vi tilbake i tid, er det helt klart at hustruen var den avhengige part her som måtte finne seg i forhold som ektemannen måtte finne for godt enten det gjaldt økonomiske avgjørelser, trakassering eller vold. Vi liker å tro at det ikke er slik lenger nå, men bare det forholdet at kvinners bruttoinntekt fremdeles bare utgjør 67 prosent av menns i gjennomsnitt,¹⁴ tilsier at vi fremdeles har strukturelle maktforhold på dette område. Forskjellene og sårbarheten er selvsagt størst i den fasen av livet da man har ansvar for barns oppvekst. Det er imidlertid fremdeles slik at arbeidsdeling og økonomi fra denne perioden videreføres senere i mange ekteskap og samboerforhold.

Mindretallet peker på at når det gjelder foreldre og barn er det en relasjon som de fleste opplever som uoppløselig. Sårbarhet og avhengighet er selvsagt størst for umyndige barn, men dårlig behandling i slike relasjoner kan oppleves som krenkende også for voksne barn. Når det gjelder andre familieforhold kan vi tenke oss sjikanering og diskriminering av en fremmedkulturell svigerdatter, mishandling og sjikane av gamle foreldre osv.

I disse relasjonene mottar medlemmene ofte viktige ytelser fra hverandre i form av omsorg, andre naturalytelser eller penger. Disse ytelsene er for mange livsviktige. Det gjelder forsørgelse i ekteskap og samliv, forsørgelse for barn, omsorg for barn, funksjonshemmede, syke og gamle. Når vernet mot diskriminering er spesielt viktig i arbeidsforhold, er det nettopp fordi inntekt fra arbeid er livsviktig. Det at noe er livsviktig, gir den som besitter godet en maktposisjon som lett kan misbrukes. Det gjelder i privatlivet mye på samme måte som i arbeidslivet.

Mindretallet viser til at vi må huske på her at vernet ikke gjelder enhver dårlig behandling, men dårlig behandling som er begrunnet i kjønn, etnisitet, seksuell orientering, funksjonsnedsettelse, alder osv. En økonomisk forfordeling av barn vil for eksempel være lovlig hvis den ikke kan spores tilbake til et slikt grunnlag. På den annen side vil det å støtte ekstra opp ved å yte mer til for eksempel utdanning av et funksjonshemmet barn, kunne være en fullt lovlig som positiv særbehandling.

Flertallet viser til at retten til privatliv vernes av internasjonale konvensjoner. Disse konvensjonsbestemmelsene kan etter mindretallets

¹⁴ Se NOU 2008: 6 punkt 4.3 side 54.

mening ikke innebære et vern for noen til å kunne diskriminere og trakassere i privatlivet. Slik har de da heller ikke blitt forstått når det gjelder den økonomiske reguleringen i ekteskapsforhold og i forhold til barn og vernet om personlig integritet i straffeloven.

Mindretallet peker på at vern mot diskriminering i private relasjoner, også kan tenkes som en

innskjerping av det vernet som alt finnes i familierett, barnerett, arverett, sosialrett, strafferett osv. Det vil imidlertid etter mindretallets mening være viktig at det uansett gis som et generelt vern i diskrimineringslovgivningen ved at familieliv og private relasjoner ikke blir markert som et unntak her.

Kapittel 11

Vern for juridiske personer

11.1 Innledning

Utvalget skal ifølge mandatet

«vurdere om lovforslagets vern mot diskriminering skal gjelde til fordel bare for individer (fysiske personer), eller også for juridiske personer.

Det sentrale siktemålet for utvalgets lovforslag vil være å motvirke diskriminering av enkeltindivider på grunnlag av deres personlige egenskaper, oppfatninger mv. Krav på vern mot diskriminering blir imidlertid gjort gjeldende også i andre sammenhenger, for eksempel av selskaper som mener seg diskriminert i strid med EØS-avtalen eller WTO-avtalen. Utvalget må påse at lovforslaget avgrenses mot denne og andre typer diskriminering som ligger utenfor utvalgets siktemål.»

Spørsmålet for utvalget er om, og i tilfelle i hvilken grad, en samlet diskrimineringslov skal gi et vern for juridiske personer. I dag har kun lov mot etnisk diskriminering et slikt vern. Øvrige diskrimineringslover gir bare diskrimineringsvern for fysiske personer.

11.2 Gjeldende rett

Etter lov mot etnisk diskriminering § 4 er direkte diskriminering av foretak på grunn av etnisitet, religion eller livssyn forbudt. Opprinnelig hadde Kommunal- og regionaldepartementet foreslått at diskrimineringsvernet ikke skulle gjelde juridiske personer, men begrenses til fysiske personer.¹ På bakgrunn av et benkeforslag under behandlingen i Stortinget ble det imidlertid vedtatt at lovens vern skulle gjelde tilsvarende for foretak.² Lovvedtaket ble ikke begrunnet eller forklart nærmere. Det ble kun vist til en hendelse på et ute-

sted i Oslo der eieren hadde sagt opp avtalen med et vaktelskap om dørvaktjenester fordi mange av selskapets dørvakter var innvandrere.

Regelen i lov mot etnisk diskriminering reiser flere tolkningsspørsmål som ikke er avklart i lovtekst og forarbeider. Et spørsmål er hvordan begrepet foretak skal forstås. Ifølge brev fra Kommunal- og regionaldepartementet til Arbeiderpartiets Stortingsgruppe 18. april 2005, der departementet gir bistand til utformingen av bestemmelsen, kan det legges til grunn at begrepet foretak skal forstås på samme måte som i straffeloven § 48 a som «selskap, forening, eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet». Av samme brev fremgår det også at forskjellsbehandlingen bør ha et utgangspunkt i medlemmers, arbeidstakeres eller andre nært tilknyttede personers etnisitet, religion eller livssyn. Det bør ifølge departementet innfortolkes et krav om sterk tilknytning mellom foretaket og fysiske personer og deres etnisitet, religion eller livssyn.

Vernet etter de øvrige diskrimineringsreglene gjelder kun fysiske personer. Dette gjelder også forskjellsbehandling av små foretak der eieren selv utfører alle eller størstedelen av virksomhetens oppgaver. Det kan dreie seg om alt fra kiosker og små butikker til virksomheter innen liberale yrker som frisører, rørleggere eller snekkere. Dette må antakelig anses som forskjellsbehandling av den enkeltpersonen som eier virksomheten og utfører virksomhetens oppgaver.³

Arbeidsmiljøloven § 13-2, som sier at diskrimineringsreglene gjelder «arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere», kan ikke fortolkes slik at virksomheter som sådan har et vern etter arbeidsmiljøloven. Tilføyelsen kom inn i loven for å implementere EU-direktiver som ikke stiller krav om diskrimineringsvern for virksomheter, jf. punkt 11.3.1 og 11.5.5. Det kan neppe være tvil om

¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.2 side 79.

² Jf. forhandlinger i Odelstinget 19. april 2005 og Besl.O. nr. 67 (2004-2005).

³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.2 side 83 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.2 side 79-80.

at arbeidsmiljøloven kun er ment å verne fysiske personer.

11.3 Internasjonale regler

11.3.1 EU- og EØS-rett

I fortalen til EUs rasediskrimineringsdirektiv anbefales det at medlemsstatene gir 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.»

De øvrige diskrimineringsdirektivene omtaler ikke vern av juridiske personer.

11.3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) står i en særstilling blant menneskerettighetskonvensjonene. Konvensjonen innlemmer juridiske personer i grupper som er beskyttelsesverdige, også når det gjelder diskrimineringsforbudet.⁴ Det er tale om et vern for de juridiske personenes egen del. Konvensjonen tillater ikke organisasjoner å påberope seg konvensjonens menneskerettigheter på vegne av andre, for eksempel egne medlemmer.

I EMK er forbudet mot diskriminering uttrykt i artikkel 14. Dette er ingen selvstendig rettighetsbestemmelse, men en bestemmelse som først kommer til anvendelse, og dermed aktiverer et vern mot diskriminering, når den som påberoper seg diskrimineringsforbudet samtidig kan påvise at ens interesser også dekkes av minst én av konvensjonens øvrige og selvstendige menneskerettighetsbestemmelser. Dette har som konsekvens at juridiske personers diskrimineringsvern i EMK lar seg fastlegge først etter at en har klarlagt hvordan juridiske personer er stilt som rettighetshavere under konvensjonen for øvrig. Juridiske personer har dermed ikke diskrimineringsvern for alle livsområder og interesser, men bare på de områder hvor ikke-fysiske personers interesser er

inkludert som beskyttelsesverdige i konvensjonen som helhet.

Det er ulike grunner til at juridiske personer omfattes av EMK. Konvensjonen ble utarbeidet som ett av flere instrumenter innenfor rammene av Europarådet, hvor vesteuropeisk integrasjon stod som en sentral målsetting i organisasjonens første år. EMK er slik sett ikke en rendyrket menneskerettighetskonvensjon, slik en kjenner dem fra FN-systemet, men vel så mye en konvensjon til beskyttelse av rettsstatens og demokratiets ideer, hvor kollektive interesser anses vel så viktige som individets.

Ordlyden i EMK kan åpne direkte for en ivaretagelse av juridiske personer, slik situasjonen er for retten til beskyttelse av eiendomsretten i artikkel 1 i første tilleggsprotokoll til konvensjonen. Bestemmelsen gir «juridiske personer» status som rettighetshavere på lik linje med fysiske personer. I de fleste rettighetsbestemmelser er ordlyden så vidt generelt utformet (gjennom bruk av uttrykk som «enhver», osv.) at juridiske personer rent språklig omfattes. Artikkel 34, som hjemler privatpersoners søksmålsrett for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) mot medlemsstatene, omfatter ikke bare individer men også «non-governmental organisations». Dette uttrykket forstås slik at det også innbefatter juridiske personer, både frivillige organisasjoner og økonomiske foretak, m.v. Flere av rettighetenes innhold og formål er også av en slik karakter at de omfatter juridiske personers interesser i møte med offentlig styring og regulering, slik som retten til yttringsfrihet (artikkel 10), retten til organisasjonsfrihet (artikkel 11) og kravet om at domstolsbehandling av rettslige tvister skjer i henhold til visse minimumsstandarder (retten til en rettferdig rettergang, artikkel 6).

Den europeiske menneskerettighetsdomstol har avgjort flere tvister hvor juridiske personers diskrimineringsvern har blitt vurdert. Det er likevel ikke tale om noen omfattende praksis, og det er bare et fåtall eksemplarer på at EMD har konkludert med at diskrimineringsforbudet er blitt overtrådt fra statens side. I mange tilfeller har domstolen funnet det unødvendig å ta stilling til påstander om brudd på artikkel 14, ofte fordi en allerede har konkludert med krenkelse under en annen bestemmelse. Ett typetilfelle er påstander om at økonomiske foretaks eiendomsrettslige posisjoner er blitt utsatt for diskriminering i forbindelse med regulering av økonomisk aktivitet.⁵ Et annet typetilfelle er påstander om forskjellsbehandling av politiske partier og andre organisasjoner med

⁴ En generell behandling er gitt i Emberland 2006a.

politiske eller ideelle formål.⁶ Medieforetak har gjentatte ganger påstått seg diskriminert i relasjon til ytringsfriheten.⁷ Også religiøse organisasjoner påstår fra tid til annen at de utsettes for diskriminerende behandling av deres konvensjonsfestede rett til religionsutøvelse.⁸ Domstolens håndtering av slike saker skiller seg ikke fra dens behandling av diskrimineringsvernet for fysiske personer.

Juridiske personer vil i de fleste tilfeller ikke ha de kjennetegn som omtales i EMK artikkel 14s liste over angitte diskrimineringsgrunnlag. Artikkel 14 forbyr dessuten diskriminering på grunn av forhold som omfattes av sekkekategori «annen status». Dette kan medføre at vilkåret om at forskjellsbehandlingen må ha sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag, i realiteten blir tillagt liten vekt. Ett eksempel på dette er EMDs dom i saken *Pine Valley Developments Ltd mfl. mot Irland*. Saken dreide seg om et næringsutviklings-selskap som var det eneste rettssubjektet i Irland som ble rammet av en lovendring. Dette var tilstrekkelig for å konkludere med at selskapets holdingsselskap var blitt utsatt for diskriminerende behandling i relasjon til sin eiendomsrettslige beskyttelse etter EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.⁹ Se for øvrig punkt 13.4.2 om fortolkningen av «annen status».

11.4 Nordisk rett

Diskrimineringsforbudet i den finske likebehandlingsloven gjelder juridiske personer. Dette står imidlertid ikke uttrykkelig i loven. Etter § 6 får *ingen* diskrimineres på grunn av alder, etnisitet, seksuell legning osv. I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at dette skal gjelde både fysiske og juridiske personer.¹⁰ Spørsmålet drøftes ikke nærmere i forarbeidene.

De danske diskrimineringslovene har ikke vern for juridiske personer. Spørsmålet ble imid-

lertid 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.¹¹

Heller ikke den svenske diskrimineringsloven har et vern for juridiske personer. Spørsmålet ble vurdert under arbeidet med den nye loven. I utredningen som ligger til grunn for loven ble det konkludert med at det ikke var tungtveiende grunner («bärande skäl») for en mer generell utforming av vernet for juridiske personer. Komiteen kommer med eksempler på diskriminering av juridiske personer som kan forekomme, men viser samtidig til at den ikke kan dokumentere omfanget av slik diskriminering. Etter en gjennomgang av ulike samfunnsområder, konkluderer komiteen med at diskrimineringsvern for juridiske personer aktualiseres på følgende områder:

«arbetsmarknadspolitisk verksamhet, start eller bedrivande av näringsverksamhet, medlemskap m.m. i organisationer, varor, tjänster och bostäder samt i fråga om offentlig anställning och offentlig uppdrag.»¹²

Komiteen foreslo at det skulle lovfestes et diskrimineringsvern for juridiske personer på disse områdene. Dette ble foreslått lovfestet som et forbud mot diskriminering som har sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag, uten å angi den vernede personkretsen. På de områder der forbudet kun skulle gjelde fysiske personer, ble den vernede personkretsen derimot uttrykkelig angitt (for eksempel at forbudet mot diskriminering i arbeidsforhold gjelder arbeidssøkere og arbeidstakere).

Den svenske regjeringen fulgte ikke opp forslaget. Det ble vist til at vern for juridiske personer ikke er et EU-rettslig krav. Videre ble det vist til at

«(f)rågan om ett diskrimineringsförbud som kan åberopas av juridiska personer ska införas är principiellt och praktisk betydelsesfull. Den bör analyseras närmare än vad kommittén gjort. Regeringen avser att i annat sammanhang återkomma til bl.a. hur en sådan reglering i så fall bör utformas, vilka samhällsområden den bör omfatta och dess konsekvenser».¹³

⁵ For eksempel EMD *Dangeville SA mot Frankrike*, dom 16. april 2002.

⁶ For eksempel EMD *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani mot Italia*, dom 2. august 2001 og EMD *Informationsverein Lentia mot Østerrike* dom 24. november 1993.

⁷ For eksempel EMD *News Verlags GmbH & Co KG mot Østerrike*, dom 11. januar 2000.

⁸ For eksempel EMD *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas mfl. Mot Østerrike*, dom 31. juli 2008.

⁹ EMD *Pine Valley Developments Ltd mfl. mot Irland*, dom 29. november 1991.

¹⁰ RP 44/2003 side 44, som referert i SOU 2006: 22 del 1 side 337.

¹¹ SOU 2006: 22 del 1 side 344.

¹² SOU 2006: 22 del 1 side 344.

¹³ Proposition 2007/08: 95 side 91.

11.5 Utvalgets vurderinger og forslag

11.5.1 Utgangspunkter

Utvalget har vurdert om også juridiske personer skal være vernet av diskrimineringsloven, slik reglene i dag er for diskrimineringsgrunnlagene etnisitet, religion og livssyn. Drøftelsen tar sikte på de tilfeller der diskrimineringen rettes mot den juridiske personen som sådan. Spørsmålet er om juridiske personer i slike tilfeller skal kunne påberope seg lovens diskrimineringsvern på egne vegne.

Ved søksmål for domstolene kan juridiske personer i dag ikke påberope seg gjeldende diskrimineringslovgivning som part, med unntak av lov mot etnisk diskriminering, og kan heller ikke fremme saker på vegne av fysiske personer. Hvis juridiske personer blir vernede rettssubjekter vil de kunne reise sak og være part i saker for domstolene om brudd på diskrimineringsloven.

Det avgrenses mot de tilfeller der organisasjoner fremmer klage eller fører sak på vegne av sine medlemmer. Dette er et annet spørsmål, som gjelder søksmålsinteresse, hvem som kan klage eller hvem som er part i saken overfor ombudet, nemnda og domstolene. Alle kan i utgangspunktet fremme en klage til ombudet og nemnda, selv om de ikke er part i saken. Juridiske personer kan fremme saker for ombudet og nemnda etter diskrimineringsombudsloven § 3 og § 6.¹⁴ Etter diskrimineringslovgivningen kan organisasjoner opptre som fullmektig for fysiske personer, jf. blant annet lov mot etnisk diskriminering § 12. Juridiske personer kan under rettssaker opptre som partshjelpere, 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».

Spørsmålet om vern for juridiske personer ble vurdert i proposisjonene til både lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. I begge tilfeller gikk regjeringen ikke inn for et slikt vern. Det ble først og fremst vist til at juridiske personer har et visst vern også etter andre lovregler, som for eksempel det offentligrettslige saklighetskravet. Videre ble det vist til at EØS-avtalen ikke forplikter oss til å lovfeste et slikt vern. Heller ikke fulgte et slikt vern av EU-regler som ikke omfattes av EØS-avtalen.¹⁵

11.5.2 Vernede rettssubjekter

Uttrykket rettssubjekt anvendes for å betegne hvem som kan ha rettigheter og plikter etter loven. I denne sammenhengen er spørsmålet hvem som skal ha rettigheter etter diskrimineringsloven. I juridiske sammenhenger skiller man mellom to hovedkategorier rettssubjekter, fysiske personer (mennesker) og juridiske personer. Det kan skilles mellom offentligrettslige og privatrettslige juridiske personer. Offentligrettslige juridiske personer er staten, kommuner, interkommunale selskap, offentlig eide virksomheter som er skilt ut som egne rettssubjekter, som for eksempel NSB. Privatrettslige juridiske personer kan være for eksempel aksjeselskap, kommandittselskap, stiftelser, dødsbo eller konkursbo. Også ideelle foreninger og interesseorganisasjoner er privatrettslige juridiske personer, herunder registrerte trossamfunn.

11.5.3 Forekomsten av diskriminering

I det følgende drøftes det på hvilke samfunnsområder usaklig forskjellsbehandling mellom virksomheter må antas å forekomme. Det gis også noen eksempler på hva slags forskjellsbehandling det kan være tale om.

Forskjellsbehandling av juridiske personer kan særlig tenkes innen næringsvirksomhet. Det kan være tale om forskjellsbehandling fra det offentliges side, for eksempel med hensyn til offentlige anskaffelser, vilkår for utøvelse av næringsvirksomhet eller ved tildeling av garantier og støtte til oppstart av næringsdrift, arrangementer, prosjekter, forskning mv.

Forskjellsbehandling i næringsvirksomhet kan forekomme med hensyn til avtaler om varer og tjenesteytelser mellom private. Et eksempel på dette er tilfellet som nevnt i punkt 11.2 der eieren av et utested sa opp avtalen med et vaktsselskap om dørvaktstjenester fordi mange av selskapets dørvakter var innvandrere. Forskjellsbehandling kan også forekomme i forbindelse med kredittytelser og forsikring, for eksempel hvis en virksomhet drives av en person som ikke har norsk etnisk bakgrunn. Kjøp og leie av næringslokaler er et annet eksempel.

Politiske partier og interesseorganisasjoner kan tilsvarende møte problemer ved leie eller kjøp

¹⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) kapittel 13 side 100.

¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.2 side 79 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.2 side 82-83.

av lokaler, eventuelt leie av hotell og konferanselokaler.

I arbeidslivet skjer forskjellsbehandling som regel overfor arbeidstakere, arbeidssøkere eller selvstendig oppdragstakere, det vil si fysiske personer. Forskjellsbehandling av juridiske personer vil i slike situasjoner ikke være aktuelt. Hovedsammenslutninger og forbund har imidlertid i utstrakt grad *organisasjoner* som medlemmer. Hvis en slik hovedsammenslutning eller forbund for eksempel har vilkår for medlemskap som i realiteten utelukker organisasjoner som har medlemmer med en bestemt etnisk bakgrunn, så vil dette kunne være forskjellsbehandling av organisasjonen som juridisk person.

Forskjellsbehandling av juridiske personer innen utdanningssektoren, for eksempel diskriminering av en skole på grunn av elevens etnisitet, kan vanskeligere tenkes. En annen, og kanskje mer praktisk, situasjon er forskjellsbehandling på grunn av en institusjons religiøse formål, for eksempel ved tildeling av kommunal støtte. Sistnevnte tilfelle er imidlertid av en annen karakter fordi forskjellsbehandlingen er begrunnet i det religiøse synet *skolen* og ikke *elevene eller lærerne* bekjenner seg til.

11.5.4 Juridiske personers vern etter annet regelverk

Juridiske personer vil ha et visst vern mot usaklig forskjellsbehandling gjennom annet regelverk enn diskrimineringslovgivningen, som for eksempel ulovfestede saklighetsregler i offentlig sektor, reglene om offentlige anskaffelser og avtalerettslige regler.

Ulovfestede regler om at forvaltningen ikke må ta utenforliggende hensyn, ikke drive usaklig forskjellsbehandling m.v. kan påberopes av fysiske så vel som juridiske personer. En virksomhet som mener seg forskjellsbehandlet for eksempel med hensyn til offentlig driftsstøtte vil kunne påberope seg disse reglene. Dersom virksomhetene mener at de er utsatt for usaklig forskjellsbehandling, kan de bringe saken inn for Sivilombudsmannen.

Regelverket om offentlige anskaffelser gir også juridiske personer et vern mot usaklig forskjellsbehandling. Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 5 at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Oppdragsgivere skal sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kon-

trakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Videre står det i loven at oppdragsgiver ikke skal diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet. Dersom virksomheter mener at reglene om offentlige anskaffelser er brutt, kan de bringe saken inn for KOFA (Klagenemnda for offentlige anskaffelser).

Avtaleloven gir mulighet til å kjenne ugyldig eller endre avtalevilkår, også der juridiske personer er avtalepart. 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 motiv eller har en diskriminerende virkning, er forhold som etter omstendighetene vil kunne tillegges vekt.

Det kan også ha en viss interesse at i en stor del av de sakene hvor Den europeiske menneskerettskonvensjonen blir påberopt for domstolene, dreier det seg om rettighetene til en juridisk person. Av de 90 sivile sakene som Lovdata har registrert for Høyesterett per 12. november 2008 dreide 18 prosent seg om rettighetene til en juridisk person. Andelen synes å være økende. Fra og med 2006 er det registrert 31 saker, hvorav 30 prosent gjelder rettighetene til juridiske personer. Juridiske personers rettigheter dominerer i de sakene som gjelder rettigheter i tilknytning til næringsforhold, og dreier seg ofte om «klassiske» rettigheter som rettfærdig rettergang (dobbelstraff, bevisskrav, saksbehandlingstid mv.), ytringsfrihet og eiendomsrett.

11.5.5 Utvalgets vurdering

Spørsmålet om diskrimineringsvern må vurderes i lys av at juridiske personer etter dagens regler allerede har et visst vern, som for eksempel ulovfestede saklighetsregler i offentlig sektor, reglene om offentlige anskaffelser og avtalerettslige regler. Små foretak der eieren selv utfører alle eller størstedelen av virksomhetens oppgaver kan etter omstendighetene være vernet etter gjeldende diskrimineringslovgivning som fysisk person. Forskjellsbehandlingen vil imidlertid i disse tilfellene regnes som rettet mot eieren selv, slik at det er eieren og ikke foretaket som er rettssubjekt (se ovenfor punkt 11.2).

Lovfesting av et vern for juridiske personer kan ta sikte på de tilfeller der den egentlige grunnen til diskrimineringen er forhold ved fysiske personer, selv om handlingen formelt rettes mot den juridiske personen. Utvalget viser til at målet om å fremme likestilling gjennom diskrimine-

ringslovgivningen er knyttet til individer, se punkt 9.1.4 om lovens formål der utvalget legger til grunn at det er *mennesker* som skal være likestilte. Poenget med denne presiseringen er at det ikke er diskrimineringslovgivningens oppgave å gi like vilkår for virksomheter, selskaper, organisasjoner og andre juridiske personer. Enkeltmennesker vil imidlertid i noen tilfeller kunne rammes indirekte hvis en juridisk person forskjellsbehandles på grunn av etnisitet eller andre personlige forhold som gjelder medlemmer, eiere e.l.

Det må legges til grunn at usaklig forskjellsbehandling av juridiske personer kan forekomme i enkelte situasjoner, selv om det ikke er dokumentert hvor utbredt slik forskjellsbehandling er. Når slike situasjoner oppstår kan det være behov for et diskrimineringsvern. Dette gjelder selv om det enkelte medlem, ansatt e.l. vil kunne påberope seg diskrimineringsvernet på egne vegne. Erfaringen er at det kan være en stor psykisk påkjenning å være part i en diskriminerings sak. Det vil dermed være en fordel hvis saken kan føres uten å trekke inn enkeltpersoner. I noen tilfeller vil det endog kanskje ikke være noen bestemte enkeltpersoner som rammes av forskjellsbehandlingen. Et eksempel er hvis en organisasjon for psykisk utviklingshemmede ikke får reservere rom på et hotell for sine medlemmer i forbindelse med et arrangement i regi av foreningen, under henvisning til at dette kan være til sjenanse for de andre gjestene. Organisasjonen kan ha behov for å reservere flere rom i forkant, med sikte på at interesserte medlemmer skal kunne melde seg på etter hvert. I et slikt tilfelle vil det ikke være noen navngitte enkeltpersoner som er rammet direkte av handlingen; og det vil ikke være hensiktsmessig å vente med å ta opp saken til noen bestemte har meldt seg på arrangementet og eventuelt forsøkt å reservere rom.

Utvalget er imidlertid kjent med at det for ombudet og nemnda har vært behandlet saker om diskriminering av juridiske personer. Et eksempel er nemndas sak nr. 2/2008 som gjaldt et kvinnelig fotballag som mente seg forskjellsbehandlet av Norges Fotballforbund. Laget var med i den norske toppserien og søkte fotballforbundet om dispensasjon til innleie av keeper og fikk avslag. Laget mente seg forskjellsbehandlet sammenlignet med to herrelag som ble innvilget dispensasjon. Nemnda behandlet saken fordi den mente at en eventuell forskjellsbehandling av fotballaget måtte betraktes som forskjellsbehandling av de kvinnene som utgjorde laget. Det var ikke avgjørende at et idrettslag formelt sett sto som klager.

Nemnda fant imidlertid ingen holdepunkter for at forbundets behandling av dispensasjonssøknader var i strid med likestillingsloven § 3.

Som det fremgår av punkt 11.5.3 vil usaklig forskjellsbehandling av juridiske personer og spørsmålet om diskrimineringsvern være lite aktuelt for flere av de samfunnsområder som en samlet diskrimineringslov vil omfatte. Dette vil særlig gjelde arbeid og utdanning som ellers er spesielt viktige arenaer i et diskrimineringsperspektiv. Dette taler mot å lovfeste et generelt diskrimineringsvern for juridiske personer. En slik utvidelse av diskrimineringsvernet vil kun få betydning mellom private aktører, så lenge usaklig forskjellsbehandling fra det offentliges side overfor private virksomheter vil være i strid med alminnelige offentligrettslige saklighetskrav.

Gjeldende saklighetsregler vil ikke dekke alle de tilfeller der juridiske personer kan utsettes for forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, funksjonsnedsettelse e.l. til medlemmer, ansatte eller andre med tilknytning til den juridiske personen. Utenfor disse reglene faller de fleste virksomheter (som ikke er så små at de må identifiseres med eieren) samt foreninger, organisasjoner, trossamfunn mv. dersom de forskjellsbehandles av private. I disse tilfellene vil den juridiske personen eventuelt bare være vernet av avtalelovens § 36. Dette er imidlertid regler som det er høy terskel for å anvende og som har begrenset praktisk betydning.

Utvalget viser til at vi ikke er forpliktet etter EØS-avtalen til å lovfeste et diskrimineringsvern for juridiske personer. En slik plikt følger heller ikke av øvrige EU-rettslige regler. Kun rasediskrimineringsdirektivet (som ikke er en del av EØS-avtalen) berører spørsmålet, men da kun som en anbefaling i fortalen.

Dersom man lovfester et diskrimineringsvern for juridiske personer, vil det kunne bli påberopt av virksomheter ut fra økonomiske eller konkurransemessige hensyn. Særlig kan dette gjelde for forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse. En kan for eksempel lett tenke seg at dette vil kunne bli påberopt av norske virksomheter som argument mot en «omvendt diskriminering» etter EØS-avtalen, med den virkning at EØS-avtalen får virkning på rent nasjonale forhold.

Dette kan skape en risiko for et økende antall saker av en annen karakter enn øvrige diskrimineringsaker, og dermed bidra til en rettsutvikling bort fra det menneskerettslige utgangspunktet. Utvalget viser i den forbindelse til utviklingen i rettspraksis når det gjelder menneskerettighets-

vernet etter EMK, se punkt 11.5.4, hvor en stadig økende del av sakene gjelder rent kommersielle forhold knyttet til den offentlige reguleringen av markedet.

11.5.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at kun fysiske personer skal være rettighetssubjekter etter en samlet diskrimineringslov. Loven skal som gjeldende lovgivning gi et vern for enkeltpersoner, det vil si individer.

Dette betyr at virksomheter, organisasjoner og andre juridiske personer ikke skal kunne påberope seg lovens diskrimineringsvern. I slike tilfel-

ler vil virksomheter uansett kunne påberope seg alminnelige offentligrettslige saklighetskrav hvis det er tale om usaklig forskjellsbehandling fra det offentliges side, og eventuelt vernet etter EMK og menneskerettsloven.

Det følger av utvalgets forslag at den særlige regelen om juridiske personer i lov mot etnisk diskriminering ikke videreføres. Denne bestemmelsen er et brudd med øvrig diskrimineringslovgivning. Bestemmelsen har ikke vært påberopt siden den ble vedtatt i 2005. Utvalget mener derfor at forslaget ikke svekker gjeldende diskrimineringsvern.

Kapittel 12

Diskrimineringsgrunnlag

12.1 Innledning

Utvalget skal ifølge sitt mandat utrede og gi en oversikt over flest mulig forskjellige aktuelle grunnlag for diskriminering eller akseptabel forskjellsbehandling mellom individer. Et diskrimineringsgrunnlag er et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle en person forskjellig fra andre personer i en tilsvarende situasjon. Diskrimineringsgrunnlagets funksjon i lovgivningen er å angi et forhold som i utgangspunktet ikke kan begrunne dårligere behandling av mennesker. Forskjellsbehandling foretatt på et slikt grunnlag vil i mange tilfeller være rettsstridig dersom det ikke kan godtgjøres at forskjellsbehandlingen er saklig. Det vises til punkt 3.2.4 om diskrimineringsgrunnlag som element i det rettslige diskrimineringsbegrepet. Spørsmålet om diskriminering på flere grunnlag behandles i kapittel 14.

Utvalget drøfter i punkt 12.3 til 12.23 gjeldende og mulige nye diskrimineringsgrunnlag. Utvalget gjør rede for gjeldende lovvern, hva grunnlaget omfatter (begrepet) og forekomsten av forskjellsbehandling. Utvalget vil bemerke at det er knyttet store metodiske problemer til det å dokumentere omfanget av diskriminering i rettslig forstand. Dokumentasjon om bestemte gruppers livssituasjon og problemer de møter i samfunnet, kan være en indikasjon på at de er utsatt for diskriminering. Det samme vil undersøkelser om opplevd diskriminering eller om holdninger til bestemte grupper. En dansk undersøkelse fra 1999 om opplevd etnisk diskriminering blant innvandrere kan imidlertid tyde på at en persons kunnskaper og forventninger om diskriminering, påvirker hvorvidt en situasjon oppleves som resultat av diskriminering eller kun som et resultat av den aktuelle situasjonen.¹ Også refererte enkelttilfeller av diskriminering kan være eksempler som bidrar til å fylle ut bildet, selv om det ikke

kan trekkes generelle slutninger av slike anekdoter. Utvalget har på denne bakgrunn sett hen til et bredt spekter av ulike undersøkelser, som samlet kan danne et bilde av behovet for et diskrimineringsvern. Utvalget gjør rede for ulike former for forskjellsbehandling uten å ta stilling til om forskjellsbehandlingen må regnes som saklig eller ikke. En del av de tilfellene av forskjellsbehandling som det gjøres rede for trenger med andre ord ikke å regnes som diskriminering selv om diskrimineringsvernet utvides. Det vises til punkt 3.2.2 og punkt 16.4 om at saklig forskjellsbehandling ikke regnes som diskriminering. På de grunnlag og samfunnsområder der det i dag er diskrimineringsvern, har utvalget ikke gått nærmere inn på dokumentasjon om forskjellsbehandling.

I kapittel 13 drøfter utvalget i samsvar med mandatet spørsmålet om utvidelse av diskrimineringsvernet til nye grunnlag og samfunnsområder.

12.2 Kriterier for identifikasjon av diskrimineringsgrunnlag

Diskrimineringsgrunnlagene som utvalget har sett nærmere på er valgt ut etter følgende kriterier: For det første gjøres det rede for diskrimineringsgrunnlag som har et lovvern etter dagens regler. For det andre gjøres det rede for diskrimineringsgrunnlag som omfattes av menneskerettighetskonvensjoner, enten uttrykkelig eller ifølge praksis. For det tredje gjøres det rede for diskrimineringsgrunnlag som har et lovvern etter nordisk rett, eller eventuelt andre lands rett utvalget er kjent med. For det fjerde har utvalget sett på mulige andre grunnlag som har fellestrekk eller nær sammenheng med de ovennevnte grunnlag.

På denne bakgrunn har utvalget sett nærmere på følgende grunnlag (i tilfeldig rekkefølge):

- Kjønn
- Etnisitet
- Religion og livssyn

¹ Møller og Togeby 1999.

- Funksjonsnedsettelse
- Alder
- Seksuell orientering
- Politisk syn
- Kjønnssidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner)
- Helse (inkludert hiv-positive)
- Utseende
- Overvekt
- Omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående)
- Straffedømte, rusavhengige og andre sosialt utsatte grupper
- Statsborgerskap
- Fødsel
- Sosial opprinnelse
- Sivilstand
- Bosted
- Eiendom og økonomisk stilling
- Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon
- Midlertidig ansettelse og deltidsansettelse

Drøftelsene forutsetter at en samlet diskrimineringslov i utgangspunktet skal gjelde alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og andre rent private forhold (se kapittel 10 om lovens saklige virkeområde). Videre forutsetter drøftelsene at saklig forskjellsbehandling ikke skal regnes som diskriminering i strid med loven (se punkt 16.4).

12.3 Kjønn

12.3.1 Lovvern

Likestillingsloven forbyr diskriminering på grunn av kjønn. Loven gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av indre forhold i trossamfunn. I Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) er det foreslått å oppheve unntaket for trossamfunn fra lovens virkeområde.

Forbud mot kjønnsdiskriminering er nedfelt i blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs kvinnekonvensjon, 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.

EUs likestillingsdirektiver forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn i arbeidslivet (i vid forstand). Direktiv 2004/113/EF forbyr kjønnsdiskriminering når det

gjelder adgang til og levering av varer og tjenester.

Alle land utvalget har sett nærmere på har lovfestede forbud mot kjønnsdiskriminering.

12.3.2 Begrepet

Likestillingsloven bygger på den tradisjonelle kjønnsdefinisjonen med todelingen i kvinne-/mannsperspektivet ut fra biologiske, fysiske og genetiske perspektiver. Med kjønn menes imidlertid ikke bare biologisk kjønn, men også sosialt, psykologisk og kulturelt kjønn.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel eller amming regnes ifølge likestillingsloven § 3 andre ledd som kjønnsdiskriminering. Videre omfattes forskjellsbehandling på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er «forbeholdt det ene kjønn». Dette er i Ot.prp. nr. 97 (2008-2009) foreslått endret til «rettigheter forbeholdt mor eller far».²

Diskrimineringsgrunnlaget kjønn omfatter forskjellsbehandling av både kvinner og menn. Diskrimineringsvernet har imidlertid størst praktisk betydning når det gjelder kvinnekongresser. Likestillingsloven tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling, jf. § 1. FNs kvinnekonvensjon omfatter ikke forskjellsbehandling av menn. Se om forskjellsbehandling av menn på grunn av omsorgsoppgaver i punkt 13.5.

Forskjellsbehandling fordi en person har eller skal gjennomgå kjønnsbekreftende korreksjonskirurgi (kjønnskifte, transseksualisme) innfortolkes i vernet mot kjønnsdiskriminering. Se punkt 12.10 om transpersoner.

12.3.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av kjønn

Det foreligger svært mye forskning og empiri om kjønnsdiskriminering, om forskjeller mellom kvinner og menns stilling i samfunnet og om kvinners stilling. Lett tilgjengelig empiri kan for eksempel hentes ut fra ombudets SaLDO.

Saker om kjønnsdiskriminering i arbeidslivet utgjør hovedtyngden av de sakene som ombudet og nemnda behandler. De områdene som peker seg ut som de mest problematiske med hensyn til kjønnsdiskriminering er spørsmålene om likelønn og om diskriminering på grunn av graviditet og fødsels- og foreldrepermisjon. Likelønnskommi-

² Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 8.3.4 side 56 og 11.2.2 side 61-62.

sjonen har i sin innstilling NOU 2008: 6 «Kjønn og lønn» gjort rede for fakta, analyser og virkemidler for likelønn, se punkt 19.2.4.2 om likelønn. Arbeidsforskningsinstituttets undersøkelse «Erferinger med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv» fra 2008 viser hvordan både kulturelle forestillinger og faktisk praksis knyttet til uttak av foreldrepermisjon og arbeid/ familietilpasninger fremdeles følger tradisjonelle kjønnsroller.³ Arbeidstakerne i undersøkelsen forteller om erfaringer med forbigåelse og degradering ved opprykk, lønnsoppgjør og bonusberegning i sammenheng med graviditet og foreldrepermisjon. Graviditet og permisjon fører til eksklusjon fra spennende og meritterende prosjekter og posisjoner. Funn i rapporten peker imidlertid i retning av at negative konsekvenser av graviditet og permisjon ikke nødvendigvis skyldes bevisst negativ forskjellsbehandling eller diskriminering av gravide og permisjonstakere fra arbeidsgivers side. Dårlig behandling av gravide og permisjonstakere ser i større grad ut til å handle om liten systematikk i personalarbeidet og ad-hoc-baserte beslutninger fra ledelsens side enn om bevisst diskriminering.

12.3.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Lovvern mot kjønnsdiskriminering har i tid kommet før andre diskrimineringsregler. Disse reglene er i stor grad utformet med utgangspunkt i vernet mot kjønnsdiskriminering. Tilsvarende ser vi at reformer som styrker diskrimineringsvernet først er blitt lovfestet for kjønnsdiskriminering, før tilsvarende reformer er vurdert og eventuelt lovfestet for andre grunnlag.

Spørsmålet for utvalget har vært hvordan vernet mot kjønnsdiskriminering som vi i dag har i likestillingsloven skal innarbeides i en samlet diskrimineringslov. Likestillingsloven går på flere områder lenger enn de andre diskrimineringslovene. Et viktig harmoniseringsspørsmål er dermed om vernet mot diskriminering på andre grunnlag skal «heves opp» på samme nivå som likestillingsloven, eller om gode grunner tilsier at det fortsatt skal være ulike regler.

Et annet spørsmål er om det å innarbeide vernet mot kjønnsdiskriminering i en diskrimineringslov sammen med andre grunnlag, i praksis kan bidra til å svekke vernet mot diskriminering på grunn av kjønn. Det kan ikke utelukkes at en sammenslåing vil svekke oppmerksomheten om

kjønnsdiskriminering eller at utviklingen i vernet bli avhengig av utviklingen også for andre diskrimineringsgrunnlag. Det samme vil for så vidt gjelde etnisitet og nedsatt funksjonsevne som i dag reguleres i egne lover. Det kan her vises til argumentasjonen knyttet til opprettelsen av Likestillings- og diskrimineringsombudet som et felles organ for alle diskrimineringsgrunnlag.⁴

12.4 Etnisitet

12.4.1 Lovvern

Forbud mot etnisk diskriminering er lovfestet i lov mot etnisk diskriminering. Loven gjelder alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og personlige forhold.

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

EUs rasediskrimineringsdirektiv gjelder vern mot diskriminering på grunn av rase og etnisk opprinnelse. Direktivet gjelder arbeidslivet, utdanning, trygd mv.

Alle land utvalget har sett nærmere på har lovfestede forbud mot etnisk diskriminering.

12.4.2 Begrepet

Lov mot etnisk diskriminering gjelder diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. ØSK, SP og EMK viser til «rase, hudfarge og språk», mens FNs rasediskrimineringskonvensjon viser til «hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse». EU-direktivet omfatter diskriminering på grunn av «rase og etnisk opprinnelse».

Diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion, livssyn og etnisitet er i lov mot etnisk diskriminering nevnt som egne grunnlag. Disse benevnes her under samlebetegnelsen «etnisitet». Disse grunnlagene er elementer i etnisitetsbegrepet, eller markører for etnisitet. Diskriminering på grunn av etnisk opprinnelse, hudfarge eller rase vil være i grunnlagets kjerneområde. I enkelte tilfeller kan en si at en er i randsonen av grunnlaget, for

³ Egeland mfl. 2008.

⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) punkt 5.2 side 29 flg.

eksempel ved diskriminering på grunn av språk. Religion og livssyn i lov mot etnisk diskriminering er, i tillegg til å være markører for etnisitet, også selvstendige grunnlag som kan påberopes uavhengig av etnisitet (se punkt 12.5 nedenfor).

Begrepet «etnisitet» i lov mot etnisk diskriminering skal forstås på samme måte som «etnisk opprinnelse» i konvensjonene. Blant annet er nasjonale minoriteter og urfolk omfattet. Begrepet «nasjonal opprinnelse» omfatter blant annet fødested, landbakgrunn og sted der man har sin oppvekst eller bakgrunn fra. Begrepet «avstamning» omfatter ulike former for sosial lagdeling, som kaste, stamme og klan.⁵ Diskrimineringsgrunnlaget vil her være overlappende med sosial opprinnelse, se nedenfor punkt 12.18. Forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap (nasjonalitet) er ikke vernet. Se nedenfor punkt 12.21.

Da lov mot etnisk diskriminering ble vedtatt ville en unngå uttrykket rase selv om dette er brukt i internasjonale regler. Det ble vist til at det er et viktig tiltak for å bekjempe rasisme å bli kvitt forestillingen om at mennesker kan deles i ulike raser. Det er imidlertid klart at diskriminering på grunn av oppfatninger om en persons «rase», må regnes som diskriminering på grunn av etnisitet i strid med lov mot etnisk diskriminering.⁶ Dette ble kommentert av CERD i 2006 ved behandlingen av Norges rapport om implementering av FNs rasediskrimineringskonvensjon:

«While noting that the State party has explained its difficulty in addressing the notion of 'race' in the Convention, the Committee is concerned that the Anti-Discrimination Act does not specifically cover discrimination on the ground of race. (article 1 and article 2)

The Committee recommends that, within the Anti-discrimination legislative framework, the State party ensure that discrimination on the ground of race is adequately covered in existing legislation and falls within the mandate of the Equality and Anti-Discrimination Ombud.»⁷

Vernet mot etnisk diskriminering gjelder ikke bare etniske minoriteter. Også personer som tilhører den etniske majoriteten i samfunnet vil etter omstendighetene kunne påberope seg diskrimineringsvernet. Dette kan være aktuelt for eksempel overfor virksomheter som kun ønsker kunder fra bestemte etniske grupper.

12.4.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av etnisitet

Det foreligger mye forskning og utredninger om etnisk diskriminering og om ulike etniske gruppers livssituasjon. En oppsummering finnes i NOU 2002: 12 kapittel 4 «Opplysninger om etnisk diskriminering i Norge» side 36-63. Senter mot etnisk diskriminering la i 2005 frem en rapport om etnisk diskriminering basert på senterets rettshjelpsvirksomhet.⁸ Statistisk sentralbyrå la i februar 2008 frem en rapport om levekår blant innvandrere 2005/2006 (SSB rapport 2008/5). Av nyere forskning kan nevnes Gunnlaug Daugstad (red.): «Innvandring og innvandrere» fra 2006 og Idunn Brekke: «Like muligheter? Betydningen av etnisk bakgrunn for sysselsetting og inntekt» fra 2008. Se også Kirsten Danielsen: «Diskriminering – en litteraturgjennomgang» fra 2005.

12.4.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært hvordan vernet mot etnisk diskriminering som vi i dag har i lov mot etnisk diskriminering skal innarbeides i en samlet diskrimineringslov. Et spørsmål dette reiser er hvilke elementer eller markører av etnisetsbegrepet som skal lovfestes i en samlet lov, se punkt 15.3.

12.5 Religion og livssyn

12.5.1 Lovvern

Forbud mot diskriminering på grunn religion eller livssyn er lovfestet i lov mot etnisk diskriminering. Loven gjelder alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og personlige forhold.

Forbud mot diskriminering på grunn av religion følger av FNs menneskerettighetskonvensjoner, EMK og Den europeiske sosialpakt. Vern mot diskriminering på grunn av livssyn må også innfortolkes i disse konvensjonene. EUs rammedirektiv omfatter diskriminering på grunn av religion eller livssyn («belief») på arbeidslivets område. Kommisjonen fremmet i 2008 et forslag til et nytt direktiv som blant annet gjelder forbud mot diskriminering på grunn av religion og livssyn også utenfor arbeidslivet (sosial beskyttelse, inkludert trygdeordninger og helsetjenester, sosiale goder, utdanning og tilgang til varer og tjenes-

⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8 side 87 flg.

⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.4 side 89.

⁷ CERD/C/NOR/CO/18 avsnitt 15, 18. august 2006.

⁸ SMED 2005.

ter tilgjengelige for allmennheten, herunder bolig).⁹

Forbud mot diskriminering på grunn av religion eller annen trosoppfatning er tatt inn i den svenske diskrimineringsloven fra 2008. Forbudet gjelder arbeidslivet, utdanning, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet, vilkår, tillatelser, støtte mv. til å drive næringsvirksomhet, yrkestilhørighet, medlemskap i visse organisasjoner, varer og tjenester (inkludert forsikringsytelser), bolig, helsevesen, sykehus, sosialtjeneste, trygd, ytelser ved arbeidsløshet, studiestøtte samt verneplikt og siviltjeneste. Den danske forskjellsbehandlingsloven har religion og tro som diskrimineringsgrunnlag. Forbudet gjelder arbeidsforhold. Den finske likebehandlingsloven har religion som et diskrimineringsgrunnlag. Forbudet gjelder næringsvirksomhet, arbeidsliv og utdanning.

Vernet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn henger sammen med religionsfriheten som er regulert i Grunnloven § 2 samt EMK artikkel 9 og andre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Vernet henger også sammen med ytringsfriheten som er regulert i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Et element av religionsfriheten og ytringsfriheten er at personer har rett til å tro hva de vil og til fritt å gi uttrykk for sin overbevisning. Forskjellsbehandling på grunn av religion eller livssyn, vil bety en inngripen i disse rettighetene. Et diskrimineringsvern følger dermed i disse tilfellene også av Grunnloven og menneskerettsloven jf. EMK. Hensynet til religionsfriheten og ytringsfriheten vil på den annen side etter omstendighetene tilsi at diskrimineringsvernet må begrenses, jf. for eksempel unntaket for trossamfunn i lov mot etnisk diskriminering § 3.

12.5.2 Begrepet

Religion og livssyn er selvstendige grunnlag etter lov mot etnisk diskriminering. Dette gjelder uavhengig av om diskrimineringen kan knyttes til en bestemt minoritet eller etnisk gruppe.¹⁰

Vernet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn omfatter religiøse så vel som agnostiske, ateistiske eller filosofiske betraktninger, overbevisninger eller ideologier. Dette er i samsvar med begrepet religion i Grunnloven § 2 og EMK artikkel 9 som fortolkes slik at det ikke bare omfatter religiøse overbevisninger, men også

sekulære livssyn. Begrepene «religion og livssyn» i EUs rammedirektiv må antakelig fortolkes på samme måte.¹¹ Tilsvarende må også det å ikke ha en bestemt tro eller et bestemt livssyn innfortolkes i dette grunnlaget.

Det er ikke nødvendig å trekke et skille mellom religion og livssyn. Det kan imidlertid etter gjeldende regler ha betydning å avgrense mot politisk syn, se punkt 12.8.

12.5.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av religion og livssyn

Det er gjort rede for dokumentasjon om diskriminering på grunn av religion eller livssyn i Kirsten Danielsen: Diskriminering – en litteraturgjennomgang, NOVA skriftserie nr. 4/05, side 46-48.

Diskriminering på grunn av religion og livssyn kan ha en nær sammenheng med rasisme og diskriminering på grunn av etnisitet. Tiltak rettet mot rasisme og etnisk diskriminering vil dermed også kunne redusere diskriminering på grunn av religion og livssyn. Lov om trossamfunn, statens dialog med trossamfunnene og likebehandling mellom de ulike trossamfunnene er ved siden av diskrimineringsvernet viktige elementer i dette arbeidet. Diskriminering på grunn av religion eller livssyn kan imidlertid rettes mot alle grupper, både majoritetsbefolkningen og minoritetsbefolkningen, og trenger ikke å være rettet mot spesielle etniske grupper.

12.5.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært hvordan vernet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn som vi i dag har i lov mot etnisk diskriminering skal innarbeides i en samlet diskrimineringslov.

12.6 Funksjonsnedsettelse

12.6.1 Lovvern

Forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Loven gjelder alle samfunnsområder med unntak av familieliv og andre forhold av personlig karakter.

⁹ KOM (2008) 426 endelig.

¹⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.8 side 90.

¹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.8 side 90-91 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.5 side 31. Innholdet av disse begrepene i EUs rammedirektiv drøftes i EU-kommisjonens rapport »Religion and belief discrimination in employment – the EU-law», november 2006, side 26-31.

FNs konvensjon om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne forbyr spesifikt diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse i forhold til alle menneskerettigheter på alle områder. FNs barnekonvensjon artikkel 2 sier at barn, på konvensjonens områder, ikke skal diskrimineres på grunn av funksjonshemming. SP, ØSK, EMK og Den europeiske sosialpakt har ingen uttrykkelig henvisning til funksjonsevne. Det er imidlertid ingen tvil om at funksjonsnedsettelse omfattes av EMK artikkel 14 og andre menneskerettighetskonvensjoners kategori «annen status». Den europeiske sosialpakt nevner helse, som må antas å omfatte også funksjonsnedsettelse.

EUs rammedirektiv omfatter diskriminering på grunn av funksjonshemming på arbeidslivets område. Kommisjonen fremmet i 2008 et forslag til et nytt direktiv som blant annet gjelder forbud mot diskriminering på grunn av funksjonshemming også utenfor arbeidslivet (sosial beskyttelse, inkludert trygdeordninger og helsetjenester, sosiale goder, utdanning og tilgang til varer og tjenester tilgjengelige for allmennheten, herunder bolig). Etter forslaget artikkel 2 nr. 7 kan medlemsstatene tillate forskjellsbehandling for slike tjenester i tilfeller hvor funksjonsevne er en avgjørende faktor ved risikovurderingen, og risikovurderingen baseres på relevante og korrekte statistiske data.¹²

Nedsatt funksjonsevne, funksjonsnedsettelse, funksjonshemming e.l. er lovfestede diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringslovene i alle land utvalget har sett nærmere på. Forbudene gjelder i arbeidslivet og, bortsett fra i Danmark, også på andre samfunnsområder.

12.6.2 Begrepet

I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er dette diskrimineringsgrunnlaget benevnt som nedsatt funksjonsevne.¹³ Nedsatt funksjonsevne i diskriminerings- og tilgjengelighetslovens forstand foreligger når en kroppsdel eller en av kroppens fysiske, psykiske eller kognitive funksjoner er tapt, skadet eller på annen måte nedsatt. Funksjonshemming kan oppstå i et individs møte med samfunnet, når det er et gap mellom individets

forutsetninger og omgivelsenes utforming eller krav til funksjon.¹⁴

Begrepet nedsatt funksjonsevne defineres på følgende måte i forarbeidene:

«Nedsatt funksjonsevne omfatter fysiske, psykiske og kognitive funksjoner. Fysiske funksjoner er for eksempel bevegelses-, syns- eller hørselsfunksjon. Med nedsatt psykisk funksjonsevne menes sykdommer og tilstander som regnes som psykiske lidelser. Nedsatt kognitiv funksjonsevne innebærer redusert evne til mentale prosesser som hukommelse, språk, informasjonsbearbeidelse, problemløsning og ervervelse av kunnskap og erfaring. Det må i hvert tilfelle gjøres en vurdering av om diskriminering har funnet sted på grunn av nedsatt funksjonsevne. Til grunn for vurderingen må en ta hensyn til den aktuelle funksjonsnedsettelsen. Det er ikke oppstilt krav til varighet eller alvorlighetsgrad, men det forutsettes en avgrensning mot forbigående og/eller bagatellmessige forhold som ikke påvirker funksjonsevnen i nevneverdig grad.»¹⁵

Diskrimineringsvernet omfatter de tilfeller der forskjellsbehandlingen kan knyttes til visse kroppslige eller psykiske egenskaper. Vernet skal imidlertid være betinget av en konkret fortolkning der funksjonsnivå vurderes opp mot den konkrete situasjonen. Det følger av loven at nedsatt funksjonsevne ikke skal føre til at mennesker behandles dårligere uten saklig og rimelig grunn. Det sentrale i vurderingen er likevel om det i det konkrete tilfellet har foregått diskriminering eller ikke, og ikke om en person har eller ikke har visse egenskaper som faller inn under diskrimineringsgrunnlaget. Diskrimineringsgrunnlaget skal fortolkes vidt.

Det har ingen betydning hva som er årsaken til funksjonsnedsettelsen. Funksjonsnedsettelsen kan skyldes sykdom, skade eller være medfødt. Således stilles det ingen krav til diagnoser. Kroniske sykdommer, syndromer eller lidelser som hjertefeil, diabetes, astma, Asperger syndrom eller ADHD¹⁶ omfattes derfor også. Psykisk og fysisk rusavhengighet regnes som en sykdom som kan gi nedsatt funksjonsevne. Det er derfor heller ikke relevant om funksjonsnedsettelsen er selvforskyldt, for eksempel på grunn av rusmisbruk, toppidrett eller risikoatferd som røy-

¹² KOM (2008) 426 endelig.

¹³ Begrepet nedsatt funksjonsevne forklares nærmere i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8 side 91-92 og kapittel 18 side 251 (merknadene til § 4).

¹⁴ St. meld. nr. 40 (2002-2003) punkt 1.5 side 8.

¹⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kapittel 18 side 251.

¹⁶ Forkortelsen ADHD står for Attention Deficit Hyperactivity Disorder.

king mv. Det avgrenses imidlertid mot viljesbestemt atferd. For eksempel må det kunne reageres mot rusavhengiges straffbare handlinger og rusmisbruk i arbeidstiden på samme måte som overfor andre. Noen lidelser som for eksempel Tourettes syndrom eller ADHD innebærer imidlertid atferd som ikke er viljestyrt og som dermed i seg selv må regnes som en funksjonsnedsettelse. I disse tilfellene vil det avhenge av en konkret saklighetsvurdering om forskjellsbehandlingen er diskriminerende. Saklighetsvurderingen omfatter også spørsmålet om forholdsmessighet. Det må presiseres at det uansett er tale om et vern mot forskjellsbehandling *på grunn av* disse forholdene, og ikke et vern mot forskjellsbehandling av personer med slike sykdommer av andre grunner.

Det er ikke oppstilt krav til funksjonsnedsettelsens varighet og/eller alvorlighetsgrad. Dette vil imidlertid være et moment i vurderingen av om forskjellsbehandlingen er saklig. Det må legges til grunn at forbigående og/ eller bagatellmessig skade eller sykdom som for eksempel influensa faller utenfor vernet.

Nedsatt funksjonsevne skiller seg fra andre diskrimineringsgrunnlag som for eksempel kjønn eller hudfarge ved at dette er et forhold ved en person som ikke trenger å være konstant eller synlig. Noen funksjonsnedsettelse er ikke synlige, for eksempel nedsatt funksjonsevne som følge av hjertefeil. Loven omfatter heller ikke bare eksisterende funksjonsnedsettelse som for eksempel at en person *er* blind. Loven omfatter også tidligere, fremtidig og antatt nedsatt funksjonsevne.

Forskjellsbehandling på grunn av utseende vil etter omstendighetene kunne omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, se punkt 12.12.

FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne definerer diskrimineringsgrunnlaget slik i artikkel 1 andre ledd:

«Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.»

EUs rammedirektiv gir ingen definisjon eller nærmere veiledning for hvordan begrepet funksjonshemming («disability») skal forstås. EF-domstolen har i C-13/05 lagt til grunn at funksjonshemming skal forstås som en begrensning/hemming

som er et resultat av fysiske, mentale eller psykologiske funksjonsnedsettelse og som hindrer personen fra å delta i yrkeslivet. Dette er etter domstolens oppfatning ikke det samme som sykdom. Domstolen mener videre at begrepet nedsatt funksjonsevne («impairments») i direktivet må antas å implisere en tilstand som vil vare over lang tid. Avgjørelsen gir imidlertid ikke noen avklaring i forhold til hvorvidt kroniske sykdommer kan regnes som funksjonsnedsettelse.

12.6.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse

Diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse ble dokumentert i NOU 2001: 22 «Fra bruker til borger». Rapporten «Full deltakelse for alle. Utviklingstrekk 2001-2006» utgitt i 2007 av Sosial- og helsedirektoratet og Nasjonalt kompetansesenter for personer med nedsatt funksjonsevne, viser at utviklingen siden 2001 bekrefter at det fortsatt er et stykke å gå før målene er nådd. Se også Kirsten Danielsen: Diskriminering – en litteraturgjennomgang, NOVA skriftserie nr. 4/05, side 31-38.

12.6.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Et spørsmål for utvalget har vært hvordan dette diskrimineringsgrunnlaget skal benevnes. Utvalget har valgt å bruke uttrykket funksjonsnedsettelse i lovforslaget, se punkt 15.3.

Spørsmålet for utvalget har videre vært hvordan vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse som vi i dag har i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal innarbeides i en samlet diskrimineringslov. Definisjonen av begrepet funksjonsnedsettelse er meget vidt og omfatter også tilstander som det ut fra vanlig språkbruk ikke vil være naturlig å benevne som funksjonsnedsettelse. Det er likevel spørsmål om det er tilfeller av forskjellsbehandling knyttet til blant annet helsetilstander, utseende, overvekt eller rusavhengighet som ikke dekkes av loven, men der det kan være behov for diskrimineringsvern. Se punkt 12.11 til 12.14.

12.7 Alder

12.7.1 Lovvern

Alder omfattes av forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Arbeidsmiljøloven gjelder arbeidsforhold.

Alder er ikke nevnt som diskrimineringsgrunnlag i menneskerettskonvensjonene, men

innfortolkes i «annen status». EMD har behandlet en sak som gjaldt barn og unge lovbrøyttere som ble behandlet etter andre regler med hensyn til lovligheten av frihetsberøvelse enn voksne innsatte.¹⁷ EMD vurderte saken etter artikkel 14, men kom til at forskjellsbehandlingen var saklig begrunnet i barnets beste. At alder er et diskrimineringsgrunnlag etter EMK legges også til grunn i den forklarende protokollen til EMKs tilleggsprotokoll nr. 12 om diskriminering. Også SP omfatter diskriminering på grunn av alder.¹⁸

EUs rammedirektiv omfatter diskriminering på grunn av alder på arbeidslivets område. Direktivet fortolkes slik at det gjennomfører et forbud mot diskriminering på grunn av alder. Blant annet bygger forarbeidene til arbeidsmiljølovens regler om aldersdiskriminering på en slik forståelse.¹⁹ EF-domstolen har også lagt dette til grunn, blant annet i sakene *Palacio de la Villa* (C-411/05) fra 2007 og *Age Concern* (C-388/07) fra 2009. EF-domstolen har imidlertid i en tidligere dom (*Mangold-saken* C-144/04) uttalt at direktivet ut fra ordlyden ikke i seg selv slår fast et forbud, men kun fastlegger en ramme for gjennomføring av likebehandlingsprinsippet i nasjonal rett. Selve prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering har ifølge domstolen sin opprinnelse i forskjellige nasjonale konvensjoner og i medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner. I *Mangold-saken* fremhevet EF-domstolen blant annet at forbudet mot diskriminering skal anses som et generelt EF-rettslig prinsipp, og prinsippet fikk anvendelse i den nasjonale (tyske) saken på tross av at fristen for å gjennomføre direktivets bestemmelser om alder ennå ikke var utløpt i Tyskland. Rekevidden av et forbud mot aldersdiskriminering er etter *Mangold-saken* diskutert i endel EU-land, særlig innad i Tyskland. Blant annet er det reist spørsmål ved om EF-domstolen hadde rett i sin uttalelse i *Mangold-saken* om at forbudet mot aldersdiskriminering er et ulovfestet prinsipp i EF-retten.

Sverige, Finland og Danmark har lovfestede forbud mot diskriminering på grunn av alder. Diskrimineringsforbudenes saklige anvendelsesområde er imidlertid begrenset. Det er også fastsatt særlige unntak fra forbudene. Etter den svenske diskrimineringsloven er diskriminering på grunn

av alder forbudt i arbeidslivet, utdanning, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet, vilkår, tillatelser, støtte mv. til å drive næringsvirksomhet, yrkestilhørighet og medlemskap i visse organisasjoner. Det gjelder unntak for direkte forskjellsbehandling på grunn av alder. Forbudet mot aldersdiskriminering gjelder i motsetning til andre diskrimineringsgrunnlag, *ikke* varer og tjenester (inkludert forsikring), bolig, helsevesen, sykehus, sosialtjeneste, trygd, ytelser ved arbeidsløshet, studiestøtte samt verneplikt og siviltjeneste. Danmark har forbud mot aldersdiskriminering på arbeidsmarkedet i forskjellsbehandlingsloven. Finland har forbud mot aldersdiskriminering innen næringsvirksomhet, arbeidsliv og utdanning i likebehandlingsloven. Lovene implementerer EUs rammedirektiv.

Etter Irlands diskrimineringslovgivning er alder et eget diskrimineringsgrunnlag. Etter lov om likebehandling i arbeidslivet er det forbud mot diskriminering på dette grunnlaget innen arbeidslivet. Etter likebehandlingsloven gjelder et tilsvarende forbud med hensyn til tilgang til varer og tjenester («disposal of goods and provision of services»), tilgang til bolig («disposal of premises and provision of accommodation»), utdanning og organisasjoner/ klubber. I arbeidslivet gjelder imidlertid diskrimineringsforbudet kun for personer mellom 18 og 65 år, og utenfor arbeidslivet kun personer over 18 år.

Nederland har en egen lov om likebehandling uavhengig av alder. Loven er fra 2002 og implementerer EUs rammedirektiv. Loven gjelder arbeidsliv (i vid forstand) og yrkesutdanning.

Den canadiske føderale menneskerettslov omfatter diskriminering på grunn av alder. Diskrimineringsforbudet gjelder utestengning fra eller manglende tilgang til varer, tjenester, bygninger («denial of goods, services, facilities or accommodation»), forretninger osv. som er åpne for allmennheten samt bolig («commercial premises or residential accommodation»), arbeidsforhold og medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner. Ontarios menneskerettslov har også et forbud mot diskriminering på grunn av alder. Vernet gjelder bare de som er 18 år eller eldre, jf. definisjonen i artikkel 10. Forbudet gjelder spesifikt oppregnede områder som arbeidsliv, bolig, varer, tjenester (inkludert utdanning) mv. Quebecs menneskerettslov forbyr også diskriminering på grunn av alder, jf. artikkel 10. Forbudet gjelder spesifikt oppregnede områder som arbeid, offentlig transport, varer, tjenester mv. Det gjelder særlige unntak

¹⁷ EMD *Bouamar mot Belgia*, sak nr. 9106/80, dom 29. februar 1988.

¹⁸ MRK i *Schmitz De Jong mot Nederland* sak nr. 855/99 og *Love mfl. mot Australia* sak nr. 983/01.

¹⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.1 side 27 og punkt 8.2.4.3 side 29.

tak for forsikring, pensjon og sosiale ytelser, jf. artikkel 20.

12.7.2 Begrepet

Vernet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven gjelder både diskriminering på grunn av høy alder og på grunn av lav alder, enten det er i form av nedre eller øvre aldersgrenser. Det som er avgjørende er om alder brukes som et kriterium for forskjellsbehandling, helt uavhengig av hvilken alder det er tale om.

Det er imidlertid særlig vern av eldre arbeidstakere som ligger til grunn for arbeidsmiljølovens forbud mot aldersdiskriminering.²⁰ Diskriminering på grunn av lav alder vil etter omstendighetene også omfattes.²¹

12.7.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av alder

Utvalget har sett nærmere på forekomsten av forskjellsbehandling på grunn av alder utenfor arbeidslivet.

Utvalget vil bemerke at aldersgrenser, alder som kriterium for å skille mellom personer eller dele dem i grupper osv. er vanlig i ulike sammenhenger på mange samfunnsområder. Slik forskjellsbehandling er i mange tilfeller saklig og legitim. Mange aldersgrenser er fastsatt i lov eller forskrift.

Aldersdiskriminering kan skje både på grunn av høy alder og på grunn av lav alder. Diskrimineringen som henholdsvis eldre og yngre utsettes for, har imidlertid ulik karakter. Her er det derfor i fremstillingen skilt mellom høy og lav alder. I denne sammenheng har det ikke vært nødvendig å trekke en grense for hva som er høy eller lav alder. Det bemerkes imidlertid at en slik oppdeling kan være problematisk fordi det vil være uenighet om hvor grensen skal trekkes.²²

12.7.3.1 Høy alder

Forsker Per Solem ved NOVA har på oppdrag fra utvalget gjort en litteraturstudie om livssituasjon og diskriminering av eldre («Eldres situasjon i samfunnet og diskriminering av eldre», NOVA

15. september 2008). Han oppsummerer foreliggende dokumentasjon slik:

«Gjennomsnittlig er ikke eldre vesentlig forskjellige fra yngre aldersgrupper nå det gjelder økonomi og materiell standard. Og i de tilfeller eldre kommer dårligere ut (f.eks. bil og PC) begrunnes det ikke med at økonomien ikke strekker til. Likevel er det større grupper med dårlig økonomi blant eldre. Forskjellene innen aldersgruppen kan på den måten synes minst like store i eldre år. Særlig aleneboende minstepensjonister har lav inntekt. Boligstandarden har blitt bedre de siste tiårene og det er små aldersforskjeller. Likevel har bare en liten del av boligmassen livsløpsstandard hvilket vil være et større problem for eldre enn yngre – ikke bare i egen bolig, men også som begrensning i muligheter for å besøke andre.

Det er få eksempler på aldersgrenser som begrenser Eldres tilgang på varer og tjenester. Tilgangen kan likevel være begrenset på grunn av 'digitale skiller' og strukturell diskriminering. Ikke minst i helsevesenet synes personalets holdninger og måten de møter eldre på å representere en begrensning. Det synes å være et behov for mer refleksjon og åpenhet rundt eldre og aldring – både positive og negative sider. Dette er nok i første rekke noe som må gjøres internt i de enkelte faggrupper og på de enkelte arbeidsplasser, men lovbestemmelser mot diskriminering vil kunne gi impulser til slik refleksjon.

Eldre deltar mindre i de ytre sfærer av det sosiale livet; i arbeid og politikk. Eldre deltar også mindre i kulturelle aktiviteter og i ulike typer foreninger, men ikke mindre i alle typer foreninger. I de nære relasjoner er det mindre endringer, men barnas flytting og ektefellens død er eksempler på store forandringer som skjer også i de nære relasjoner med økende alder. Det er ikke lett å fastslå i hvilken grad endringer i sosial deltakelse med alderen er en følge av manglende muligheter eller diskriminering. I det minste noe av den lavere deltakelsen er ønsket av eldre selv. I noen grad kan imidlertid også ønsker om å trekke seg tilbake være influert av manglende muligheter for å delta. Mangfold i muligheter for å forholde seg på ulike måter, f.eks. til digitale utfordringer, kan styrke interessen for å delta. Det kan f.eks. skje ved bedre tilgang til manuelle tjenester uten tilleggskostnad.

Det er lite forskning om forekomst av aldersdiskriminering og jeg kjenner ingen norsk forskning som gjelder forekomst av slik diskriminering utenfor arbeidslivet. Internasjonale undersøkelser tyder på at mange eldre føler seg diskriminert, kanskje særlig i form av å bli

²⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.3 side 28-29.

²¹ Jf. for eksempel EMDs avgjørelse i Bouamar mot Belgia sak nr. 9106/80, dom 29. februar 1988.

²² Dette problematiseres i Solem 2008.

behandlet nedlatende. Forskning viser også at – særlig indirekte – formidling av negative holdninger kan ha betydelige konsekvenser for Eldres atferd, f.eks. i form av dårligere hukommelse, dårligere hørsel og mer fysiologisk stress.»

Helsevesenet peker seg ut som et område der eldre, ut fra et behov for å prioritere mellom pasientene på grunn av begrensede ressurser, kan være utsatt for forskjellsbehandling. Prioriteringsforskriften regulerer hvilke pasienter som skal prioriteres i helsevesenet. Ulik alvorlighetsgrad, ulik forventet nytte og ulik kostnadseffektivitet er legitime grunner for forskjellsbehandling. Alder er i utgangspunktet ikke et legitimt kriterium i denne vurderingen. Alder er imidlertid blant de faktorer som reduserer effekten av tiltak og visse sosiale behov, og er derfor et kriterium som kan inngå i en skjønsmessig prioriteringsbeslutning på klinisk nivå.²³ Prioriteringsforskriften stadfester også en særskilt ventetidsgaranti for barn og unge under 23 år med psykiske lidelser eller rusmiddelavhengighet. Dette er en form for forskjellsbehandling av pasienter over 23 år med samme diagnose som kan ha like stort behov for behandling. Et konkret eksempel er Oslo kommunes regler om transportreiser (fritidsreiser) for forflytningshemmede. Her har personer over 67 år ikke samme tilbud som yngre personer.

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. Forsikringsselskapenes prissetting er basert på inndeling av kundene i ulike risiko-/prisgrupper. Vurderings- og prisingsmekanismene baserer seg på at det er funnet å være statistisk sammenheng mellom visse kjennetegn og erfart risiko for skade, uførhet, død osv. Alder er et av flere slike mulige kjennetegn, variabelt med type forsikring, på linje med sykdommer, fritidsaktiviteter i form av ekstremidrett, sosio-økonomiske forhold, skadehistorikk, betalingsanmerkninger, forebyggings- og sikringstiltak med sikte på redusert skade m.m.

Når det gjelder lån og kreditt, varierer det mellom ulike kreditttyper hvilke faktorer som tillegges vekt ved vurderingen av lånesøkernes kreditt-

verdighet. Søkerens alder vil være en av flere faktorer i en slik vurdering. De fleste långivere bruker kredittscoremodeller i vurderingen av om forbrukskreditt bør innvilges. Kredittscoremodeller gir poeng for enkeltopplysninger som anses relevant, i forhold til lånesøknaden. De fleste opplysningene som legges inn i modellen vektet for lite til at de hver for seg har avgjørende innflytelse på utfallet av lånesøknaden. Det er kombinasjonen av alle enkeltopplysningene som til sammen avgjør utfallet av lånesøknaden. Hvis samlet poengsum når over et visst nivå, vil lånesøknaden normalt bli innvilget. En annen situasjon er hvis finansinstitusjoner nekter kunder lån eller kredittkort bare fordi de er over en viss alder.

Et annet eksempel er produksjonstilskudd i jordbruket som reduseres med kr 20 000 hvis foretakets innehaver er født 31. desember 1938 eller tidligere.²⁴ Ytterligere et eksempel er stipend og forskningsmidler som avslås på grunn av søkerens alder fordi yngre forskere foretrekkes. Dette var tilfellet i nemndas sak nr. 27/ 2006 der en mann på nærmere 50 år hadde fått avslag fra Norges forskningsråd på søknad om postdoktorstipend. Saken ble imidlertid avvist fordi det ikke var tale om et arbeidsforhold som omfattes av arbeidsmiljøloven kapittel 13 slik at saken falt utenfor ombudets og nemndas kompetanseområde.

I noen tilfeller får eldre også fordeler på grunn av sin alder. Noen firma gir for eksempel rabatter på varer avhengig av kundens alder. Rimeligere billetter for eldre (honnørbilletter), er vanlig for offentlige transportmidler samt kino, teater og andre kulturtilbud. Banker opererer med egne honnørkontoer med gunstige vilkår. Tilsvarende rabatter gjelder også for barn og unge, se nedenfor punkt 12.7.3.2.

12.7.3.2 Lav alder

Når det gjelder diskriminering av barn og unge på grunn av deres *lave alder* har vi ingen undersøkelser som dokumenterer dette. Utvalget mener imidlertid at det utvilsomt forekommer forskjellsbehandling av barn og unge på grunn av deres alder, og at denne forskjellsbehandlingen i noen tilfeller vil være usaklig.

Forskjellsbehandling på grunn av lav alder er aktuelt ved at barn i forskjellig alder gis ulik kompetanse, myndighet og ansvar. Lovverket har en

²³ Jf. prioriteringsforskriften 1. desember 2000 nr. 1208 § 2 om rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, med merknader som viser til at forskriften skal effektivere de prioriteringskriteriene som ble lagt frem i NOU 1997: 18 (se utvalgets vurderinger i punkt 8.11 side 134).

²⁴ Statens landbruksforvaltning: Veiledningshefte SLF-005, side 25.

rekke aldersgrenser, knyttet til stemmerett, myndighetsalder, rett til å kjøpe alkohol osv. Grunnskolen er organisert ut fra elevenes alder, med hensyn til skolestart, klasseinndeling, pensumplaner osv. Den kriminelle lavalderen er eksempelvis 15 år. Samme år kan barn selv melde seg inn og ut av trossamfunn. Både barnekonvensjonen og nasjonal lovgivning legger opp til at barn i økende grad skal få myndighet og ansvar etter hvert som de blir eldre. Dette begrunnes med at barn på forskjellige alderstrinn har ulikt behov for beskyttelse, og at de i ulik grad er modne til å ta ansvar for sine handlinger.²⁵

Selskapene tar også høyere bilforsikringspremie for personer under 25 år enn dem som er over. Forsikringsselskapene mener at det er større statistisk risiko for denne aldersgruppen enn for andre aldersgrupper. Risikoen hos de under 25 år er imidlertid svært individuell etter som hvor lenge de har kjørt bil, hvor mye de har kjørt, samt personlige forhold.²⁶

Det er vanlig at utesteder opererer med aldersgrenser, for eksempel aldersgrenser på 18 eller 21 år som har sammenheng med salg av alkohol. Et annet eksempel på forskjellsbehandling på grunn av alder er butikker og kiosker som ikke slipper inn skoleelever, eventuelt at de bare får komme inn i grupper på noen få samtidig. Begrunnelsen er at faren for tyverier kan øke ved at det blir uoversiktlig dersom det kommer inn store grupper mennesker i butikken samtidig og på grunn av kapasitetshensyn for de ansatte i forhold til andre kunder. Bak dette ligger det trolig en antakelse om at barn og unge nasker i butikker mer enn voksne når de kommer i en større gruppe.

Samtidig er det vanlig med rabattordninger for barn og unge ved kjøp av billetter til offentlig kommunikasjon, kino, teater osv., på samme måte som vi har for eldre.

12.7.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært om vernet mot aldersdiskriminering skal utvides til andre samfunnsområder enn arbeidslivet, som private tjenesteytelser, forsikring, pensjon, trygd, utdanning, offentlige ytelser, næringsvirksomhet mv., og om forskjellsbehandling på grunn av alder er så spesielt at det er behov for særlige unntaksre-

gler. Dette drøftes nærmere i punkt 13.6.3 og punkt 16.6.

12.8 Politisk syn

12.8.1 Lovvern

Forbud mot diskriminering på grunn politisk syn er lovfestet i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Forbudet gjelder i arbeidsforhold.

FNs menneskerettighetskonvensjoner og Europarådets konvensjoner har politisk syn som et eget diskrimineringsgrunnlag. EMK artikkel 14 har «politisk eller annen oppfatning» som et eget grunnlag. ILO-konvensjon nr. 111 omfatter diskriminering på grunn av politisk syn på arbeidslivets område.

Den finske likebehandlingsloven forbyr diskriminering på grunn av meninger. Loven gjelder arbeidsliv, næringsvirksomhet og utdanning. Den danske forskjellsbehandlingsloven har «politisk anskuelse» som diskrimineringsgrunnlag. Forbudet gjelder i arbeidsforhold. Den islandske grunnloven artikkel 65 slår fast prinsippet om likhet for loven uavhengig av blant annet meninger («opinion»). Diskrimineringsvern på grunn av meninger er imidlertid ikke regulert i den islandske diskrimineringslovgivningen. Politisk syn eller meninger er heller ikke et diskrimineringsgrunnlag i den svenske diskrimineringsloven.

Den canadiske føderale menneskerettsloven fra 1985 omfatter diskriminering på grunn av «conviction». Diskrimineringsforbudet gjelder «denial of goods, services, facilities or accommodation», «commercial premises or residential accommodation», arbeidsforhold og medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner. Ontarios menneskerettslov har også et forbud mot diskriminering på grunn av politisk overbevisning («creed»). Forbudet gjelder spesifikt oppregnede områder som arbeidsliv, bolig, varer, tjenester (inkludert utdanning) mv. Quebecs menneskerettslov forbyr også diskriminering på grunn av politisk syn, jf. artikkel 10. Forbudet gjelder blant annet arbeid, offentlig transport, varer og tjenester.

Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn har en nær sammenheng med ytringsfriheten. Diskriminering på grunn av medlemskap i politiske partier, uttalelser om politiske spørsmål mv. vil være et inngrep i ytringsfriheten. Ytringsfriheten er vernet i norsk rett i Grunnloven og i EMK og SP, se ovenfor i punkt 12.5 om religion og livssyn. Grunnloven § 100 verner som utgangs-

²⁵ Heyerdahl 2008 side 40.

²⁶ Jf. Forbrukerrådet i Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) punkt 4.5.2 side 41.

punkt mot alle inngrep i ytringsfriheten, uansett om det er privatpersoner eller det offentlige som griper inn. Ytringsfriheten er imidlertid ikke absolutt; det kan etter nærmere vilkår gjøres inngrep i ytringsfriheten.

Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn har også en nær sammenheng med forsamlings- og foreningsfriheten i forbindelse med medlemskap i politiske partier. Disse rettighetene er vernet i blant annet EMK artikkel 11, ØSK artikkel 8 og ILO-konvensjon nr. 87.

12.8.2 Begrepet

Vernet mot diskriminering på grunn av politisk syn omfatter diskriminering på grunn av medlemskap og tilslutning til politiske partier og deres politikk. Det omfatter også diskriminering på grunn av uttalt eller antatt sympati eller enighet med politiske teorier og synspunkter (for eksempel marxisme). Vernet gjelder også om de politiske oppfatningene oppfattes av arbeidsgiver og andre som støtende eller krenkende, slik som for eksempel nynazistiske sympatier. Dette er imidlertid problematisk fordi det politiske synet på denne måten kan stå i et motsetningsforhold til menneskerettigheter og de verdier disse rettighetene skal verne, som for eksempel når det gjelder oppfatninger om rettigheter til homofile eller til muslimske innvandrere.

Også andre oppfatninger eller meninger enn de som regnes som «politiske» i menneskerettighetskonvensjonenes forstand kan være basis for forskjellsbehandling. Det menneskerettslige diskrimineringsvernet gjelder antakelig meninger som er knyttet til de interesser som beskyttes av ytringsfriheten og forsamlings- og foreningsfriheten.

Den politiske ytringsfriheten har et særlig vern i Grunnloven § 100 tredje ledd («ytringer om Statsstyrelsen og hvilken som helst anden Gjenstand»). Dette vernet gjelder politiske ytringer i vid forstand, det vil si ytringer om alle offentlig interessante tema som det forventes at vi mennesker og samfunnsborgere tar stilling til av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art.²⁷

Noen politiske overbevisninger kan karakteriseres som så gjennomgripende at det kan sies at det er tale om en livsfilosofi, slik som for eksempel kommunisme. På samme måte kan en persons overbevisning i enkeltspørsmål, slik som synet på abort og homofiles rettigheter, kunne klassifise-

res som enten politiske eller religiøse, avhengig av hva som er begrunnelsen. Det er uklart i hvilken grad EUs rammedirektiv omfatter slike overbevisninger.²⁸ Avgrensningen mot religion og livssyn er ikke drøftet i forarbeidene til gjeldende regler. Etter gjeldende lovgivning har dette skillet imidlertid betydning siden vern mot diskriminering på grunn av politisk syn bare gjelder i arbeidslivet, mens vernet når det gjelder religion og livssyn omfatter også andre samfunnsområder.

12.8.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av politisk syn

Det som er av interesse for utvalget har vært forekomsten av usaklig forskjellsbehandling på grunn av politisk syn *utenfor* arbeidslivet. Utenfor arbeidslivet kan usaklig forskjellsbehandling av enkeltpersoner tenkes for eksempel i form av trakassering i utdanningsinstitusjoner, ved utleie av bolig eller adgang til utesteder. Utvalget er imidlertid ikke kjent med undersøkelser om dette. Ytringsfrihetskommisjonen undersøkte i NOU 1999: 27 ytringsfrihetens kår i Norge, herunder inngrepene i ytringsfriheten. Kommisjonen konkluderte med at det var behov for et sterkere vern av ytringsfriheten, noe som resulterte blant annet i en revisjon av Grunnloven § 100. Innstillingen bygget imidlertid ikke på empiriske undersøkelser.

12.8.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært om diskrimineringsvernet knyttet til politisk syn bør utvides til andre samfunnsområder enn arbeidslivet, eller om vernet fortsatt skal gjelde bare i arbeidsforhold. Dette drøftes nærmere i punkt 13.4.1.

12.9 Seksuell orientering

12.9.1 Lovvern

Forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunn seksuell orientering er regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Forbudet gjelder arbeidsforhold. Boliglovene har forbud mot diskriminering på grunn av homofil orientering. Diskrimineringsforbudene gjelder ikke forholdet mellom kjøper og selger ved boligsalg. Forbu-

²⁷ NOU 1999: 27 punkt 10.3.4 side 245.

²⁸ Innholdet av disse begrepene i EUs rammedirektiv drøftes i EU-kommisjonens rapport «Religion and belief discrimination in employment – the EU-law», november 2006, side 30.

dene gjelder heller ikke ved utleie der leier har adgang til en annens bolig.

Forbudene mot diskriminering i SP, ØSK, EMK og Den europeiske sosialpakt gjelder ikke uttrykkelig seksuell orientering. Et slikt forbud innfortolkes imidlertid i praksis, jf. «annen status» i EMK artikkel 14. Under SP er seksuell orientering innfortolket under grunnlaget «kjønn». En sak fra FN's menneskerettighetskomité gjaldt et homofilt samboerpar som hadde bodd sammen i 38 år, da den ene parten døde. Heterofile samboere hadde krav på etterlattepensjon ved tap av forsørger. Den gjenlevende partneren ble nektet dette, fordi det var tale om et homofilt samboerforhold. Australia ble dømt for brudd på SP artikkel 26.²⁹ EMD og FN's menneskerettskomité har behandlet flere saker om diskriminering av homofile. EMD har i en dom uttalt at seksuell orientering ikke er grunnlag for å nekte adopsjon. Dommen innebærer at stater som godtar adopsjon for ugifte ikke kan avslå adopsjonssøknader fra ugifte personer fordi de er homofile.³⁰ En annen dom gjaldt en leietakers homofile samboer som var blitt kastet ut etter at leietakeren døde. Østerrike ble dømt av EMD for å ha et leievern for etterlatte som kun omfattet heterofile samboere.³¹

EUs rammedirektiv omfatter diskriminering på grunn av seksuell orientering på arbeidslivets område. Kommisjonen fremmet i 2008 et forslag til et nytt direktiv som blant annet gjelder forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering også utenfor arbeidslivet (sosial beskyttelse, inkludert trygdeordninger og helsetjenester, sosiale goder, utdanning og tilgang til varer og tjenester tilgjengelige for allmennheten, herunder bolig).³²

Sverige har forbud mot diskriminering på grunn av seksuell legning i diskrimineringsloven. Forbudet gjelder arbeidslivet, utdanning, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet, vilkår, tillatelser, støtte mv. til å drive næringsvirksomhet, yrkestilhørighet, medlemskap i visse organisasjoner, varer og tjenester (inkludert forsikringsytelser), bolig, helsevesen, sykehus, sosialtjeneste, trygd, ytelser ved arbeidsløshet, studiestøtte samt verneplikt og siviltjeneste.

²⁹ MRK Young mot Australia, sak nr. 941/2000, 6. august 2003. Se også Toonen mot Australia, sak nr. 488/92, 31. mars 1994.

³⁰ EMD E.B. mot Frankrike, sak nr. 43546/02, dom 22. januar 2008.

³¹ EMD Karner mot Østerrike, sak nr. 40016/98, dom 24. juli 2003. Se også Hellerslia 2006 side 119.

³² KOM (2008) 426 endelig.

Den finske likebehandlingsloven har forbud mot diskriminering på grunn av seksuell legning innen næringsvirksomhet, arbeidsliv og utdanning.

Den danske forskjellsbehandlingsloven har forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering på arbeidsmarkedet. Loven implementerer EUs rammedirektiv.

12.9.2 Begrepet

Begrepet seksuell orientering omfatter homofile, lesbiske, bifile og heteroseksuelle. Seksuell orientering inkluderer både seksuell legning og seksuell praksis (for eksempel forskjellsbehandling mellom homofile og heterofile samboere). Utvalget legger til grunn at begrepet homofili omfatter både homofile menn og lesbiske kvinner.

Transpersoner er ifølge forarbeidene ikke vernet av forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.³³ Se punkt 12.10 nedenfor.

12.9.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering

Diskrimineringsgrunnlaget seksuell orientering har først og fremst betydning for gruppen homofile i motsetning til heterofile. Diskriminering og trakassering av homofile forekommer på mange samfunnsområder. Dette er dokumentert i flere undersøkelser om homofiles situasjon i det norske samfunnet. Se for eksempel St.meld. nr. 25 (2000-2001) om levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Norge. Meldingen tar for seg homofiles situasjon innenfor oppvekst, skole, utdanning, familie, samliv, helse, sosiale forhold og trosamfunn, i tillegg til arbeidslivet.

Det er vanlig at homofile holder sin seksuelle orientering skjult, og at åpenhet medfører økt risiko for usynliggjøring, trakassering og diskriminering. Noen homofile er redde for omverdens reaksjon hvis de står åpent frem.

I en undersøkelse blant arbeidstakere gjennomført i 2005 var det flere homofile enn heterofile som oppga å bli trakassert. Den vanligste formen for diskriminering og trakassering av homofile på norske arbeidsplasser er å bli holdt utenfor fellesskapet eller å oppleve nedsettende og latterliggjørende omtale av homofile og bifile i sin alminnelighet. Blant homofile som har blitt støtt ut eller har valgt å distansere seg fra arbeidskollegene, var det en overrepresentasjon av negative

³³ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.4 side 30-31.

levekår, dårlig psykisk helse, selvmordsatferd og dårlig egenrapportert helse.³⁴ Undersøkelsene fra arbeidslivet sier noe om holdningene som homofile møtes med i samfunnet, og har derfor relevans også for spørsmålet om diskrimineringsvern på andre samfunnsområder.

Utvalget har på bakgrunn av mandatet sett nærmere på situasjonen for homofile, lesbiske og bifile på andre samfunnsområder enn arbeidslivet og boligutleie.

Arne Backer Grønningsæter og Bjørn Richard Nuland ved Fafo har på oppdrag for utvalget gjort en litteraturstudie om diskriminering av lesbiske, homofile og bifile på andre samfunnsområder enn arbeid og bolig («Diskriminering av lesbiske, homofile og bifile og av hivpositive»)³⁵

Foreliggende undersøkelser viser ifølge Grønningsæter og Nuland at den mest direkte diskrimineringen foregår på de arenaene som allerede har et diskrimineringsvern i lovgivningen – arbeidsliv og boligsektoren. På andre områder som helsetjenester, sosial- og velferdstjenester, forsikring, idrett, skole, kirke og religion, uteliv mv. ser det ut til at det forekommer mest indirekte diskriminering, ofte i form av litt diffust definerte situasjoner og eventuelt trakassering. Det er imidlertid et klart unntak fra dette, det gjelder vold og trusler om vold som skjer på gaten og i det offentlige rom.

En undersøkelse fra 2007 blant tenåringer i Oslo viser at unge homofile tenåringer er en særlig sårbar gruppe når det gjelder å være utsatt for daglig mobbing, systematiske trusler og vold. 5 prosent av de lesbiske/ bifile tenåringsjentene og 20 prosent av de homofile/ bifile tenåringsguttene i undersøkelsen oppgir at de har blitt utsatt for daglig mobbing det siste året. 20 prosent av de lesbiske og 40 prosent av de homofile har vært utsatt for vold som krevde legebehandling.³⁶

Grønningsæter og Nuland konkluderer med at materialet tyder på at det finnes muligheter for diskriminering i alle typer offentlig og privat tjenesteyting, samt fritidsarenaene og kirke/ religion. En viktig del av denne diskrimineringen handler om usynliggjøring og mangel på kunnskap om de homofiles behov. Et særlig problem som tas opp er at aldershjem og andre velferdstjenester som driftes av private organisasjoner ofte har et religiøst verdigrunnlag som er imot homofilt samliv.

Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner får mange henvendelser fra lesbiske, homofile og bifile som opplever seg diskriminert i møtet med helsevesenet.³⁷ Hiv-positive menn som har sex med menn er særlig utsatt. Det samme gjelder homofile som har kontakt med helsevesenet på grunn av rusproblemer eller psykiske lidelser. Et annet problem er lesbiske som møtes på en negativ måte i svangerskaps- og fødselsomsorgen.

Det kan også vises til at flertallet av henvendelsene til ombudet som gjelder seksuell orientering gjelder forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering utenfor boligsektoren og arbeidslivet, det vil si at henvendelsene dreier seg om forskjellsbehandling som ikke omfattes av lovens diskrimineringsvern. I 2006 dreide henvendelsene seg om foreldrepermisjon for homofilt samboende (flere saker) og bosettingstillatelse for inngåelse av partnerskap med utenlandsk statsborger. De temaene som ble tatt opp i 2007 er blant annet trakassering fra privatpersoner, avvisning fra utested, regler for inngåelse av partnerskap med en person av utenlandsk opprinnelse, registrering av foreldreansvar for homofile partnere og definisjon av samboer i forsikringsavtale.

Et konkret eksempel på forskjellsbehandling eller trakassering på grunn av seksuell orientering er homofile som blir trakassert, nektet adgang eller bortvist fra kafeer, barer og restauranter hvis de er åpne med sin homofile legning, for eksempel hvis de holder kjæresten i hånden eller gir han eller henne et kyss. Ved kjøp av bolig kan det skje at homofile par ikke får kjøpe til tross for at de har lagt inn høyeste bud, bare fordi de er homofile.

Med den nye ekteskapsloven fra 2008 som trådte i kraft 1. januar 2009 har homofile par fått samme mulighet til å gifte seg som heterofile par, jf. § 1. Loven likestiller langt på vei homofile og heterofile ekteskap. Loven åpner imidlertid for forskjellsbehandling av homofile på enkelte områder: Reservasjonsretten til kirkelige vigslere og forstandere i trossamfunn er utvidet til å gjelde brudefolk av samme kjønn, jf. ekteskapsloven § 13 andre ledd.³⁸ Selv om lesbiske par har fått rett til assistert befruktning, skal det være anledning for sykehuspersonell til å reservere seg mot å bistå ved assistert befruktning, jf. Stortingets vedtak

³⁴ Moseng 2005.

³⁵ Grønningsæter og Nuland 2008.

³⁶ Moseng 2007.

³⁷ Brev til utvalget fra Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner, 2. oktober 2008.

³⁸ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) punkt 6.4.4 side 38-39.

19. juni 2008 i forbindelse med vedtakelse av loven:

«Stortinget ber Regjeringen sørge for at det legges til rette for at helsepersonell som av samvittighetsgrunner ønsker det i enkelttilfeller, skal kunne fritas fra å utføre eller assistere ved assistert befruktning.»

I Helse- og omsorgsdepartementets oppdragsbrev til de regionale helseforetakene står det at helsepersonell i enkelttilfeller skal kunne fritas for å utføre eller assistere ved assistert befruktning av samvittighetsgrunner. Dersom helsepersonell i enkelttilfeller fritas, skal helseforetaket sørge for at andre gir pasienten den helsehjelpen hun skal ha. Det at helsepersonell i enkelttilfeller kan begrunne sin reservasjon i at kvinnen lever i et homofilt samliv, vil være forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering. Dette vil være for eksempel hvis en lege bistår ved assistert befruktning overfor ulikekjønnede ektepar, men ikke likekjønnede.

Biologisk mors samboer/ektefelle får etter barneloven automatisk status som medmor dersom hun har gitt samtykke til befruktning, befruktningen har skjedd på godkjent helseinstitusjon i Norge eller utlandet og sædgivers identitet er kjent.³⁹ I ulikekjønnede ekteskap gjelder til sammenlikning en ubetinget farspresumsjon. Dette innebærer at ektefeller i lesbiske ekteskap forskjellsbehandles i forhold til mannlige ektefeller i heterofile par. Farskapsutvalget foreslår i NOU 2009: 5 å oppheve kravet om kjent donor ved assistert befruktning i utlandet som vilkår for å fastsette medmorskap.

Trossamfunnene er en arena der homofile er særlig utsatt for forskjellsbehandling. Dette har ofte sammenheng med religiøst funderte standpunkter og oppfatninger om homofili. Det er mange trossamfunn som ikke ønsker eller som ekskluderer medlemmer som er homofile. I praksis skjer dette i forbindelse med at en person lever åpent i et homofilt forhold.⁴⁰ Slik utestengning eller ekskludering innebærer forskjellsbehandling av homofile. Handlinger som kan begrunnes i religionsfriheten står i en særstilling i forhold til andre handlinger. Særlig gjelder dette for handlinger som står i direkte sammenheng med sentrale elementer i troen. Trossamfunnet har således ut fra religionsfriheten en rett til å stille etiske krav

til sine medlemmer med grunnlag i sin religiøse lære. Dette spenningsforholdet mellom retten til ikke-diskriminering og trossamfunnenes religionsfrihet drøftes i utvalgets delinnstilling NOU 2008:1. Utvalget uttalte der at det er problematisk i lys av religionsfriheten å sette religiøse trossamfunns autonomi helt til side for å sikre homofile et vern mot diskriminering.⁴¹

12.9.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært om diskrimineringsvernet knyttet til seksuell orientering fortsatt bare skal gjelde i arbeidsforhold og boligutleie, eller om vernet bør utvides til andre samfunnsområder. Dette drøftes nærmere i punkt 13.6.2.

12.10 Kjønnssidentitet og -uttrykk (transpersoner)

12.10.1 Lovvern

Kjønnssidentitet og kjønnsuttrykk er ikke et diskrimineringsgrunnlag som er formulert i norsk diskrimineringslovgivning. Det er heller ikke formulert i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Grunnlaget relaterer seg til gruppen transpersoner, det vil si personer som på en eller flere måter bryter med den rådende to-kjønnsmodellen i samfunnet. En gruppe blant disse er transseksuelle, det vil si personer, har gjennomgått eller skal gjennomgå kjønnsskifte (kjønnsbekreftende korreksjonskirurgi), se nedenfor 12.10.2.

Forskjellsbehandling på grunn av transseksualisme omfattes av likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering. Dette følger av ombudets, EMDs og EF-domstolens praksis.⁴² EMD har i flere saker slått fast at transseksuelle er vernet av EMK. Transseksuelle er av domstolen blitt ansett som en egen, autonom og vernet gruppe. En persons kjønnssidentitet er en del av den personlige sfære som er beskyttet av artikkel 8. I saken Küick mot Tyskland uttalte domstolen at «gender identity is one of the most intimate areas of a person's life». Domstolen uttalte videre at siden

«the very essence of the Convention being respect for human dignity and human freedom, protection is given the right of transsexuals to

³⁹ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) punkt 9.6.4 side 74-76 og Innst. O. nr. 63 (2007-2008).

⁴⁰ Jf. beskrivelsen av lære og praksis med hensyn til homofili i trossamfunn i Norge i NOU 2008: 1 kapittel 6 side 52 flg.

⁴¹ Se blant annet NOU 2008: 1 punkt 2.3 side 23 flg., kapittel 4 side 32 flg. og punkt 7.1 side 64 flg. samt Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) kapittel 5 side 33-35.

⁴² Jf. ombudets sak nr. 06/1107, nemndas sak nr. 19/2008 og EF-domstolen C-13/94 som refereres nedenfor i punkt 16.10.3.

personal development and to physical and moral security».⁴³

EMDs avgjørelser om kjønnsidentitet har dreid seg om personer som har skiftet kjønn (transseksuelle). Domstolen har slått fast at de har krav på å få rettslig status ut fra det kjønn de har skiftet til, og ikke det biologiske kjønn de er født med. Domstolen har vurdert sakene etter artikkel 8 om retten til privatliv. Da domstolen har kommet til at det er brudd på artikkel 8, har den ikke vurdert sakene opp mot artikkel 14 om diskriminering. Det må imidlertid legges til grunn at domstolen i tilfelle vil komme til at dette er et vernet diskrimineringsgrunnlag.

Kjønnsoverskridende identitet eller uttrykk har fra 2008 vært et eget diskrimineringsgrunnlag i den svenske diskrimineringsloven, jf. kapittel 1 § 5 nr. 2. Videre presiseres det i samme bestemmelse at de som har planer om å skifte kjønn eller som har skiftet kjønn, skal omfattes av diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Forbudet gjelder arbeidslivet, utdanning, arbeidsmarkedspolitisk virksomhet, vilkår, tillatelser, støtte mv. til å drive næringsvirksomhet, yrkestilhørighet, medlemskap i visse organisasjoner, varer og tjenester (inkludert forsikringsytelser), bolig, helsevesen, sykehus, sosialtjeneste, trygd, ytelse ved arbeidsløshet, studie- støtte samt verneplikt og siviltjeneste.

Den britiske Sex Discrimination Act i 1999 ble som følge av EF-domstolens avgjørelse i C-13/94 utvidet til også å omfatte diskriminering på grunn av «gender reassignment». Loven beskytter individer som blir diskriminert fordi de akter å gjennomgå kjønnskifte, fordi de er i en kjønnskifteprosess eller fordi de har gjennomgått kjønnskifte.

12.10.2 Begrepet

Med kjønnsidentitet menes en persons mentale kjønn eller selvopplevde kjønnsbilde, det vil si det som ikke uten videre er synlig for andre. Med kjønnsuttrykk menes hvordan noen uttrykker sitt sosiale kjønn, for eksempel med klær, kroppspråk, sminke eller frisyre.

Transpersoner/ transkjønnede er samlebetegnelser på ulike tilstander der kroppslig og sosialt tilskrevet kjønn ikke stemmer overens med selvopplevd kropp eller selvopplevd kjønnsidentitet. I denne samlebetegnelsen inngår blant annet transvestitter, transseksuelle, intersexpersoner og

crossdressere. Noen benytter seg av hormoner for å forandre på kroppsuttrykk, men søker generelt ikke kjønnsbekreftende kirurgi – med unntak for transseksuelle.

Transvestisme/ transvestittisme (latinsk: motsatt kledd) er en betegnelse for biologiske kvinner eller biologiske menn som periodevis eller hele livet opptrer som om de er det motsatte kjønn. Kroppslig kjønn og selvopplevd kjønnsidentitet stemmer overens. Det finnes både heterofile og homofile transvestitter.

Transseksuell er per i dag en psykiatrisk diagnose og beskriver personer som søker kjønnsbekreftende behandling (kjønnskifte) i tråd med internasjonale diagnosemanualer, inkludert genitalkirurgi i de land der dette er tilgjengelig. Enkelte beskriver seg som mann til kvinne-transseksuell, eller omvendt; kvinne til mann-transseksuell. Termen transseksuell mann eller kvinne blir også brukt. Etter kjønnsbekreftende behandling vil mange også bli oppfattet og oppfatte seg som menn eller kvinner. Ved avsluttet behandling har disse rett til å skifte navn, få nytt personnummer, få nytt pass og ellers få rettslig status ut fra sitt nåværende kjønn. Kjønnsbekreftende kirurgi trenger ikke bety skifte av seksuell orientering.

Vi vet ikke hvorfor noen blir transseksuelle. De fleste som arbeider med denne gruppen mener imidlertid at biologiske faktorer må ha en betydning for diagnosen. Behandlingen av mennesker som får diagnosen transseksualisme i Norge består av psykologisk behandling, hormonell behandling og kjønnsbekreftende korreksjonskirurgi. Behandlingen gis på medisinsk grunnlag etter at psykolog eller psykiater har bekreftet diagnosen.⁴⁴

Transseksualisme har også blitt definert i internasjonal rettspraksis. EF-domstolen la i C-13/94 til grunn den forståelsen som er fastlagt av EMD i dommen Rees mot Storbritannia:

«The term «transsexual» is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well-defined and identifiable group.»⁴⁵

⁴³ EMD sak nr. 35968/97, dom 12. juni 2003.

⁴⁴ Landsforeningen for transkjønnete: Håndbok for mennesker som går igjennom en kjønnsbekreftende behandling, 2008.

⁴⁵ EMD sak nr. 9532/81, dom av 17. oktober 1986.

I en avgjørelse fra 2002, Christine Goodwin mot Storbritannia, uttaler EMD følgende:

«It remains the case that there are no conclusive findings as the cause of transsexualism and, in particular, whether it is wholly psychological or associated with physical differentiation in the brain. The expert evidence in the domestic case of *Bellinger v. Bellinger* was found to indicate a growing acceptance of findings of sexual differences in the brain that are determined pre-nature, although scientific proof for the theory was far from complete. The Court considers it more significant however that transsexualism has wide international recognition as a medical condition for which treatment is provided in order to afford relief (for example, the Diagnostic and Statistical Manual, 4th edition (DSM-IV) replaced the diagnosis of transsexualism with 'gender identity disorder'; see also The International Classification of Diseases, 10th edition (ICD-10).»⁴⁶

EMD har lagt til grunn denne medisinske forklaringen også i senere avgjørelser.

Den svenske diskrimineringslovens liste over diskrimineringsgrunnlag omfatter som nevnt alle transpersoner. Denne gruppen defineres for det første som de som «avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet», det vil si transseksuelle. I tillegg omfattes andre transpersoner, ved at kjønnsoverskridende identitet eller uttrykk nevnes som et selvstendig grunnlag. Dette defineres i loven som

«att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön».

Dette grunnlaget omfatter en persons mentale kjønn eller selvopplevde kjønnsbilde, det vil si det som ikke uten videre er synlig for andre. Videre omfatter det hvordan noen uttrykker sitt sosiale kjønn. Med kjønnsoverskridende siktes det til forhold som ligger bortenfor eller utenfor det som er vanlig, og som i rettslig forstand, menes med kjønn. Innhold og avgrensning av diskrimineringsgrunnlaget drøftes nærmere i forarbeidene:

«Regeringen kan konstatera att det möter avsevärda svårigheter att formulera en heltäckande och rättvisande definition som ger en begriplig och hanterlig bild av vilka personer som ska kunna åberopa diskrimineringsförbudet. Allmänt sett kan sägas att den nya diskrimineringsgrunden bör innefatta en persons mentala

kön eller självupplevda könsbild, dvs. det som inte utan vidare är iakttagbart för andra. Vidare bör det omfatta hur någon uttrycker sitt sociala kön, exempelvis med kläder, kroppsspråk, smink eller frisyra. Sådana omständigheter är inte uttryck enbart för någons «könsidentitet» i bemärkelsen hur han eller hon själv opplever sin könstillhörighet. Till exempel utmärks en transvestit knappast av att han eller hon har en särskild «könsidentitet», utan snarare av sitt oppträdande eller utseende. Det finns därför skäl att låta benämningen av den nya diskrimineringsgrunden också innefatta ordet «uttryck». Over hoved taget tycks sammenhengen kenne-tecknes av vad man kan kalle ett «könsöverskridande» moment, i den meningen att här avses även förhållanden som ligger bortom eller utanfor vad som vanligen, och i rettslig mening, menas med kön. ...

Den nye diskrimineringsgrunden foreslås omfatta situationer som att någon inte identifierer sig som kvinne eller man og att någon genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttrykk for att tilhøra ett annat kön än det som han eller hon ser som sitt eget. Diskrimineringsgrunnens räckvidd har med nödvändighet inte några helt skarpa avgränsningar. Avsikten är att den som identifierar sig eller uttrycker sig som exempelvis transvestit eller interseuell ska kunna åberopa diskrimineringsförbuden. Denna angivelse av kategorier ska dock inte ses som en uttømmande lista på vem som faller under diskrimineringsgrunden, utan som exempel.

... I den delen bör, på samma sätt som gäller i fråga om sexuell läggning, gälla att frågan om en person faller under den nya diskrimineringsgrunden bör bedömas i första hand utifrån hur personen i fråga själv identifierar sig ... Det är dock inte självklart att t.ex. en persons opplevelse av att inte «passa in» som kvinna eller man är iakttagbar utåt for andra. Om en sådan opplevelse inte manifesteras utåt på något sätt kan den enskilde inte åberopa diskrimineringsförbudet for könsöverskridande identitet eller uttryck. For att någon ska dömas for att ha diskriminerat krävs alltså att identiteten eller uttrycket på något sätt ska ha manifesterat sig utåt på ett for andra iakttagbart sätt eller i vart fall på något sätt kommit till hans eller hennes kännedom. Det som ligger närmast till hands är kanske att den enskilde själv beskriver sin situation for andra eller att rykten om en person på annat sätt kommer i omlopp t.ex. på en arbetsplats. Trakasserier eller annan diskriminering som följer därav kan beivras med stöd i diskrimineringsförbuden. Å andra sidan är det inte en förutsättning for att en person

⁴⁶ EMD sak nr. 28957/95, dom av 17. juli 2002.

ska anses ha diskriminert enlig den nya diskrimineringsgrunden att han eller hon resonerar i termer av «transpersoner» eller över huvud taget känner till begrepp som transvestit etc.»⁴⁷

12.10.3 Forekomst av forskjellsbehandling av transpersoner

Rapporten «Hälsa på like villkor» fra det svenske folkehelseinstituttet i 2006, viser at forekomst av helseplager er større hos transpersoner enn i befolkningen for øvrig. Frekvensen av psykiske plager og selvmordsforsøk er til dels svært mye høyere. Årsakene oppgis stort sett å være de samme som for lesbiske og homofile; opplevelse av diskriminering, minoritetsstress, utsatthet for vold og overgrep, avvisning og mangel på sosial tilhørighet.⁴⁸

Det vanlige er at transseksuelle fra tidlig barndom eller puberteten opplever at de har en kjønnsidentitet som ikke stemmer med kroppen. Det medfører at de ikke klarer å tilpasse seg sitt kroppslige kjønn og de forventninger det fører med seg fra samfunnet. Det å oppleve at man ikke passer inn, kan medføre ensomhetsfølelse og smerte. Den transseksuelle kan utvikle angst, depresjon og selvmordstanker. Hvis mennesker i denne gruppen ikke tas i mot slik de selv føler seg, men blir avvist, kan det få store konsekvenser for den psykiske helsen.

Et viktig poeng for personer som har gått gjennom en kjønnsbekreftende behandling, er å bli vurdert og ha rettigheter ut fra det kjønn de har skiftet til eller oppfatter seg som, og ikke ut fra sitt opprinnelige biologiske kjønn.

Noen saker fra praksis kan illustrere hva slags spørsmål et diskrimineringsvern for transseksuelle aktualiserer: EF-domstolens sak C-13/94 gjaldt en arbeidstaker som ble sagt opp på grunn av et forestående kjønnskifte fra mann til kvinne. Arbeidstakeren, som hadde begynt å kle seg og oppføre seg som kvinne, ble sagt opp før den endelige operasjonen hadde funnet sted. EF-domstolen viste til at likebehandlingsdirektivet er et uttrykk for et likhetsprinsipp. Det følger av direktivet at personer ikke skal utsettes for forskjellsbehandling *på grunn av kjønn*. Direktivet kan ifølge domstolen ikke innskrenkes til kun å gjelde forskjellsbehandling som følger av at en person tilhø-

rer det ene eller det annet kjønn. Domstolen uttalte at forskjellsbehandling som springer ut av kjønnskifte særlig, om ikke utelukkende, finner sted på grunn av personens kjønn. Hvis slik forskjellsbehandling skulle være tillatt, ville retten til personlig verdighet og frihet bli krenket.

Ombudets sak nr.06/1107 gjaldt en som ønsket to separate pass som identifiserte personen som henholdsvis mann og kvinne. Som en følge av politiets praksis med hensyn til utstedelse av pass, var det ikke mulig å få utstedt to separate pass som beskriver personens ulike kjønnsidentiteter. Klageren var i en overgangsfase mellom mann og kvinne. Ved endt behandling ville klageren fremstå som kvinne. Hun ville da ha rett til nytt personnummer og kjønnsangivelse som kvinne i passet sitt. Overgangsfasen var estimert til å ha et tidsperspektiv på to år. Det var i denne perioden klageren hadde behov for to pass. Klageren opplyste til ombudet at han/hun i denne perioden måtte leve i begge kjønnsrollene. Dette var begrunnet i arbeidsforholdet, hvor klageren fremsto som mann. Uoverensstemmelser mellom klagerens kvinnelige utseende og passet med bilde og kjønnsangivelse som mann skapte problemer og ubehageligheter i forbindelse med reiser over landegrensene. Klageren hevdet at livskvaliteten ble drastisk redusert ved å bli tvunget til å velge sin mannlige identitet ved reiser.

Politiets praksis med hensyn til utstedelse av pass var begrunnet i at unntak fra hovedregelen om at hver person bare kan ha ett pass, bare gjelder hvis passene gir uttrykk for samme identitet. Fødselsnummer med kjønnsangivelse er et element av identitetsangivelsen i passet. Det ble også vist til at det var vanlig for mennesker i denne gruppen at de får med seg et brev fra Rikshospitalet, som brukes sammen med passet, om at de er under behandling.

Ombudet la til grunn at transseksuelle er vernet av likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering.⁴⁹ Det var tale om forskjellsbehandling i lovens forstand. Forskjellsbehandlingen var imidlertid ikke i strid med loven fordi den hadde tilstrekkelig saklige og tungtveiende grunner. Ombudet presiserte at spørsmålet om forholdet til loven bare var vurdert med hensyn personer som har gjennomført kjønnsbekreftende operasjon, eller som skal eller er under behandling for å foreta en slik operasjon.⁵⁰

⁴⁷ Proposition 2007/08: 95 side 116-117.

⁴⁸ Denne og enkelte andre undersøkelser om transpersoner er referert i SOU 2006: side 272 flg.

⁴⁹ Ombudet bruker termen «transkjønnede». Det er imidlertid klart at ombudet med dette mener den gruppen utvalgt definerer som transseksuelle.

Nemndas sak nr. 19/2008 gjaldt diskriminering på grunn av transseksualitet. En kvinne søkte forjeves stilling som prosesstekniker innen en petroleumsvirksomhet. For en del år tilbake hadde kvinnen gjennomført en kjønnskifteoperasjon. Nemnda uttalte at kjønnskifte er et relevant diskrimineringsgrunnlag etter likestillingsloven. Nemnda fant imidlertid ikke noen sammenheng mellom kjønnskiftet og en eventuell negativ vurdering av kvinnens jobbsøknad.

12.10.4 Spørsmålet om vern i en samlet lov

Utvalget legger til grunn at transseksuelle har et vern gjennom forbudet mot kjønnsdiskriminering. Spørsmålet for utvalget har vært om ikke bare transseksuelle, men også andre transpersoner bør ha et diskrimineringsvern. Et annet spørsmål har vært om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bør være et eget grunnlag i lovens liste over diskrimineringsgrunnlag. Det vises til punkt 13.5.1 der dette drøftes nærmere.

12.11 Helse

12.11.1 Lovvern

Helse er ikke nevnt som eget diskrimineringsgrunnlag i norsk diskrimineringslovgivning. En persons helsetilstand vil imidlertid ofte påvirke funksjonsevnen og er derfor omfattet av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, se punkt 12.6.2. Dette vernet gjelder også (antakelser om) fremtidig funksjonsnedsettelse på grunn av nåværende helsetilstand.

Helse er heller ikke nevnt som eget diskrimineringsgrunnlag i SP, ØSK, EMK og Den europeiske sosialpakten. Det er mulig at diskrimineringsgrunnlaget helsetilstand omfattes av kategorien «annen status» i EMK artikkel 14 og andre menneskerettighetskonvensjoner. Under SP er dette blitt omtalt i hvert fall i behandlingen av statsrapporter i tilknytning til hiv/ aids.⁵¹ Den reviderte europeiske sosialpakt del V artikkel E slår fast at konvensjonens rettigheter skal sikres uten diskriminering på grunn av helse. Funksjonsnedsettelse e.l. er ikke nevnt som et grunnlag i konvensjonen.

EF-domstolen har uttalt at sykdom ikke kan betraktes som et nytt grunnlag for diskriminering i tillegg til de som alt er nevnt i direktivene.⁵²

Den finske likebehandlingsloven har forbud mot diskriminering på grunn av helse (i tillegg til «funktionshinder») innen næringsvirksomhet, arbeidsliv og utdanning.

12.11.2 Begrepet

Med helse menes både fysiske og psykiske forhold knyttet til en person. Med forskjellsbehandling på grunn av helse mener utvalget først og fremst forskjellsbehandling på grunn av sykdom. Det kan være tale om kortvarige sykdommer som for eksempel influensa. Mer aktuelt i et diskrimineringsperspektiv er langvarige og/eller alvorlige sykdomstilfeller som for eksempel kreft eller slag. Videre må kroniske sykdommer som hiv, diabetes eller allergier medregnes. Begrepet helse rekker imidlertid videre enn patologiske tilstander. Det er også naturlig å regne med dårlig allmenntilstand som følge av for eksempel overvekt eller røyking. Videre bør overvekt i seg selv regnes som en del av en persons helse. Risikofaktorer som røyking og genetiske disposisjoner kan også regnes med.

På samme måte som med funksjonsnedsettelse er det naturlig å regne med ikke bare nåværende helse, men også tidligere, fremtidig og antatt nedsatt helsetilstand. Videre er det naturlig at årsaken til svekket helse ikke skal være relevant, på samme måte som for funksjonsnedsettelse.

Helse vil langt på vei være overlappende med diskrimineringsgrunnlaget funksjonsnedsettelse. Som nevnt i punkt 12.6.2 er funksjonsnedsettelse/nedsatt funksjonsevne et vidt begrep. Mange tilfeller av forskjellsbehandling på grunn av helse vil på en eller annen måte ha sammenheng med (antakelser om) funksjonsevnen og vil derfor omfattes av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. En rekke av de tilfeller som ifølge forarbeidene skal omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, følger imidlertid ikke av en naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd. For eksempel omfattes forskjellsbehandling av hiv-positive som er begrunnet i fordommer og ubegrunnet redsel om smittefare.⁵³ Generelt kan grunnlaget funksjonsnedsettelse ikke avgren-

⁵⁰ Se også tilsvarende generelle uttalelser i ombudets sak nr. 05/072.

⁵¹ UN Doc CCPR/C/79/Add. 28 para 10 (Japan).

⁵² C-13/05.

⁵³ En ubegrunnet smittefrykt vil heller ikke være saklig grunn for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven, jf. Rt. 1988 side 959 som gjaldt en hiv-positiv barkeeper.

ses klart. Vernet etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal ifølge forarbeidene være betinget av en konkret fortolkning der funksjonsnivå vurderes opp mot den enkelte situasjon. Utvalget har identifisert noen helsetilstander som er i ytterkanten eller som eventuelt faller utenfor grunnlaget funksjonsnedsettelse:

Helsetilstander som fører til *forbigående og helt bagatellmessige funksjonsnedsettelser*, som for eksempel influensa, vil ikke være omfattet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. I slike tilfeller må det antas at en heller ikke er så utsatt for usaklig forskjellsbehandling.

Eksempler på andre helsetilstander som er i ytterkanten eller eventuelt faller utenfor vernet etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er *utseendemessige forhold, overvekt, rusavhengighet og det å være hiv-positiv*. Vern mot diskriminering av hiv-positive kan etter omstendighetene innfortolkes i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Overvekt og utseendemessige forhold vil kun unntaksvis regnes som funksjonsnedsettelse, se punkt 12.12 og 12.13. Rusavhengighet er en medisinsk diagnose som kan gi funksjonsnedsettelse. Dårlig behandling av rusavhengige for eksempel bare fordi de ser «slitne» ut, faller imidlertid utenfor vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Se punkt 12.14.

12.11.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av helse. Hiv-positive

Utvalget har ikke sett nærmere på generell dokumentasjon om diskriminering på grunn av helse. Det vises til punkt 12.6.3 om funksjonsnedsettelse. Utvalget har imidlertid sett nærmere på noen utvalgte grupper der det antas at usaklig forskjellsbehandling på grunn av helsetilstand særlig er et problem. I punkt 12.12 gjøres det rede for undersøkelser som viser at overvektige utsettes for diskriminering særlig i skole, arbeid og helsevesen. I punkt 12.13 gjøres det rede for kunnskaper om diskriminering av rusavhengige. Her gjøres det rede for kunnskaper om diskriminering av hiv-positive:

Hiv har rammet grupper som er utsatt også på andre måter når det gjelder mulig diskriminering. Marginaliserte grupper som menn som har sex med menn og innvandrere med ikke-vestlig bakgrunn er de som er spesielt sårbare i hiv-epidemien i Norge.⁵⁴

Det finnes lite forskningsbasert kunnskap om diskriminering av hiv-positive i Norge. De eneste

kildene vi har per i dag er Fafos miljøbaserte levekårsundersøkelser fra 2002 og 2008.⁵⁵ Liknende undersøkelser er blant annet gjennomført i USA, Danmark, Australia og New Zealand.

Fafos undersøkelser viser at det fremdeles oppleves som vanskelig å være åpen med sin hiv-diagnose i Norge. De aller fleste lever skjult. Det at de færreste opplever å kunne være helt åpen omkring egen hiv-status påvirker livskvaliteten, og også evnen og muligheten til å ta bevisste valg knyttet til smitterisiko. Hiv-positive med innvandrerbakgrunn er i så henseende en meget sårbar gruppe.

Fafos gjennomførte i 2008 en undersøkelse om folks holdninger til hiv.⁵⁶ Denne viser at til tross for at den norske befolkningen har meget gode kunnskaper om hiv, samt hvordan viruset smitter eller ikke kan smitte, har noen fremdeles fordommer og negative holdninger til kvinner og menn som lever med hiv. Eksempelvis svarte 60 prosent av de som ble spurt at hiv-positive må være forpliktet til å informere arbeidsgiver om sin hiv-status. 50 prosent mente at hiv-positive må akseptere å endre arbeidsoppgaver av hensyn til andre ansattes sikkerhet. 18 prosent ville unngå kontakt med en kollega som de fikk vite at var hiv-smittet. Fordommer mot hiv-positive kan skape grunnlag for diskriminering. Hvorvidt slike negative holdninger kan bli omsatt i praksis vet vi lite om, da svært få hiv-positive er åpne om sin hiv-status være seg overfor familie, venner eller sine arbeidskolleger. Disse resultatene antyder likevel at arbeidslivet er en av de arenaene hvor faren for diskriminering er stor.

Helsesektoren er også en arena hvor hiv-positive kan være sårbare for diskriminering. Dette blant annet fordi dette er en arena hvor mange hiv-positive er tvunget til å være åpne. Det finnes imidlertid per i dag ingen studier som dokumenterer diskriminering av hiv-positive i helsesektoren.

Et annet område der hiv-positive kan utsettes for forskjellsbehandling, er når det gjelder forsikringer. Forsikringsselskaper legger vekt på helseopplysninger ved inngåelse av forsikringsavtaler og ved beregning av premier. Det følger av forsikringsavtaleloven at forsikringsselskaper ikke uten saklig grunn kan nekte en person forsikring. Se nærmere om forsikring og helseopplysninger nedenfor i punkt 13.5. På HivNorges hjemmesider kan en lese følgende om forsikringer:

⁵⁴ Grønningsæter og Nuland 2008.

⁵⁵ Fangen mfl. 2002 og Grønningsæter mfl. 2009.

⁵⁶ Mandal mfl. 2008.

«Mange som har hiv opplever det vanskelig å skulle forholde seg til forsikringsselskaper, særlig på grunn av sin hivstatus. Ikke minst gjelder dette i arbeidsforhold, fordi det er pålegg i yrkesskadeforsikringsloven om at alle på en arbeidsplass skal være forsikret. Hittil har forsikringsselskapene hatt som policy at mennesker med hiv i likhet med enkelte andre sykdomstilstander som for eksempel kreft, har en statistisk risiko for en tidlig død, og det har innebært at mange har fått avslag på søknad om å få tegnet enkelte typer forsikring, som for eksempel gjeldsforsikring og livsforsikring. Nemnden for helsebedømmelser – FNH (Finansnæringens Hovedorganisasjon) bestemte imidlertid i 2005 å anbefale at personer med hiv kan få livsforsikring på nærmere angitte vilkår».

12.11.4 Spørsmålet om vern i en samlet lov

Utvalget har vurdert om helse bør være et eget diskrimineringsgrunnlag som skal kunne påberopes etter diskrimineringsloven, se punkt 13.5.2. Utvalget legger til grunn at det store flertallet av tilfeller der personer forskjellsbehandles på grunn av helsetilstand, omfattes av diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne og den vide fortolkningen av dette begrepet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det er imidlertid flere tilfeller som er helt i ytterkanten eller som eventuelt faller utenfor lovvernet. Overvektige og rusavhengige er eksempler på grupper som utsettes for utestengning og annen forskjellsbehandling på grunn av helse som ikke nødvendigvis har sammenheng med funksjonsnedsettelse, se punkt 12.13 og 12.14. Det samme gjelder forskjellsbehandling av hiv-positive basert på (feilaktige oppfatninger om) smittefare.

12.12 Utseende

Utseende er ikke et diskrimineringsgrunnlag i norsk diskrimineringslovgivning eller i internasjonale menneskerettigheter. Med forskjellsbehandling på grunn av utseende tenker utvalget først og fremst på tilfeller der det legges vekt på at en persons utseende oppfattes som frastøtende, oppsiktsvekkende eller mindre vakkert, for eksempel hvis en person er vansiret etter en brannskade. Også andre tilfeller der en persons utseende ikke oppfattes av andre som normalt eller pent (nok) kunne tenkes under et slikt grunnlag. Medlemmer i utvalgets referansegruppe har tatt opp utse-

ende som et grunnlag som bør vurderes i en ny lov.⁵⁷

Flere undersøkelser viser at utseende tillegges vekt på en rekke samfunnsområder. I en undersøkelse foretatt i EU i 2006 mente 39 prosent av respondentene at det grunnleggende fysiske utseendet kan virke negativt ved ansettelser. 51 prosent mente at utseende, klesstil og fremtoning kunne virke negativt.⁵⁸ Noen arbeidsgivere ber om at søkere legger ved et bilde av seg selv når de søker på en jobb.⁵⁹ Slike bilder kan bli brukt til å sortere eller utelukke kandidater.

En undersøkelse fra Oslo i 2005 viser at overvåkningskameraer benyttes til å sile ut mennesker som er uønsket i kjøpesentre på grunn av rusavhengighet eller annen synlig helsemessig eller sosial belastning. Vektore viser bort personer som ser «slitne» ut, selv om de ikke er tydelig ruset, ikke oppfører seg spesielt mistenkelig eller ikke er til sjenanse for publikum.⁶⁰

Forskjellsbehandling på grunn av utseende vil etter omstendighetene omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens vern mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, se punkt 12.6.2. Utseendemessige forhold vil i utgangspunktet ikke i seg selv regnes som nedsatt funksjonsevne, men kan likevel unntaksvis tenkes å omfattes av loven. Utseendemessige forhold kan være et tegn på funksjonsnedsettelse, for eksempel hvis en person har protese. Utseende kan også feilaktig oppfattes som tegn på funksjonsnedsettelse, for eksempel at en uten videre går ut fra at en overvektig person ikke orker å jobbe på samme måte som andre som ikke er overvektige. I forarbeidene antas det også at utseende i helt spesielle tilfeller kan regnes som nedsatt funksjonsevne i seg selv, for eksempel brannskadet hud.⁶¹ Slike utseendemessige forhold kan være sterkt hemmende i det sosiale liv. Dette er imidlertid i randsonen av begrepet funksjonsnedsettelse og det er uklart hvordan begrepet skal avgrenses i disse tilfellene. Et forhold som kan falle utenfor vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse er for eksempel hvis arbeidsgiver ut i fra rene estetiske hensyn velger

⁵⁷ Brev fra Menneskerettsalliansen til utvalget 5. august 2008.

⁵⁸ European Commission: Special Eurobarometer 263 »Discrimination in the European Union. Summary», side 18.

⁵⁹ Dagsavisen 27. september 2008.

⁶⁰ Lomell 2007.

⁶¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8 side 92.

den søkeren han mener passer best til for eksempel resepsjonstjeneste.

Utvalget har vurdert om en samlet lov bør gi et generelt vern mot diskriminering på grunn av utseende, se punkt 13.5.6.

12.13 Overvekt

Diskriminering på grunn av overvekt er tatt opp av utvalget i sammenheng med diskrimineringsgrunnlagene funksjonsnedsettelse, helse og utseende, se punktene 12.6, 12.11 og 12.12. Overvektige er en stor gruppe med særlige problemer som er spesielt utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Utvalget har derfor drøftet situasjonen til overvektige separat.

Hva som regnes som overvekt knyttes både til kultur, kroppsideal og helse. Økning i overvekt og fedme sees over hele verden, også i Norge. Over halvparten av norske 40-45-åringer er overvektige når vi legger Verdens helseorganisasjons (WHO) definisjon til grunn.⁶² I perioden 2000-2003 ble det gjennomført helseundersøkelser i Oslo, Hedmark, Oppland, Troms og Finnmark. Undersøkelsene viste at i 40- og 45-årsalderen hadde mellom 14 og 22 prosent av mennene, og 13 til 20 prosent av kvinnene, fedme. Andelen voksne med alvorlig fedme utgjorde mellom 0,2 og 1,5 prosent av voksne som møtte frem til helseundersøkelsene i Oslo, Hedmark og Oppland i 2000-2002.⁶³

Det er ikke naturlig å regne overvekt i seg selv som nedsatt funksjonsevne. Det kan likevel i følge forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ikke utelukkes at kraftig overvekt unntaksvis i seg selv kan regnes som nedsatt funksjonsevne.⁶⁴ Et eksempel er en situasjon der en arbeidsgiver antar (riktig eller uriktig) at en overvektig person vil ha stor risiko for sykefravær eller ikke vil ha helse til å utføre de arbeidsoppgavene som hører til jobben. Utvalget antar at kraftig overvekt på linje med andre utseendemessige forhold i noen tilfeller kan tenkes å være så sosialt hemmende og stigmatiserende at det må regnes som funksjonsnedsettelse.

Et eksempel på en situasjon der overvekt etter utvalgets vurdering antakelig vil falle utenfor vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, er hvis en arbeidsgiver i valget mellom to søkere til en resepsjonsstilling velger den som ikke er overvektig. Slike tilfeller er det etter utvalgets vurdering ikke naturlig å knytte til funksjonsnedsettelse. Slik forskjellsbehandling vil ha samme rasjonale som forskjellsbehandling på grunn av andre utseendemessige forhold.

Overvektige blir særlig utsatt for usaklig forskjellsbehandling i en kultur der det legges stor vekt på utseende, helse og det å være slank. Overvektige kan også utsettes for forskjellsbehandling begrunnet i fordommer, for eksempel generaliserende og negative oppfatninger om at overvekten skyldes manglende viljestyrke, eller at overvektige betraktes som «late, dumme og ikke orker noen ting». Mye tyder på at arbeidsgivere kvier seg for å ansette sterkt overvektige mennesker. De frykter stort fravær og høye kostnader. Særlig vanskelig synes det å være i servicenæringer eller andre steder med utstrakt kontakt med mennesker.⁶⁵ De siste tiårene har en økende mengde utenlandsk litteratur begynt å dokumentere at overvektige diskrimineres på mange måter i arbeidslivet. Fete mennesker har mindre sjanse for å bli ansatt, på tross av gode kvalifikasjoner, de blir ansett for å ha dårligere jobbkvaliteter, de blir sterkt kontrollert og disiplinert på jobb, blir satt til dårligere arbeidsoppgaver og de blir sjeldnere forfremmet. De blir ofte også dårligere lønnet enn sine normalvektige kollegaer. Flere utenlandske studier har også vist at det er utbredte negative oppfatninger om overvektige blant helsepersonell, om at overvektige pasienter er late, stygge og mangler selvkontroll og motivasjon. Undersøkelsene tyder også på at leger bruker mindre tid på sine overvektige pasienter.⁶⁶ Utvalget er ikke kjent med tilsvarende norske studier. Det må imidlertid antas at overvektige utsettes for tilsvarende forskjellsbehandling også i Norge. Da analysebyrået Senito i 2006 spurte 600 norske bedriftsledere om hva de mener spiller negativt inn for arbeidssøkende under et jobbintervju, svarte 23,5 prosent at «fedme trekker ned».⁶⁷

Her kan nevnes en sak fra Canadas høyesterett som har slått fast at overvektige mennesker

⁶² Hos voksne benyttes vanligvis KMI-standarder som et mål for overvekt. KMI (kroppsmasseindeks) er et mål som viser vekt i forhold til høyde. Har man høy KMI er man nesten alltid overvektig eller fet. Hos voksne regnes det at grensen for overvekt går ved KMI fra 25, fedme er definert ved KMI på over 30 og alvorlig fedme over 40.

⁶³ Kilde: Folkehelseinstituttets hjemmeside.

⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8.2 side 92.

⁶⁵ Dagens Næringsliv 26. august 2008, intervju med Even Bolstad, daglig leder i HR-Norge.

⁶⁶ Johnsen 2008 side 7-8 med referanser til utenlandske undersøkelser.

⁶⁷ Aftenposten.no, 10. oktober 2006.

har rett til å få to flyseter til prisen av én på innenlandsreiser. Det var ifølge domstolen i strid med transportlovgivningens prinsipp om «én person, ett sete» fordi det ville være en urimelig hindring for overvektige for å kunne reise på linje med andre passasjerer. Sterkt overvektige skulle ha samme rettigheter som funksjonshemmede som har rett til et sete til ledsagere uten å betale ekstra.⁶⁸

Utvalget har vurdert om en samlet lov bør gi et generelt vern mot diskriminering på grunn av overvekt, se punkt 13.5.3.

12.14 Rusavhengige, straffedømte og andre sosialt utsatte grupper

Rusavhengige og straffedømte tilhører grupper som er sosialt sårbare, vanskelig stilt og utsatt for forskjellsbehandling på mange områder. Liknende problematikk gjelder for eksempel prostituerte og sosialhjelpsmottakere, men dette har utvalget ikke gått konkret inn på.

Rusavhengighet eller det å være straffedømt er ikke egne diskrimineringsgrunnlag i norsk rett.

Som det fremgår av punkt 12.6 om funksjonsnedsettelse har rusavhengige et visst vern i dag i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Psykisk og fysisk rusavhengighet er en medisinsk diagnose som kan gi en funksjonsnedsettelse.⁶⁹ Det er imidlertid uklart for utvalget hva slags situasjoner det siktes til i forarbeidene. Det er for eksempel uklart om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven omfatter tilfeller der rusavhengige avvises eller får dårligere behandling av ambulanspersonell, legevakten eller annet helsepersonell fordi de er påvirket av rusmidler. Et annet eksempel er avvisning av rusavhengige fra kjøpesentre, offentlige plasser osv. ut fra frykt for at de vil stjele, tigge eller sette sprøyter. I slike tilfeller er det ikke naturlig å si at forskjellsbehandlingen er knyttet til funksjonsnedsettelse. Tvert imot synes slike former for forskjellsbehandling å være knyttet til fordommer og oppfatninger om rusavhengiges menneskeverd.

Canadisk diskrimineringslovgivning har noen diskrimineringsgrunnlag som er interessante i denne sammenheng. Canadas føderale menneskerettslov gir et generelt vern mot diskriminering på grunn av blant annet «conviction for wich

a pardon has been granted». Med dette menes at en person er blitt benådet, jf. definisjonen i section 25:

«a conviction of an individual for an offence in respect of which a pardon has been granted by any authority under law and, if granted or issued under the Criminal Records Act, has not been revoked or ceased to have effect».

Ontarios menneskerettslov har et forbud mot diskriminering i boligforhold som blant annet gjelder sosialhjelpsmottakere («the receipt of public assistance», section 2). Forbudet mot diskriminering i ansettelsesforhold gjelder personer som er straffedømte og har sonet («record of offences», section 5).

Gry Cornelia Skaug har på oppdrag fra utvalget gjort en litteraturstudie om forskjellsbehandling av straffedømte og rusavhengige.⁷⁰ Studien viser at vi har lite dokumentasjon om usaklig forskjellsbehandling av straffedømte og rusavhengige. Noen undersøkelser og enkelthendelser viser imidlertid at det skjer forskjellsbehandling på grunn av domfellelse eller rusavhengighet. Skaugs studie viser at tidligere innsatte (og rusmisbrukere da dette i stor grad er de samme) sliter med liten skolegang, mangel på bolig og fast jobb i tillegg til stor gjeld. Blant straffedømte er det en stor andel som er bostedsløse, har lav utdanning, har kroniske sykdommer og er rusavhengige. Ut fra dette stiller de dårlig på jobb- og boligmarkedet. I tillegg stiller de nok dårligere i kraft av «stempelet» de har fått på seg ved å være tidligere innsatt eller rusmisbruker. Det å være tidligere innsatt kan være avgjørende for å få en jobb. Rusavhengige utsettes også for forskjellsbehandling i helsevesenet, politiet og kjøpesentre som kun er basert på rus eller tidligere rusmisbruk.

Dette må ses i sammenheng med adgangen til å kreve politiattest eller vandelsattest. Arbeidsgiveres adgang til å kreve at søkere til en stilling fremlegger politiattest er regulert i lov eller forskrift. Dette gjelder for eksempel vaktelskaper, skoler og barnehager. Politiet kan ikke uten videre utstede politiattest til den som ber om det. Politiet kan bare utferdige politiattest til en arbeidsgiver hvis dette er hjemlet i forskriftene til strafferegistreringsloven § 12, blant annet hvis «det i lov eller med klar hjemmel i lov er fastsatt at en person må godtgjøre at han har ført en hederlig vandel, er ustraffet e.l.», eller hvis arbeidstake-

⁶⁸ Canadas Supreme Court, dom 20. november 2008.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8.2 side 92.

⁷⁰ Skaug 2008.

ren skal utføre «oppgaver for organisasjonen som innebærer et tillits- eller ansvarsforhold overfor mindreårige eller personer med utviklingshemning». Noen arbeidsgivere som ikke har hjemmel i lov eller forskrift til å innhente vandelsopplysninger, eller som synes at politiattesten ikke gir tilstrekkelig med opplysninger, kan forsøke å omgå dette ved hjelp av egenerklæringer om vandel. Enkelte blir for eksempel bedt om å erklære at de har rent rulleblad, eventuelt opplyse hva de har gjort som har ført til pletter på rullebladet. Noen arbeidssøkere kan også få spørsmål om forhold som ligger så langt tilbake i tid at det ikke vil fremgå av en politiattest, eller om de tidligere har blitt frikjent i straffesaker.

Pasientombudet i Oslo refererer i årsmeldingen for 2007 tilfeller der helsemyndighetene ikke følger pasientrettighetsloven overfor rusavhengige. Et eksempel som refereres er en rusavhengig som ikke fikk vurdert sin helsetilstand i samsvar med gjeldende regler. Ombudet uttaler at han har forståelse for at det kan være vanskelig å gi helsehjelp til rusavhengige da de ofte har et komplisert og sammensatt sykdomsbilde. Et annet område som tas opp i årsmeldingen fra pasientombudet er om pasienter kan stole på ambulansesjåførene. Skaug peker i sin rapport på at det er et tema i hvilken grad rusmisbrukere blir behandlet på lik linje med andre på legevakten.

Rusavhengige kan ha større problemer med å nå frem med krav om varige og midlertidige trygdeytelser enn personer med andre kroniske lidelser. Folketrygdloven skal fortolkes slik at pasienter med alkoholisme og andre rusproblemer skal behandles ekstra strengt når de setter frem krav om uførepensjon. Dette er fordi den rusavhengige kan miste oppfølging, rehabilitering eller behandling hvis søknaden innvilges.⁷¹ Til grunn for dette ligger en forutsetning om at rusavhengige som innvilges uførepensjon vil miste sin psykososiale oppfølging i kommunen og/eller videre behandling av rusproblemet.⁷²

En undersøkelse fra 2006 viser at kun 31 prosent av de innsatte i norske fengsler som skal løslates innen to måneder har egen bolig.⁷³ Mange innsatte opplever at de er i en utsatt posisjon på boligmarkedet. Mulighetene for å anskaffe seg og beholde en bolig er knyttet sammen med at man

har en inntekt å betale boligen med. Majoriteten av respondentene i undersøkelsen sa seg «enig» eller «helt enig» i påstandene «Private utleiery ønsker ikke leie ut til tidligere innsatte» og «Private utleiery aviser boligsøkere fra fengsel». De fleste respondentene svarte derimot nei på spørsmålet om de trodde rusproblemer ville vært et hinder for anskaffelse av bolig.

Som nevnt i punkt 12.12 blir rusavhengige som ser «slitne» ut vist bort fra kjøpesentre av vektere selv om de ikke er tydelig ruset, ikke oppfører seg spesielt mistenkelig eller ikke er til sjenanse for publikum.⁷⁴

Rusavhengiges situasjon og hvor utsatt de er for forskjellsbehandling er en sammensatt problematikk. Rusavhengige er en egen og krevende pasientgruppe med særlige behov. Mange rusavhengige er sosialhjelpsmottakere. Samtidig er mange rusavhengige ofte i kontakt med politiet og mange har en eller flere dommer bak seg. Rusmisbruk er ikke straffbart, men rusavhengige tilhører gjerne miljøer med mye kriminalitet og begår selv kriminelle handlinger, ofte for å finansiere eget rusmisbruk. Mange har lengre «lovbruddskarrierer», ved at de har gått ut og inn av fengslene. De har ofte lite utdanning og kommer fra dårlige sosiale forhold. Det kan være vanskelig å skille ut hva som er grunnen til at de for eksempel ikke får seg jobb. De kan ha hatt et dårlig utgangspunkt i livet, ikke sett eller hatt mulighetene til å få seg utdanning, og derfor eller i sammenheng med dette, begått kriminalitet og begynt med rus. Når de ikke har fast inntekt vil de av denne grunn også ha problemer med å få lån.

Det at alt dette henger sammen, reiser i et diskrimineringsrettslig perspektiv spørsmål om når det er tale om usaklig forskjellsbehandling, og når det er tale om mer strukturelle forhold som gjør at disse personene kommer dårlig ut i samfunnet.

Utvalget har vurdert om rusavhengighet og domfellelse bør være et grunnlag som skal kunne påberopes etter diskrimineringsloven, se punkt 13.5.4.

12.15 Omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående)

12.15.1 Lovvern

Omsorgsoppgaver er ikke et eget diskrimineringsgrunnlag etter gjeldende rett. Forbudet mot kjønnsdiskriminering gir imidlertid et visst vern

⁷¹ Rikstrygdeverkets rundskriv 20. januar 2006 til folketrygdloven: § 12-6 Sykdom, skade eller lyte. Krav til årsakssammenheng.

⁷² Harr 2006 side 2546.

⁷³ Dyb mfl. 2006.

⁷⁴ Lomell 2007.

mot forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver:

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel eller benyttelse av permisjonsrettigheter regnes som kjønnsdiskriminering etter likestillingsloven § 3. Forskjellsbehandling på grunn av graviditet eller benyttelse av permisjonsrettigheter «forbeholdt det ene kjønn» regnes som direkte kjønnsdiskriminering, jf. § 3 andre ledd. Dette er i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) foreslått endret til forbeholdt «mor eller far». Permisjonsrettighetene det her siktes til er i følge proposisjonen den perioden foreldrene har rett til foreldrepenger etter folketrygdloven.⁷⁵ Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver for øvrig, for eksempel omsorg for gamle foreldre, vil også etter omstendighetene være indirekte kjønnsdiskriminering i strid med likestillingsloven. Dette vernet gjelder imidlertid antakelig bare kvinner, se nedenfor i punkt 13.4.6.

Diskriminering på grunn av for eksempel omsorg for en person med funksjonsnedsettelse, omfattes av diskrimineringslovenes regler om tilknytningsdiskriminering, se punkt 15.6.

ILO konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser fra 1981 bør nevnes i denne sammenheng. Konvensjonen gjelder forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunn av omsorgsoppgaver for små barn eller andre familiemedlemmer. Forpliktelsene etter konvensjonen gjelder både kvinnelige og mannlige arbeidstakere. Et formål med konvensjonen er å bedre situasjonen for arbeidstakere som har familieforpliktelser for i størst mulig grad å likestille dem med andre arbeidstakere. Et delmål er at en generell bedring av situasjonen for arbeidstakere med familieforpliktelser vil fremme kvinners stilling på arbeidsmarkedet. Konvensjonen er begrenset til forhold i arbeidslivet. Norge er forpliktet etter konvensjonen til å gjøre det til et mål i nasjonal politikk at det skal være mulig for mennesker med familieforpliktelser å skaffe seg arbeid uten å bli diskriminert, jf. artikkel 3. I den grad det er mulig skal ikke ansettelsesforholdet og familieansvaret komme i konflikt med hverandre. 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. Konvensjonen pålegger ikke Norge å lovfeste et diskrimineringsforbud. Dette vil imid-

lertid kunne være et av flere passende tiltak for å oppfylle konvensjonens forpliktelser.

I tidligere EU-direktiver ble det presisert at forskjellsbehandling på grunnlag av «familiemessig stilling» er kjønnsdiskriminering. Denne formuleringen er fjernet i det nye likebehandlingsdirektivet fra 2006, uten at dette er ment å endre innholdet i diskrimineringsforbudet. Det følger av artikkel 15 at en kvinne som kommer tilbake til arbeid etter fødselspermisjon skal ha samme eller tilsvarende arbeid som før permisjonen. Mindre gunstige arbeidsvilkår er i direktivets forstand en form for diskriminering. EUs direktiv om rammeavtale om foreldrepermisjon slår fast at ved permisjonens utløp skal arbeidstakeren ha rett til å få tilbake samme eller tilsvarende stilling som før permisjonen (avtalens § 2). Etter svangerskapsdirektivet artikkel 8 skal arbeidstakere ha rett til minst 14 sammenhengende ukers permisjon før og/eller etter fødselen. Arbeidstakerne skal vernes mot tap av stilling eller svekkede arbeidsvilkår på grunn av permisjon i denne beskyttede perioden (artiklene 10 og 11).

Etter den svenske diskrimineringsloven § 5 i kapittel 3 om aktive tiltak, skal arbeidsgivere legge forholdene til rette for at kvinnelige og mannlige arbeidstakere skal kunne kombinere arbeid og foreldreskap.

Det følger av den finske likestillingsloven § 7 at med indirekte diskriminering menes blant annet at «kvinnor och män försätts i olika ställning på grund av föleldraskap eller familjeansvar».

Den danske likebehandlingsloven § 1 forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn, «navnlig under henvisning til ... familiemæssig stilling». Formuleringen er en implementering av EUs likebehandlingsdirektiver. Formuleringen er ikke tatt med i den nyere likestillingsloven.

Etter Irlands diskrimineringslovgivning er «family status» et eget diskrimineringsgrunnlag. Etter loven om likebehandling i arbeidslivet fra 1998 er det forbud mot diskriminering på dette grunnlaget innen arbeidslivet. Med dette grunnlaget siktes det til graviditet eller til omsorgsansvar som forelder for et barn under 18 år. Det omfatter også hovedomsorg for barn eldre enn 18 år, eller andre som arbeidstakeren bor sammen med, som har funksjonsnedsettelse med varig, permanent eller hyppig omsorgsbehov. Etter likebehandlingsloven fra 2000 gjelder et tilsvarende forbud med hensyn til varer og tjenester, boliger, utdanning og organisasjoner/klubber.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 11.2.2 side 61.

12.15.2 Begrepet

Hvis omsorgsoppgaver skal være et diskrimineringsgrunnlag er det behov for en nærmere avgrensning av begrepet. Dette betraktes i en del tilfeller som et element av diskrimineringsgrunnlaget sivilstand (ekteskapeleg status/familiestatus). Utvalget mener imidlertid at disse bør behandles som ulike grunnlag. Sivilstand drøftes i punkt 12.16.

Omsorg for nærstående kan være en avgrensning av et eventuelt diskrimineringsgrunnlag. Dette vil fange opp de fleste situasjoner der forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver er et problem. Dette begrepet sikter til de tilfeller der en person har ansvaret for, eller faktisk gir pleie og omsorg til, personer som er pleietrengende. Med nærstående menes først og fremst barn, foreldre, ektefeller, partnere og samboere. Utover dette kan det være vanskelig å trekke en rimelig grense for hvem som bør betraktes som nærstående. Det kan være grunn til å la vernet gjelde også omsorg for barnebarn, besteforeldre og søsken, eller mindre nære slektninger som søskenbarn, nieser og nevøer, tanter og onkler. Tidligere ektefeller, partnere eller samboere kan imidlertid også være nærstående, særlig om de har felles barn. Andre nærstående kan være for eksempel ektefeller til de som er nevnt ovenfor, eller naboer og nære venner.

Det kan i denne forbindelse vises til arbeidsmiljøloven § 12-10 og den parallelle bestemmelsen i folketrygdloven § 9-12 om rett til fri og retten til pleiepenger for arbeidstakere som pleier en nær pårørende i livets slutfase. Et avgjørende kriterium er ifølge lovteksten at pleien skjer i hjemmet. Hvem som er nær pårørende er ikke definert i lovteksten. I forarbeidene uttales det imidlertid at som nær pårørende er det naturlig å regne barn, barnebarn, foreldre, besteforeldre, søsken, ektefeller og samboere.⁷⁶

12.15.3 Forekomst av forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver

Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver er et problem først og fremst i arbeidslivet. Det er også arbeidslivet som har vært i fokus politisk og rettslig. Arbeidsforskningsinstituttet viser

i rapporten «Erfaringer med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv» fra 2008 at det er samvariasjon mellom lang permisjon og svakere karriereutvikling. I rapporten forteller både kvinner og menn som tar foreldrepermisjon om negative konsekvenser, som for eksempel at de etter lengre fravær mister arbeidsoppgaver på en måte som oppleves som reell degradering. Arbeidstakerne forteller om erfaringer med forbigåelse og degradering ved fordeling av arbeidsoppgaver, opprykk, lønnsoppgjør og bonusberegning, se punkt 12.3.3 om kjønnsdiskriminering. Det fremgår der at dårlig behandling av permisjonstakere i liten grad dreier seg om bevisst direkte diskriminering, men i større grad ser ut til å handle om liten systematikk i personalarbeidet.

Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver kan også tenkes utenfor arbeidslivet, selv om det antakelig ikke er et like stort problem. Et eksempel er hvis en kvinne ikke får leie bolig fordi hun er enslig mor eller ikke får amme på offentlige steder.

Det er fremdeles slik at mødrene tar lang foreldrepermisjon mens fedrene tar kort permisjon, og den som tar lang permisjon tar også det meste av omsorgsansvaret senere.⁷⁷ Også når det gjelder andre former for ulønnet omsorgsarbeid som utføres i samfunnet, er det kvinner som gjør det meste av dette arbeidet. Familien har en betydningsfull rolle når det gjelder å yte omsorg til voksne og eldre omsorgstrengende personer. Det er i hovedsak middelaldrende og eldre kvinner som har stått for denne familiebaserte omsorgen som ytes i tillegg til den offentlige. I mer enn halvparten av tilfellene er det voksne barn som er nærmeste omsorgsperson for sine foreldre. Tre av fire hovedomsorgspersoner var kvinner. Yrkesaktive kvinner stiller like mye opp for foreldrene som ikke yrkesaktive kvinner, og i enkelte undersøkelser er det kvinner med lengst arbeidstid som stiller mest opp. I tillegg til familien yter også naboer, venner og ubetalte frivillige i organisasjonene uformell omsorg.⁷⁸ Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver er derfor i stor grad et kvinneproblem, selv om menn med omsorgsoppgaver også vil være utsatt for slik forskjellsbehandling.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 44 (1989-1990) punkt 6.2 side 11. I forarbeidene nevnes ikke ektefeller, men det må antas å være en inkurie siden samboere nevnes.

⁷⁷ Egeland mfl. 2008.

⁷⁸ St. meld. nr. 25 (2005-2006) punkt 5.2 side 32-33.

12.15.4 Spørsmålet om vern i en samlet lov

Utvalget legger til grunn at forskjellsbehandling på grunn av omsorg for nærstående i mange tilfeller vil omfattes av gjeldende diskrimineringsregler. Spørsmålet for utvalget har vært om dette bør være et diskrimineringsgrunnlag som skal kunne påberopes etter diskrimineringsloven og eventuelt lovfestes som et eget grunnlag. Det vises til punkt 13.5.5.

12.16 Sivilstand

Med sivilstand, ekteskapelig status, familiesituasjon e.l. menes hvorvidt en person er gift, skilt, enke/enkemann, samboer eller enslig og om personen har barn eller ikke.

Tidligere hadde vern mot diskriminering på grunn av sivilstand form av et vern for gifte kvinner. De ble ansett som forsørget og ble derfor ofte diskriminert ved ansettelse, ble de første som ble sagt opp ved innskrenkninger i virksomheter osv. Dette er bakgrunnen for at mange land og også internasjonal lovgivning har sett behov for et særskilt vern for gifte kvinner. Dette uttrykkes ofte som et vern i forhold til sivilstand eller familiesituasjon, eventuelt i form av to selvstendige grunnlag.

Sivilstand er ikke et selvstendig diskrimineringsgrunnlag i norsk lovgivning. Ekteskapelig status er imidlertid ansett for å være et relevant diskrimineringsgrunnlag under kategorien «annen status» både under SP og EMK. Et eksempel fra EMD på forskjellsbehandling på grunn av ekteskapelig status er forskjellsbehandling mellom gifte og ugifte mødre.⁷⁹ MRK har i en sak kommet til at det var i strid med SP artikkel 26 å avkorte sosialhjelpen til en mann fordi han bodde sammen med sin mor. Saken gjaldt en nederlandsk lovregel som avkortet sosialhjelp hvis stønadsmottaker bodde sammen med en i nær slekt. Tilsvarende avkortning gjaldt ikke dersom stønadsmottakeren hadde bodd sammen med en som ikke var i nær slekt.⁸⁰ FNs kvinnekonvensjon artikkel 11 nr. 2 pålegger staten å treffe tiltak for å hindre at kvinner diskrimineres i arbeidslivet på grunn av ekteskap, blant annet ved å nedlegge forbud mot diskriminering i oppsigelsessaker på grunn av sivilstand.

Forskjellsbehandling på grunn av sivilstand vil i noen tilfeller kunne regnes som kjønnsdiskriminering. I tidligere EU-direktiver ble det presisert at diskriminering på grunn av ekteskapelig status er kjønnsdiskriminering. Denne formuleringen er fjernet i det nye likebehandlingsdirektivet fra 2006, uten at dette er ment å endre innholdet i diskrimineringsforbudet.

Den danske likebehandlingsloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn, «navnlig under henvisning til ... ægteskabelig ... stilling». Formuleringen er en implementering av de nevnte EU-direktivene. Formuleringen er ikke tatt med i den nyere likestillingsloven.

Etter Irlands diskrimineringslovgivning er «marital status» et eget diskrimineringsgrunnlag. Etter lov om likebehandling i arbeidslivet er det forbud mot diskriminering på dette grunnlaget innen arbeidslivet. Etter likebehandlingsloven gjelder et tilsvarende forbud med hensyn til varer og tjenester, bolig, utdanning og organisasjoner/klubber. Diskrimineringsgrunnlaget ekteskapelig status er definert som enslig, gift, separert, skilt og enke/enkemann.

Den canadiske føderale menneskerettsloven omfatter diskriminering på grunn av «marital status» og «family status». Diskrimineringsforbudet gjelder varer og tjenester, bolig, arbeidsforhold og medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner. Ontarios menneskerettslov har et tilsvarende diskrimineringsforbud. «Family status» skal ifølge section 10 forstås som «the status of being in a parent and child relationship.» Dette omfatter ikke bare biologiske og adopterte barn, men også andre barn en har omsorgsansvar for. En situasjon der diskrimineringsforbudet ofte påberopes er ved utleie og salg av bolig der en bare ønsker voksne eller der gifte par foretrekkes foran enslige forsørgere.⁸¹

Et eksempel på forskjellsbehandling på grunn av sivilstand som er aktuelt i en norsk kontekst kan være indirekte forskjellsbehandling av enslige. Nesten en av fem blant alle bosatte i privat-husholdninger bor alene.⁸² En-inntekts-husholdninger forskjellsbehandles i forhold til to-inntekts-husholdningene, for eksempel i forhold til offentlige avgifter som er de samme uavhengig av hvor mange personer det er i husstanden. Slik forskjellsbehandling må imidlertid gjennomgående vurderes som saklig.

⁷⁹ Marckx mot Belgia, sak nr. 6833/74, dom 13. juni 1979.

⁸⁰ Neefs mot Nederland sak nr. 425/90, avgjørelse 22. juli 1994.

⁸¹ Jf. «Guide to the Human Rights Code» utarbeidet av Ontario Human Rights Commission.

⁸² 17,6 prosent (Dybendal og Høydahl 2008).

12.17 Fødsel

Diskrimineringsgrunnlaget fødsel refererer seg til barnets rettslige status med hensyn til deres opphav. Et eksempel er forskjellsbehandling mellom foreldres adoptivbarn og biologiske barn. Forskjellsbehandling mellom barn født i og utenfor ekteskap er et annet eksempel.

Fødsel er ikke et diskrimineringsgrunnlag i norsk lovgivning eller EU-direktivene. Fødsel er derimot et diskrimineringsgrunnlag i FNs menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjon nr. 111 og Europarådets konvensjoner.

Den islandske grunnloven artikkel 65 slår fast prinsippet om likhet for loven uavhengig av blant annet fødsel. Diskrimineringsvern på grunn av fødsel er imidlertid ikke nedfelt i diskrimineringslovgivningen. For øvrig har ingen av de nordiske landene fødsel som oppregnet diskrimineringsgrunnlag i sin lovgivning.

12.18 Sosial opprinnelse

Sosial opprinnelse er ikke et diskrimineringsgrunnlag i norsk lov eller EU-retten. Den danske forskjellsbehandlingsloven som gjelder i arbeidsforhold omfatter sosial opprinnelse. Et annet eksempel er Quebecs menneskerettslov som omfatter «social condition», som ifølge hjemmesiden til Canada Human Rights Commission skal forstås som

«a specific place or position in society as a result of particular facts or circumstances (income, occupation, education); for example, socially underprivileged people including welfare recipients or the homeless ».

Sosial opprinnelse er et diskrimineringsgrunnlag i FNs menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjon nr. 111 og Europarådets konvensjoner. Diskrimineringsgrunnlaget sosial opprinnelse i konvensjonene referer antakelig til standsforskjeller som for eksempel kastesystemer. Forskjellsbehandling på grunn av sosial opprinnelse i menneskerettighetskonvensjonenes forstand omfattes av lov mot etnisk diskriminering. Begrepene «avstamning» og «etnisitet» i loven omfatter også begrepene kaste, klan og stamme, som knyttes til medfødt og arvelig medlemskap i grupper. Det vises til rasediskrimineringskomiteen som i General Recommendation XXIX til FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 1 nr. 1 har understreket

at former for sosial lagdeling, slik som kaste og analoge systemer om nedarvet status, som utradrer eller ødelegger mulighetene for å nyte menneskerettighetene, skal inkluderes i diskrimineringsvernet.⁸³

12.19 Eiendom og økonomisk stilling

Eiendom er ikke et diskrimineringsgrunnlag i norsk lov eller i EU-retten. Eiendom er derimot et diskrimineringsgrunnlag i FNs menneskerettighetskonvensjoner og Europarådets konvensjoner. ILO-konvensjon nr. 111 nevner ikke eiendom.

Uttrykket «eiendom» («property» på engelsk og «la fortune» på fransk) henspiller på økonomisk stilling eller formuesevne. Beskyttelsen av økonomiske goder faller som utgangspunkt utenfor SP, som ikke gir særlig beskyttelse til eiendomsretten. Det var like fullt meningen at uttrykket eiendom i konvensjonen skulle dekke både de som var økonomisk bemidlet og de som ikke var det. Den private eiendomsretten er derimot en rettighet i EMK. Et eksempel fra EMDs praksis om forskjellsbehandling på grunn av eiendom gjaldt påstått forskjellsbehandling mellom store og små grunneiere.⁸⁴ En annen sak gjaldt noen som leide fra statlige utleiery og som ikke hadde samme beskyttelse mot utkastelse som de som leide fra private utleiery.⁸⁵

Den islandske grunnloven artikkel 65 slår fast prinsippet om likhet for loven uavhengig av blant annet eiendom. Diskrimineringsvern på grunn av eiendom er imidlertid ikke nedfelt i diskrimineringslovgivningen. Utvalget er ellers ikke kjent med noen land som har eiendom eller økonomisk stilling som diskrimineringsgrunnlag i sin diskrimineringslovgivning.

12.20 Bosted

Med diskrimineringsgrunnlaget bosted, menes det forhold at en person blir forskjellsbehandlet fordi en bor ett sted og ikke et annet, for eksempel bosatt kontra ikke bosatt i landet.

Bosted er ikke nevnt som et diskrimineringsgrunnlag i norsk lov, EU-retten eller menneskerettighetskonvensjonene. Bosted har i noen tilfelle

⁸³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.4 side 89.

⁸⁴ Chassagnou m.fl. mot Frankrike sak nr. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, dom 29. april 1999.

⁸⁵ Larkos mot Kypros sak nr. 29515/95, dom 18. februar 1999.

ler blitt ansett som et relevant diskrimineringsgrunnlag under kategorien «annen status» både under SP og EMK. Det har imidlertid vært uenighet innad i EMD om hvorvidt forskjellsbehandling som følge av at lovgivningen er ulike i forskjellige delstater innenfor en føderasjon kan utgjøre et diskrimineringsgrunnlag. I en sak kom EMD til at den svenske statens regler om kirkeskatt som kun åpnet for fritak hvis en var bosatt i Sverige, var diskriminerende.⁸⁶ Det er imidlertid betydelig usikkerhet om dette.

EØS-avtalens regler om fri bevegelse av personer mellom EU/EØS-land (EØS-avtalen artikkel 28), setter skranker med hensyn til adgangen til forskjellsbehandling på grunnlag av det land en person bor i. Disse reglene er ikke menneskerettslig motivert, men vil gi et tilsvarende vern mot forskjellsbehandling. Et eksempel her er en sak fra 1999 der ESA konkluderte med at de dagjeldende norske reglene om skattefradrag for pendlere var i strid med EØS-avtalen. Skattefordelen kunne ifølge ESA ikke bare gjelde overfor de som pendlet innen Norge, uten at det samme gjaldt de som pendlet mellom Norge og andre EU-/EØS-land.

Et eksempel på forskjellsbehandling på grunn av bosted er særskilte skattefordeler eller avskrivning av studielån for personer som bor i visse nordlige kommuner. Forskjeller kommuner eller bydeler imellom kritiseres ofte, for eksempel at lov om sosiale tjenester ikke gir rett til de samme ytelsene i ulike kommuner. I slike tilfeller vil det imidlertid neppe være tale om forskjellsbehandling i rettslig forstand, fordi det ikke er ett rettssubjekt som forskjellsbehandler, men flere selvstendige rettssubjekter. Et diskrimineringsforbud vil i alle tilfeller være problematisk i forhold til det kommunale selvstyre.

12.21 Statsborgerskap

Forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap (nasjonalitet) kan tenkes mellom ulike utenlandske statsborgere eller mellom egne statsborgere og utlendinger.

Statsborgerskap er ikke et grunnlag i lov mot etnisk diskriminering. Forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap kan imidlertid i noen tilfeller være indirekte etnisk diskriminering i strid med loven. Nemnda har vurdert spørsmålet om vern mot forskjellsbehandling på grunn av stats-

borgerskap i en sak som gjaldt en boligannonse der det het «utleies kun til norske statsborgere».⁸⁷ Nemnda la til grunn at selv om det ikke bare er etniske nordmenn som har norsk statsborgerskap, er det i den befolkningsgruppen som kan regnes som etniske nordmenn med norsk avstamning og norsk landbakgrunn, en overveiende overvekt av personer som har norsk statsborgerskap. Nemnda viste til at det i enkelte tilfeller kan foreligge saklige og legitime grunner til å legge vekt på statsborgerskap, for eksempel for retten til å stemme ved valg til Stortinget, retten og plikten til å stille til valg som stortingsrepresentant, å få arbeid som dommer, å bli ansatt med politimyndighet i politi- og lensmannsetaten eller å bli utsendt utenriktjenestemann. Utleier viste i denne saken til behovet for økonomisk sikkerhet, men kunne ikke gi tilstrekkelig dokumentasjon på sammenhengen mellom norsk statsborgerskap og oppnåelse av denne økonomiske sikkerheten. Nemnda kom til at kravet om statsborgerskap var i strid med lov mot etnisk diskriminering.

Heller ikke FNs rasediskrimineringskonvensjon gjelder forskjellsbehandling mellom egne statsborgere og utlendinger. Rasediskrimineringskomiteen i General Recommendation XI on non-citizens (forty-second session, 1993) har imidlertid uttalt følgende:

«1. Article 1, paragraph 1, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination defines racial discrimination. Article 1, paragraph 2, excepts from this definition actions by a State party which differentiate between citizens and non-citizens. Article 1, paragraph 3, qualifies article 1, paragraph 2, by declaring that, among non-citizens, States parties may not discriminate against any particular nationality.»

Det dominerende syn er at statsborgerskap er et grunnlag under «annen status» etter EMK og SP.

EUs rasediskrimineringsdirektiv berører ikke bestemmelser eller betingelser for tredjelandsborgeres eller statsløse personers innreise og opphold, jf. artikkel 3 nr. 2. Direktivet omfatter heller ikke noen form for forskjellsbehandling som skyldes tredjelandsborgeres eller statsløses rettsstilling. Forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet overfor borgere av EU eller EØS-land vil imidlertid etter omstendighetene være i strid med EØS-avtalen og reglene om fri bevegelse for personer. Etter EØS-avtalen artikkel 4, som er

⁸⁶ Darby mot Sverige, sak nr. 11581/85 dom, 23. oktober 1990.

⁸⁷ Nemndas sak nr. 18/2006.

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).

12.22 Medlemskap i arbeidstakerforening

12.22.1 Lovvern

Forbud mot diskriminering på grunn medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 13-1. Forbudet gjelder arbeidsforhold. Forbud mot diskriminering på grunn medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er ikke direkte regulert i menneskerettighetskonvensjonene.

Forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon skal verne om og effektivisere arbeidstakernes organisasjonsrett. Hovedbegrunnelsen for å effektivisere organisasjonsretten følger av den grunnleggende betydning det har for hele tariffavtalesystemet – som utgjør en grunnpilar i norsk arbeidsliv – at arbeidstakere kan opptre samlet overfor deres arbeidsgivere. En rett til å velge fagorganisasjon er et demokratisk korrektiv til en for sterkt monopolisert fagorganisasjon, og kanskje ikke minst som en viktig del av retten til å ikke bli diskriminert på grunn av politisk oppfatning.⁸⁸

Diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon vil være et inngrep i organisasjonsretten. Organisasjonsretten er regulert blant annet i EMK artikkel 11, ØSK artikkel 8 nr. 1a og SP artikkel 22. Staten er etter ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av retten til å organisere seg, forpliktet til å sette i verk tiltak for å sikre retten til å organisere seg, jf. artikkel 11. Organisasjonsretten omfatter for det første retten til fritt å stifte, drive og slutte seg til arbeidstakerorganisasjoner (fagorganisasjoner), det vil si den positive organisasjonsfriheten som er slått fast i en rekke menneskerettighetskonvensjoner. Organisasjonsretten omfatter også friheten til å la være å organisere seg, det vil si den negative organisasjonsretten som også har et visst vern etter menneskerettighetene (jf. blant annet praksis fra EMD).

Arbeidsmiljølovens regel om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon var opprinnelig formulert som et forbud mot å spørre om en arbeidssø-

kers fagorganisering i forbindelse med ansettelse. Bestemmelsen ble tatt inn i tidligere § 55A under Stortingsbehandlingen av arbeidsmiljøloven i 1977. Det var alminnelig antatt at denne bestemmelsen skulle forstås slik at det heller ikke kunne være adgang til å legge vekt på slike opplysninger ved ansettelse. Da arbeidsmiljøloven ble endret i 2003 ble det lagt til grunn at et lovfestet diskrimineringsforbud var en videreføring av gjeldende rett.⁸⁹

Det er gjort unntak fra forbudet når det gjelder forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler (arbeidsmiljøloven § 13-2 fjerde ledd). Begrepet tariffavtale (kollektiv avtale) skal fortolkes på samme måte som etter arbeidstvistloven § 1 nr. 8. Det er tale om et generelt unntak som knytter seg til det kollektive forhandlings- og avtalesystemet, med sikte på at diskrimineringsforbudet ikke skal gjøre endringer i dette. Diskrimineringsforbudet skal ikke gjøre inngrep i tariffrettens ulovfestede ufravikelighetsprinsipp.⁹⁰ Unntaket gjør det mulig for arbeidsgiver å etterleve tariffestede vilkår for arbeidstakere som omfattes av tariffavtalen og ikke for de øvrige arbeidstakerne.⁹¹

12.22.2 Begrepet

Diskrimineringsgrunnlaget «medlemskap i arbeidstakerorganisasjon» i arbeidsmiljøloven gjelder både det at arbeidstakeren er organisert og det at arbeidstaker ikke er organisert. Grunnlaget omfatter også medlemskap i en bestemt arbeidstakerorganisasjon, eventuelt ikke-medlemskap i en bestemt organisasjon.⁹²

Begrepet «arbeidstakerorganisasjon» skal antakelig forstås på samme måte som begrepet «fagforening» etter arbeidstvistloven. Med fagforening menes «enhver sammenslutning av arbeidere eller av arbeideres foreninger, når den har det formål å ivareta arbeidsgiverens interesser overfor deres arbeidsgivere» (arbeidstvistloven § 1 nr. 3). Det er tale om et meget omfattende begrep. Det er tilstrekkelig at arbeidstakere opptrer i fellesskap, enten det er tale om en fast organisasjon eller en sammenslutning opprettet for en enkeltstående anledning.⁹³

⁸⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.7 side 32.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25 side 326 og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.5.2 side 40-41.

⁹¹ Fougner og Holo 2006 side 585-586.

⁹² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.7 side 32. Jf. også nemndas sak nr. 17/2007.

⁹³ Jakhelln 2008 side 299-300.

⁸⁸ Jakhelln 2008 side 294-295.

12.22.3 Forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Forskjellsbehandling i ansettelsesforhold på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon kan skje i forbindelse med ansettelser, forfremmelser mv., i lønnsforhandlinger eller som oppsigelsesgrunn.

Spørsmålet om overtredelse av arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er i få tilfeller blitt behandlet i domstolene. Et eksempel er en Høyesterettsdom som gjaldt en virksomhetsoverdragelse der det var satt som vilkår at de ansatte som ble overført til den nye arbeidsgiveren ikke organiserte seg (Rt. 2001 side 248). Arbeidstakerne fikk medhold i at dette kravet var i strid med arbeidsmiljøloven (daværende § 55A). En annen sak gjaldt midlertidige ansettelseskontrakter som inneholdt en plikt til å organisere seg i LO (Rt. 2001 side 1413). Denne avtaleklausulen ble ansett ugyldig etter arbeidsmiljøloven.

Det er også få saker om påstått diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon som kommer til ombudet. Fra 1. januar 2006 (da ombudet ble opprettet og fikk kompetanse til å behandle slike saker) og frem til 20. mai 2008, fikk ombudet totalt 16 henvendelser om diskriminering av arbeidstakere på grunn av medlemskap/ ikke-medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Elleve av disse sakene gjaldt lønn og fire av sakene gjaldt trakassering. I ti av sakene mente arbeidstakerne seg trakassert eller diskriminert fordi de *ikke* var organiserte.

Ombudet ga uttalelse kun i én av disse sakene.⁹⁴ Saken gjaldt en arbeidstaker som mente at han hadde lavere lønn enn fagorganiserte i tilsvarende stillinger. Ombudet bemerket at lokale forhandlinger ikke er i strid med diskrimineringsforbudet, selv om det ofte er slik at et krav fra en organisert arbeidstaker står sterkere enn et krav fra en uorganisert arbeidstaker. Dette uttaler ombudet for øvrig også i flere av de andre sakene, der det begrunnes med at dette ligger i forhandlingsmodellens natur fordi en gjerne står sterkere når flere står sammen og har en representant til å tale sin sak.

Arbeidstakeren anførte for det første at arbeidsgiver ikke tilrettela for lønnsforhandlinger for uorganiserte på en praktisk måte. Han mente han hadde fått manglende informasjon med hen-

syn til hvordan han burde gå frem og manglende praktisk tilrettelegging/bistand. Ombudet mente imidlertid at han ikke hadde frembrakt noen opplysninger som underbygget at han hadde forsøkt å få informasjon eller å fremme lønnskrav. Han anførte for det andre at arbeidsgiver ikke hadde foretatt en individuell vurdering av de uorganisertes lønnskrav og lønnsnivå. Ombudet mente imidlertid at det at han ikke fikk høyere lønn var et direkte resultat av forhandlingsprosessen. Ombudet kom på denne bakgrunn til at arbeidstakeren ikke var diskriminert i strid med loven.

En sak fra nemnda i 2007 gjaldt en arbeidstaker som mente at han ble forskjellsbehandlet i de lokale lønnsforhandlingene fordi han ikke var organisert.⁹⁵ Han hevdet blant annet at han ikke hadde mulighet til å fremme krav. Han mente også at det var i strid med loven at virkningsdatoen for endringene i hans lønn var senere enn for de organiserte. Han følte seg av disse grunner presset til å organisere seg, og mente at dette i realiteten innebar en begrensning av organisasjonsretten. Det var ifølge nemnda ikke noe som tydet på at han ble behandlet dårligere med hensyn til lønnsutviklingen fordi han var uorganisert. Nemnda kom til at et senere virkningstidspunkt heller ikke var i strid med loven. Dette fulgte av unntaket i § 13-2 fjerde ledd. Nemnda uttalte:

«Diskrimineringsvernet innebærer således ingen endringer i ufravikelighetsprinsippet. Prinsippet gir tariffpartene, dvs. arbeidsgiver som tariffpart og arbeidstakerorganisasjonen som tariffpart rett til å kreve at det ikke er forskjell mellom de lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for sine medlemmer, og de lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for de uorganiserte arbeidstakere.

Bestemmelsene i likebehandlingskapittelet kommer ikke til anvendelse dersom virkningsdatoene for lønnsendringene til de organiserte ingeniørene i avdelingen følger av tariffavtale. A kan da ikke etter arbeidsmiljøloven kreve at hans lønnsendringer skal ha samme virkningsdato som lønnsendringene til de organiserte ingeniørene i avdelingen. Det er arbeidstakerorganisasjonen, som tariffpart, som må bringe en slik sak til Arbeidsretten.»

Et springende punkt for nemnda var om det var tale om tariffavtale i lovens forstand. Virkningsdatoen for de organisertes lønnsendringer var ikke eksplisitt regulert i overenskomstene mellom arbeidstakerforeningen og arbeidsgiver, men i

⁹⁴ Ombudets sak nr. 06/1749.

⁹⁵ Nemndas sak nr. 17/2007.

forhandlingsprotokoller mellom de samme parter etter lokale forhandlinger. Etter en konkret vurdering fant nemnda at de aktuelle forhandlingsprotokollene var av generell, normativ art. Protokollene gjaldt generelt for klagers organiserte kolleger, og ikke bare for bestemte arbeidstakere. Forhandlingsprotokollene ble derfor ansett å være tariffavtale. Diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kom derfor ikke til anvendelse når det gjaldt de ulike virkningsdatoene for lønnsendringene.

Se også nemndas sak nr. 2/2009 der nemnda kom til at det ikke var grunn til å tro at arbeidstakeren med hensyn til lønn var blitt utsatt for ulovlig forskjellsbehandling som uorganisert.

12.22.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært om forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon bør utvides til andre samfunnsområder enn arbeidslivet, eller om forbudet fortsatt skal gjelde bare i arbeidsforhold. Utvalget har også vurdert om diskrimineringsgrunnlaget bør tas inn i en samlet diskrimineringslov eller videreføres i arbeidsmiljøloven. Det vises til punkt 13.7.1.

12.23 Deltidsansettelse og midlertidig ansettelse

12.23.1 Lovvern

Et forbud mot diskriminering av arbeidstakere som arbeider deltid eller som er midlertidig ansatt er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 13-1 tredje ledd, som sier at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13 om vern mot diskriminering «gjelder tilsvarende» ved diskriminering av arbeidstakere som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. Forbudet implementerer diskrimineringsforbudene i EU-direktivene 97/81/EF om deltidsarbeid og 99/70/EF om midlertidige ansettelsesforhold som er en del av EØS-avtalen. Direktivene gjennomfører rammeavtaler mellom partene i arbeidslivet på europeisk nivå. De EU-landene utvalget har sett nærmere på har alle implementert disse direktivene i egne lover.

Diskrimineringsforbudet innebærer at arbeidstakere ikke må behandles på en mindre gunstig måte enn heltids-/fast ansatte, utelukkende fordi de er deltids- / midlertidig ansatte. Forbudet er ikke absolutt, jf. blant annet unntaket for saklig forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven

§ 13-3 andre ledd. Dette må fortolkes i lys av § 4 nr. 2 i begge EU-direktivene som sier at prinsippet om ikke-diskriminering ikke er i veien for at rettighetene utmåles forholdsmessig i forhold til arbeidstakerens stillingsandel eller ansettelsestid.⁹⁶

Forskjellsbehandling på grunn av deltid eller midlertidig ansettelse også utenfor arbeidslivet vil omfattes av forbudet mot indirekte kjønnsdiskriminering så langt forskjellsbehandlingen har sammenheng med kjønn fordi det er flere kvinner enn menn som er deltidsansatt eller midlertidig ansatt.

12.23.2 Begrepene

Arbeidsmiljøloven har verken i lovtekst eller forarbeider noen definisjon på hva som menes med deltidsansettelse. EUs deltidsdirektiv definerer deltid på følgende måte i avtalens § 3:

- «1) «deltidsansatt» en lønntaker med en normal arbeidstid som beregnet på ukentlig basis eller som et gjennomsnitt over en ansettelsesperiode på inntil ett år er kortere enn arbeidstiden til en tilsvarende heltidsansatt,
- 2) «tilsvarende heltidsansatt» en lønntaker som arbeider heltid i samme virksomhet og som har samme type arbeidsavtale eller arbeidsforhold og samme eller liknende arbeid/oppgaver, når man tar hensyn til andre forhold som for eksempel ansiennitet og kvalifikasjoner/ferdigheter.

Dersom det ikke finnes noen tilsvarende heltidsansatt i samme virksomhet, skal sammenligningen skje ved henvisning til gjeldende tariffavtale eller, dersom det ikke foreligger noen gjeldende tariffavtale, i samsvar med nasjonal lovgivning, tariffavtaler eller nasjonal praksis.»

Det er ansettelsesavtalen som bestemmer om en arbeidstaker er deltidsansatt eller ikke. Om en arbeidstaker av ulike grunner faktisk arbeider kortere er ikke avgjørende. Det betyr at arbeidstakere som er ansatt på full tid, ikke regnes som deltidsansatte dersom de av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har redusert arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd. Det samme gjelder arbeidstakere som er sykmeldt eller som har delvis foreldrepermisjon

⁹⁶ Se nærmere om forbudet mot forskjellsbehandling av deltids- og midlertidig ansatte i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 15.3 side 197 og NOU 2004: 5 punkt 14.3 side 278 flg. Om diskrimineringsvernet for deltidsansatte, se Aune 2008 og Aune 2009.

etter arbeidsmiljøloven § 12-6. Disse arbeidstakerne arbeider kortere tid i en begrenset periode, og har rett til å gå tilbake til avtalt arbeidstid når denne perioden er utløpt.

Med midlertidig ansettelse menes tidsavgrensede ansettelsesforhold, som opphører uten forutgående oppsigelse når den avtalte ansettelsesperioden er utløpt. Motsetningen er faste stillinger, det vil si tidsubegrensede ansettelsesavtaler som løper inntil en av partene sier opp avtalen. Arbeidsmiljølovens hovedregel er fast ansettelse. Arbeidsgivers adgang til å inngå midlertidige ansettelseskontrakter er regulert i arbeidsmiljøloven § 14-9.

12.23.3 Bakgrunn

Bakgrunnen for EU-direktivene og diskrimineringsforbudet er utviklingen av nye ansettelsesformer og behovet for et mer fleksibelt arbeidsliv som ivaretar både arbeidsgiveres og arbeidstakeres behov. Deltidsdirektivet skal gi en generell ramme for å fjerne forskjellsbehandling av deltidsansatte og å bistå utviklingen av mulighetene for deltid på grunnlag som er akseptable både for arbeidsgivere og arbeidstakere. Siden det er flere kvinner enn menn som er deltids- eller midlertidig ansatt vises det også til målsettingen om likestilling mellom kvinner og menn. Det skal legges vekt på tiltak som letter adgangen til deltidsarbeid med henblikk på forberedelse til pensjonering, tilpasning til familieliv og forbedring av kvalifikasjoner og karrieremuligheter. Direktivet om midlertidig ansettelse har som formål å forhindre misbruk av midlertidige stillinger gjennom gjentatte påfølgende midlertidige ansettelsesforhold og å sikre at midlertidige ansettelsesavtaler inngås på en akseptabel måte. Kvaliteten på midlertidige ansettelsesforhold skal forbedres ved anvendelse av ikke-diskrimineringsprinsippet. I forarbeidene til arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud vises det til de samme formålene.⁹⁷

Om lag ¼ av alle sysselsatte i Norge arbeider deltid. Det er flere kvinner enn menn som arbeider deltid. 43 prosent av alle sysselsatte kvinner arbeider deltid. Blant menn er andelen som arbeider deltid til sammenlikning 13 prosent.⁹⁸ De som arbeider deltid, veksler gjerne på perioder med deltid og fulltid. For de fleste det gjelder vil det være tale om et mer eller mindre frivillig valg om

å arbeide mindre enn full tid, ofte på grunn av omsorg for barn eller utdanning. I en del tilfeller kan det imidlertid stilles spørsmålsteget ved hvor frivillig deltidsarbeid er. For eksempel er det i noen sektorer i stor grad bare deltidsstillinger som tilbys.⁹⁹

Fast ansettelse er den vanligste eller «normale» form for ansettelse i Norge. I 2003 var om lag 10 prosent av lønnstakerne midlertidig ansatt. Dette inkluderer en liten gruppe med permisjon fra en annen (fast) stilling. Andelen midlertidig ansatte varierer i løpet av året, med en topp i sommermånedene. De fleste som er midlertidig ansatt er vikarer. Midlertidige ansettelser er vanligst blant yngre arbeidstakere. Drøye halvparten av de midlertidige ansatte er under 30 år, og to tredeler er under 35 år. Kvinner er oftere midlertidig ansatt enn menn, blant annet fordi midlertidige ansettelser er vanligst i en del sektorer med høy kvinneandel.¹⁰⁰

Forskjellsbehandling som omfattes av arbeidsmiljøloven er deltids- eller midlertidig ansatte som tilbys dårligere lønn og andre arbeidsvilkår enn heltids/fast ansatte. Det kan være tale om lavere timelønn, at arbeidstakerne ikke får delta i lokale lønnsforhandlinger på linje med andre ansatte i virksomheten, at arbeidstakerne ikke får opplæring og kvalifiserende arbeidsoppgaver eller ikke samme mulighet til arbeidstakermedvirkning, mv.

Forskjellsbehandling på grunn av deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse kan også tenkes utenfor arbeidsforhold. Pensjonsordninger og trygd kan innebære direkte eller indirekte forskjellsbehandling av deltids- eller midlertidig ansatte, for eksempel ved terskler knyttet til stillingsbrøk eller ved at ytelsene bygger på inntekt. Pensjonsordninger omfattes bare av arbeidsmiljøloven hvis det er tale om ordninger som må betraktes som en del av arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår. Folketrygdloven og andre offentlige ytelser faller derfor utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. Likestillingslovens forbud gjelder derimot også utenfor arbeidslivet. Loven gjelder i prinsippet også pensjons- og trygdeytelser. Forskjellsbehandling på grunn av deltid når det gjelder pensjon og trygd vil imidlertid i de fleste tilfeller anses som legitim etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Dette vil være for eksempel hvis forskjellsbehandlingen er forholdsmessig i

⁹⁷ NOU 2004: 5 punkt 14.3.6 side 280-281 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 15.3.8 side 199.

⁹⁸ Arbeidskraftundersøkelsen, Statistisk Sentralbyrå, 2008.

⁹⁹ Se nærmere om deltid og undersysselssetting i NOU 2004: 29.

¹⁰⁰ Tall fra 2003, 3. kvartal, jf. NOU 2004: 5 punkt 5.4.1 side 66-67.

forhold til arbeidstakerens stillingsandel eller ansettelsestid. Ytelser basert på tidligere inntekt vil kunne være indirekte forskjellsbehandling av deltidsansatte som tjener mindre fordi de arbeider mindre. Slik indirekte forskjellsbehandling vil tilsvarende måtte regnes som saklig begrunnet.

Et annet praktisk eksempel utenfor arbeidslivet er kredittvurderinger i forbindelse med låneopptak, der midlertidig ansatte ikke vurderes som like sikre betalere som fast ansatte. Det at man er midlertidig ansatt kan ha betydning for tilbakebetalingsevnen på et senere tidspunkt, og dette vil også kunne bli tillagt vekt ved en lånesøknad.

12.23.4 Spørsmålet om vern i en ny samlet lov

Spørsmålet for utvalget har vært om forbudet mot diskriminering på grunn av midlertidig ansettelse eller deltidsansettelse skal utvides til andre samfunnsområder enn arbeidslivet. Et annet spørsmål har vært om forbudet skal tas inn i en ny samlet diskrimineringslov eller om det fortsatt bør reguleres i arbeidsmiljøloven. Det vises til punkt 13.7.2.

Kapittel 13

Lovens diskrimineringsgrunnlag – utvalgets vurderinger og forslag

13.1 Spørsmål og utgangspunkter

Utvalget har vurdert hvilke diskrimineringsgrunnlag som skal være vernet etter diskrimineringsloven. Dette spørsmålet omfatter både spørsmålet om hvordan diskrimineringsforbudet skal utformes, om diskrimineringsvernet skal utvides i forhold til gjeldende rett, og spørsmålet om enkelte diskrimineringsforbud kun skal reguleres i arbeidsmiljøloven.

Utvalget har derfor vurdert følgende spørsmål:

- Skal lovens diskrimineringsforbud ha en oppregning av diskrimineringsgrunnlag, eller skal forbudet utformes som et generelt forbud mot usaklig forskjellsbehandling?
- Skal en eventuell oppregning av diskrimineringsgrunnlagene være uttømmende, eller skal oppregningen suppleres med en sekkekategori?
- Skal diskrimineringsgrunnlag som i dag innfortolkes i gjeldende diskrimineringsgrunnlag tas inn i lovens liste over oppregnede diskrimineringsgrunnlag?
- Skal diskrimineringsvernet utvides til nye grunnlag?
- Skal diskrimineringsvernet for grunnlag som i dag bare har lovfestet vern på enkelte samfunnsområder, utvides til å gjelde også på andre samfunnsområder?
- Skal alle diskrimineringsgrunnlagene tas inn i en ny samlet diskrimineringslov, eller skal enkelte grunnlag fortsatt kun reguleres i arbeidsmiljøloven?

13.2 Utvalgets forslag – oversikt

Utvalget foreslår at diskrimineringsvernet fortsatt skal være knyttet til en oppregning av diskrimineringsgrunnlag i loven. Utvalget foreslår at diskri-

mineringsgrunnlagene i en samlet diskrimineringslov blir kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Utvalget foreslår med dette ingen nye diskrimineringsgrunnlag, da disse grunnlagene i dag er vernet etter gjeldende diskrimineringslovgivning.

Utvalgets flertall foreslår likevel at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke skal være uttømmende, men at den skal suppleres med sekkekategorien «liknende vesentlige forhold ved en person». Her siktes det til grunnlag som har sammenheng eller likhet med de opplistede grunnlagene, i form av personlige forhold som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder. Eksempler på grunnlag som etter omstendighetene vil kunne påberopes under sekkekategorien vil være kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner), omsorg for nærstående, helse, rusavhengighet, overvekt, utseende eller det at en person er straffedømt.

Vernet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og politisk syn, som i dag kun er vernet i arbeidslivet (seksuell orientering også i boligforhold), utvides til å gjelde alle samfunnsområder. Lovens generelle forbud mot aldersdiskriminering foreslås fortsatt bare å gjelde i arbeidsforhold. Aldersdiskriminering bør likevel kunne påberopes på andre samfunnsområder i særlige urimelige eller usaklige tilfeller under sekkekategorien. Forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse foreslås kun regulert i arbeidsmiljøloven.

Forslaget innebærer at likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering samt diskriminerings- og tilgjengelighetsloven oppheves i sin helhet og erstattes av reglene i den nye samlede diskrimineringsloven. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 videreføres med en del endringer, se punkt 13.7.3.

13.3 Liste over diskrimineringsgrunnlag

Utvalget skal ifølge mandatet vurdere om diskrimineringsforbudet bør utformes som et generelt forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Diskrimineringsvernet vil da omfatte alle tilfeller av forskjellsbehandling som mangler saklige og/ eller tungtveiende grunner. Dette vil sikre alle personer en likeverdig beskyttelse. Vernet vil i tilfelle ikke være bestemt av personlige egenskaper eller av tilstanden til personen det gjelder. Vurderingstemaet vil i stedet være om forskjellsbehandlingen er saklig og ikke får uforholdsmessige negative konsekvenser for den det gjelder. En unngår at det i lovteksten pekes ut noen grupper som særlig sårbare eller utsatte.

Utvalget foreslår at diskrimineringsforbudet lovfestes med en oppregning av diskrimineringsgrunnlag. Utvalget viser til at dette er den vanligste lovteknikken for diskrimineringslovgivning, hvor det særlig er ulike gruppers interesseorganisasjoner som har vært pådrivere for å få lovfestet nye diskrimineringsgrunnlag. Utvalget mener at lovfestede diskrimineringsgrunnlag understreker likeverdet også for disse gruppene.

Vi har ulike saklighetskrav i norsk rett, som innebærer forbud mot usaklig forskjellsbehandling, se punkt 5.10. Et eksempel er det ulovfestede saklighetskravet (myndighetsmisbrukslæren) som setter grenser for forvaltningens myndighetsutøvelse. Myndighetsmisbrukslæren går i korthet ut på at det offentlige ikke kan vektlegge utenforliggende, eller usaklige, hensyn som grunnlag for sine beslutninger. Terskelen for å konstatere myndighetsmisbruk er imidlertid ganske høy, og det er den som påberoper seg at det er tatt utenforliggende hensyn som må føre bevis for dette. Det er sterkere reelle hensyn som taler for å stille krav til offentlig myndighetsutøvelse, enn å regulere forholdet mellom private. Offentlige myndigheter spiller en særlig rolle og har et særlig ansvar når det gjelder gjennomføring av menneskerettigheter og å arbeide for samfunnsmessige mål som likestilling mv. Det må også kunne stilles særlige krav til offentlige organers forvaltning av fellesskapets ressurser. Det kan i tillegg vises til at EMK og andre menneskerettighetskonvensjoner først og fremst stiller krav til offentlige myndigheter. Saklighetskrav er også lovfestet i lover som regulerer forholdet mellom private parter. Som eksempel kan nevnes arbeids-

miljølovens stillingsvernsregler og forsikringsavtalelovens regler om forsikringsnekt.

Kjernen i diskrimineringslovgivningen er at visse forhold ved en person ikke kan vektlegges til dennes ulempe uten at dette har en tilstrekkelig saklig grunn. Dersom man ikke synliggjør hvilke forhold som omfattes av diskrimineringsforbudet blir det etter utvalgets vurdering uklart hvilke omstendigheter som ikke kan vektlegges. Det vil for mange være vanskelig å vite om den ene eller andre omstendigheten kan være saklig grunn til forskjellsbehandling, noe som kan føre til svak forutberegnelighet.

Svak forutberegnelighet over hva som omfattes av diskrimineringsvernet kan få i hvert fall to mulige utfall, som begge har til felles at de kan svekke lovens effektivitet. Enkeltpersoner kan la være å ta opp saker om diskriminering fordi de finner det for uklart hvorvidt forskjellsbehandlingen er i strid med loven eller ikke. På den måten kan vi få en situasjon hvor diskrimineringsvernet ikke blir effektivt fordi det ikke håndheves. Vi kan også få den motsatte situasjonen, hvor et stort antall saker bringes inn for ombudet, men hvor mange av sakene avvises fordi enkeltpersoner har en for vid oppfatning av hva som er usaklig og lovstridig forskjellsbehandling. Det kan være vanskelig for den enkelte å forstå hvorfor en sak blir avvist. Et stort antall avviste saker kan derfor igjen føre til svekket tillit til loven.

Et diskrimineringsforbud formulert som et generelt saklighetskrav kan dessuten flytte utfordringene forbundet med diskriminering over i nye rettslige argumentasjonsmønstre. Et generelt saklighetskrav vil i utgangspunktet gi et vidtrekkende forbud. Det vil imidlertid være behov for mange og betydelige unntak samtidig som det skal mindre til for at forskjellsbehandlingen vurderes som saklig. Dette kan føre til at et forbud får mindre reell gjennomslagskraft.¹

Ved å liste opp diskrimineringsgrunnlagene i loven synliggjøres hvilke grupper samfunnet og håndhevingsorganene særlig bør arbeide for å bedre stillingen til. Grunnlagene knytter seg gjerne til forhold som gjør noen personer særlig utsatte for diskriminering, og som det ofte vil være usaklig å legge vekt på. Det kan være en fare for at en ikke vil «oppdage» diskrimineringen hvis disse grunnlagene ikke identifiseres i loven.

Avgjørelsen av hvilke omstendigheter som skal kunne påberopes som diskriminering og dermed som grunnlag for å pålegge plikter, bør etter

¹ Emberland 2006b side 234.

utvalgets vurdering foretas først og fremst av lovgiveren. Denne avgjørelsen bør fattes på generelt grunnlag, hvor det foretas en bred vurdering av motstridende hensyn og interesser. Dersom loven kun skal ha et generelt saklighetskrav vil denne avgjørelsen legges fullt ut til ombudet, nemnda og domstolene. Saksbehandlingen i domstolene kan ikke sikre at motstridende hensyn vurderes godt nok, da det ikke sikres at de prinsipielle spørsmålene vil bli belyst utover de spørsmål den konkrete saken reiser. Spørsmål som er av mer politisk karakter vil dessuten bli overlatt til håndhevingsorganene.

Diskrimineringslovgivningen har i tillegg regler om delt bevisbyrde og oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld, som skal gjøre diskrimineringsvernet mer effektivt for de grupper som lovene omfatter, jf. kapittel 20 og 21. Utvalget mener at slike virkemidler av rettssikkerhetshensyn ikke kan forsvares dersom loven kun inneholder et generelt saklighetskrav. Et generelt saklighetskrav gir svak forutberegnelighet i forhold til hva som kan påberopes som diskriminering, med tilsvarende mindre muligheter til å innrette seg slik at man ikke i ettertid får en sak mot seg.

Diskrimineringsgrunnlagene sier dessuten noe om hvilke former for forskjellsbehandling som omfattes av ombudets rolle og myndighet. Ombudets pådriverrolle kan bli uklar og få en svakere forankring hvis bestemte grunnlag ikke pekes ut i loven. Et viktig argument er også at ombudets likestillingsarbeid er ressurskrevende. Så lenge ombudets ressurser er begrensede kan det at loven ikke peker ut de områder det skal fokuseres på, føre til at innsatsen i likestillingsarbeidet spres for bredt og svekkes på de områder der det særlig er et behov.

13.4 Uttømmende liste eller sekkekategori

Utvalget skal ifølge mandatet utrede og gi en anbefaling om hvorvidt en samlet diskrimineringslov bør ha en uttømmende eller en ikke-uttømmende oppregning av diskrimineringsgrunnlag (sekkekategori).

En sekkekategori vil bety at visse former for diskriminering på grunnlag som ikke er oppregnet vil kunne påberopes. Formålet med en sekkekategori vil være å ha en fleksibel norm for å fange opp grunnlag som utgjør grensetilfeller av eller har likheter med opplistede diskriminerings-

grunnlag, eller å fange opp tilfeller som det vil være støtende å holde utenfor vernet. På sikt vil en sekkekategori kunne innebære en utvidelse utover dette, for eksempel ved at det gjennom praksis avdekkes behov for vern for nye grupper. De avgjørende vurderingstemaene har for utvalget vært:

- om menneskerettighetene krever at listen ikke er uttømmende,
- om det er i samsvar med diskrimineringsforbudets formål at noen grupper ikke omfattes av lovens diskrimineringsvern,
- konsekvenser av en sekkekategori med hensyn til sentrale bestemmelser i loven som unntaket for saklig forskjellsbehandling, delt bevisbyrde, oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld, aktivitetsplikt samt ombudets og nemndas håndheving og ombudets pådriverrolle,
- om det er mulig å komme frem til kriterier som identifiserer vernede grunnlag, og
- om uklarhet og svak forutsigbarhet som følge av en sekkekategori kan avbøtes gjennom nærmere avgrensninger i lovtekst og forarbeider.

13.4.1 Gjeldende regler

Norsk rett

I de norske diskrimineringslovene er diskrimineringsgrunnlagene uttømmende oppregnet. Det betyr at hvis en påstand om diskriminering ikke kan knyttes til et av de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene, vil den som mener seg diskriminert ikke ha noe diskrimineringsvern.

Ikke-uttømmende bestemmelser om diskrimineringsvern er likevel ikke ukjent i norsk rett. Straffeloven § 77 har fra 2008 hatt en ikke-uttømmende liste over straffeskjerpene omstendigheter ved straffeutmålingen. Bestemmelsen er foreløpig ikke trådt i kraft. Etter bokstav i) skal det tas i betraktning om lovbruddet «har sin bakgrunn i andres religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, funksjonsevne eller *andre forhold som støter an mot grupper som har et særlig behov for vern*» (utvalgets utheving). Hatmotivert kriminalitet rettet mot andre minoritetsgrupper enn dem som er uttrykkelig nevnt, kan dermed gi grunnlag for å skjerpe straffen. Utviklingen kan tilsi at også andre grupper bør gis et særlig vern. Hvilke grupper denne sekkeategorien vil omfatte, bør det ifølge forarbeidene være opp til domstolene å vurdere.²

Internasjonale regler

Diskrimineringsreglene i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som EMK, SP og ØSK har ikke-uttømmende lister over diskrimineringsgrunnlag, supplert med en sekkekategori. Det samme gjelder EMK protokoll nr. 12 om diskriminering. EMK artikkel 14 om forbud mot diskriminering har følgende ordlyd:

«Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.» (utvalgets utheving)

Om fortolkningen av sekkekategorien «annen status», se punkt 13.4.2.

I EU-traktaten, EØS-avtalen og i EU-direktivene om likebehandling og ikke-diskriminering er imidlertid diskrimineringsgrunnlagene uttømmende oppregnet.

Utenlandsk rett

Noen land har en sekkekategori i sine grunnlover. Eksempler her er Sverige, Finland, Island, Nederland og Canada.

Finland er det eneste landet utvalget kjenner til som har en ikke-uttømmende liste i sin diskrimineringslovgivning, det vil si lovgivning som gjelder mellom private så vel som offentlige parter. Likebehandlingsloven § 6 første ledd lyder:

«Ingen får diskrimineras på grund av ålder, etnisk eller nasjonalt ursprung, nationalitet, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd, funktionshinder, sexuell läggning eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person.» (utvalgets utheving)

Den svenske diskrimineringsloven har en uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag. Spørsmålet om en ikke-uttømmende liste var imidlertid oppe under arbeidet med den nye samlede diskrimineringsloven fra 2008. Det uttales i forarbeidene at det på sikt kan være av interesse å vurdere et generelt og heldekkende diskrimineringsforbud med utgangspunkt i prinsippet om alle menneskers likeverd og like rettigheter. Den svenske regjeringen overveier derfor å utrede

mulighetene til et diskrimineringsforbud med en slik ikke-uttømmende liste.³ Dette må ses i lys av at den svenske grunnloven har et diskrimineringsforbud med en sekkekategori knyttet til listen over diskrimineringsgrunnlag.

13.4.2 Menneskerettslige krav

Ikke-uttømmende lister over diskrimineringsgrunnlag med kategorier som «annen status» e.l. i menneskerettskonvensjonene, reiser spørsmål om vi er forpliktet etter menneskerettighetene til å ha en sekkekategori i diskrimineringsloven.

Fortolkningen av «annen status»

Diskrimineringsgrunnlag som EMD (Den europeiske menneskerettsdomstol) og MRK (FNs menneskerettighetskomité) har innfortolket i sekkekategorien er blant annet ekteskapelig status, seksuell orientering, alder, funksjonsevne, transseksualisme, helse, nasjonalitet og yrkestilhørighet. De fleste grunnlagene som er innfortolket har likhetstrekk med de opplistede grunnlagene. Noen hevder at kategorien annen status forutsetter at nye grunnlag som påberopes må likne et eller flere av de opplistede grunnlagene.⁴ Hva disse likhetstrekkene i tilfelle skal være, er ikke uten videre enkelt å identifisere.⁵

Det kan imidlertid pekes på noen mulige fellesstrekk ved de grunnlagene som er listet opp i menneskerettighetskonvensjonene: Flere grunnlag relaterer seg til personlige karakteristika som det er utenfor individets kontroll, vilje eller handlefrihet å endre. Det kan alternativt være tale om karakteristika som er et utslag av individets handlefrihet, men som er av stor betydning for individet. Flere av diskrimineringsgrunnene har det til felles at de kjennetegner forhold hvor en person assosieres med en gruppe (i negativ forstand) og ikke vurderes som enkeltindivid. Diskrimineringsvernet er i disse tilfellene et uttrykk for individets autonomi og egenverd. Mange av de nye grunnlagene som er innfortolket i «annen status» av EMD og MRK kan sies å ha disse trekkene, som for eksempel alder, seksuell orientering eller funksjonsnedsettelse.

I enkelte avgjørelser fra EMD og MRK har imidlertid uttrykket «annen status» blitt tolket enten så vidt at grunnlagene ikke har disse trek-

² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) kapittel 12 side 271-272.

³ Proposition 2007/08: 95 side 110-111.

⁴ Makkonen 2005.

⁵ Gibson 1991.

kene eller så er vilkåret om at det må foreligge et diskrimineringsgrunnlag rett og slett tolket helt bort. EMD har for eksempel vurdert ulikheter i fiskerettigheter knyttet til forskjellige vann som forskjellsbehandling etter artikkel 14. Begrensningene i fiskerettighetene var begrunnet i miljøhensyn.⁶ I en annen sak vurderte domstolen forskjellsbehandling i straffeprosessen i ankesaker mellom domfelte som fikk fengselstraff og domfelte som ikke fikk fengselstraff, som forskjellsbehandling etter artikkel 14.⁷ Domstolen kom imidlertid i disse tilfellene til at forskjellsbehandlingen var saklig og dermed ikke i strid med konvensjonen. MRK har i en sak kommet til at et tilfelle der en tiltalt ble behandlet etter andre prosessuelle regler enn andre som var tiltalt for liknende straffbare forhold, var i strid med SP artikkel 26. Spørsmålet for MRK var bare om denne forskjellsbehandlingen var saklig eller ikke.⁸

Det avgjørende synes i enkelte tilfeller å være selve forskjellsbehandlingen og spørsmålet om denne er saklig, og ikke om handlingen kan knyttes til et bestemt diskrimineringsgrunnlag. Praksisen kan være vanskelig å forene med den dominerende oppfatningen i diskrimineringsrettslig teori og praksis om at det er en forutsetning for at det skal være tale om diskriminering at situasjonen kan knyttes til et bestemt diskrimineringsgrunnlag. Det er hevdet at diskrimineringsvernet med dette beveger seg i retning av et generelt saklighetskrav.⁹

Hvilke grunnlag EMD og MRK vil komme til å innfortolke i fremtiden kan vi ikke si noe sikkert om i dag. Det kan ikke utelukkes at vernet under «annen status» vil fortolkes videre langs en linje med nye grunnlag med få eller ingen likhetstrekk med opplistede grunnlag, eventuelt om EMD og MRK vil gå bort fra kravet til et bestemt diskrimineringsgrunnlag. Sekkekategoriene innebærer således et element av uklarhet og manglende forutsigbarhet. Det er imidlertid grunn til å anta at det ikke vil skje store og uforutsigbare sprang i fortolkningen.

Krav til gjennomføring i norsk rett

En sekkekategori i diskrimineringslovgivningen vil bety et fleksibelt vern som kan omfatte både

gjeldende og eventuelle nye grunnlag som er vernet etter menneskerettighetskonvensjonene. De fleste av grunnlagene som er regulert eller innfortolket i konvensjonene i dag er omfattet av gjeldende diskrimineringslovgivning og vil også være omfattet av en samlet diskrimineringslov, jf. utvalgets forslag til ny lov. Likevel vil det være noen grunnlag som ikke omfattes. I tillegg kan det tenkes nye grunnlag som ikke er innfortolket i dag, i noen tilfeller fordi de ikke er påberopt overfor EMD eller MRK.

Det følger av menneskerettighetene at også diskrimineringsgrunnlag som i dag ikke er uttrykkelig lovfestet, skal kunne påberopes for norske domstoler, jf. «annen status» og de grunnlagene som er innfortolket i denne. Lovfesting av diskrimineringsforbud i formell lov er én måte å oppfylle de internasjonale forpliktelsene på, men ikke nødvendigvis den eneste måten. Dette betyr at staten ikke har plikt til å ha en sekkekategori i diskrimineringslovgivningen.

Ulike beskyttelsesnivå i diskrimineringsloven, menneskerettsloven og Grunnloven

Menneskerettighetenes krav om vern mot diskriminering som påberopes under «annen status», er etter utvalgets vurdering gjennomført tilstrekkelig i dag gjennom konvensjoner som er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Selv om det ikke lovfestes en sekkekategori i diskrimineringslovgivningen, følger et tilsvarende vern uansett av konvensjoner inntatt i menneskerettsloven. EMK, SP og ØSK er gjort til norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. Personer som mener seg diskriminert av grunner som ikke er opplistet i diskrimineringslovgivningen vil kunne påberope seg diskrimineringsbestemmelsene i disse konvensjonene. Ikke-diskrimineringsbestemmelsene i konvensjoner tatt inn i menneskerettsloven fungerer som en slags sikkerhetsventil i disse tilfellene. Brudd på konvensjonene kan påberopes overfor norske domstoler og eventuelt påklages til internasjonale organer som EMD og MRK.

Vernet vil imidlertid ikke være like effektivt som et vern i diskrimineringsloven. Konvensjonsbestemmelser kan bare i begrenset grad påberopes direkte overfor private. Hvorvidt konvensjonen kan påberopes overfor privatpersoner, organisasjoner eller virksomheter, avhenger av den konkrete situasjonen og en tolkning av den aktuelle konvensjonsteksten. Om en konvensjon har slik virkning vil imidlertid være høyst usikkert og har uansett liten praktisk betydning. Hva som er innholdet i

⁶ Alatulkkila mot Finland sak nr. 33538/96, dom 28. juli 2005.

⁷ Monnell og Morris mot Storbritannia saker nr. 9562/81 og 9818/82, dom 2. mars 1987.

⁸ Kavanagh mot Irland sak nr. 819/1998, avgjørelse 4. april 2001.

⁹ Jf. for eksempel Makkonen 2005 eller Justesen 2007 side 185.

diskrimineringsvernet etter konvensjonene er for mange i tillegg vanskelig å finne ut av. Fortolkningen krever innsikt i praksis fra EMD og MRK. Uklarhet med hensyn til rettighetenes rekkevidde blir også større dersom de generelt utformede rettighetene etter internasjonale konvensjoner ikke er konkretisert i nasjonal lovgivning.

Reglene som følger av konvensjoner implementert i menneskerettsloven, kan heller ikke håndheves av ombudet og nemnda. Dette særlige håndhevingsapparatet er et lavterskeltilbud som gir adgang til raskere og rimeligere håndheving enn nasjonale domstoler, EMD eller MRK. Reglene om delt bevisbyrde og oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld samt kompetansen til de særlige håndhevingsorganene ombudet og nemnda, forbeholdes de grupper som er utpekt i diskrimineringsloven. En som mener seg diskriminert av grunner som ikke er regulert i diskrimineringsloven, vil ikke kunne gå til ombudet og nemnda med sin sak. En person som vil påberope seg konvensjoner implementert i menneskerettsloven må i stedet gå til domstolene. Å drive en sak gjennom domstolsapparatet kan ta mange år og være kostbart, og vil derfor for svært mange ikke være noe reelt alternativt. Å bringe en sak til EMD eller MRK er en enda lengre vei å gå, som tar mange år og krever store ressurser, med stor risiko for at saken ikke en gang blir tatt til behandling i disse organene.

Et alternativ til en sekkekategori i diskrimineringslovgivningen kan være å lovfeste en sekkekategori i en generell grunnlovsbestemmelse, mens diskrimineringsloven forbeholdes opplistede grunnlag. Denne løsningen er valgt i Sverige, Finland, Island, Nederland og Canada. Utvalgets flertall foreslår i punkt 25.7 å grunnlovsfeste ikke-diskrimineringsprinsippet med en sekkekategori. Grunnlovsbestemmelsen kan eventuelt utformes slik at vernet kan påberopes også mellom private parter. Et argument mot en slik løsning er at heller ikke dette vernet vil være like effektivt som vernet etter diskrimineringsloven, jf. ovenfor om sanksjoner, bevisbyrde, håndheving mv.

Det er etter utvalgets vurdering forenlig med menneskerettighetene å ha to beskyttelsesnivåer i diskrimineringsvernet ved at det i menneskerettsloven gis en basisbeskyttelse på alle diskrimineringsgrunnlag, samtidig som det lovfestes et reelt sterkere vern for enkelte grunnlag i diskrimineringsloven. Noe annet ville bety at de aller fleste lands rettssystemer ikke oppfyller menneskerettslige krav. Både i de internasjonale menneskerettighetene og i utenlandsk rett er det slik

at enkelte grunnlag er gitt et mer omfattende vern enn andre. Det er som nevnt flere land som har lovfestet en sekkekategori i Grunnloven som gir et basisvern, mens mer omfattende diskrimineringsregler er regulert i diskrimineringslovgivningen for enkelte grunnlag. Et annet eksempel er reglene om kjønnsdiskriminering etter FNs kvinnekonvensjon som gir både materielt og prosessuelt et sterkere vern mot diskriminering innenfor sitt område enn det som gjelder etter andre konvensjoner med hensyn til andre grunnlag som for eksempel seksuell orientering.

13.4.3 Sammenhengen med lovens formål

Utvalget har vurdert om det er i samsvar med diskrimineringslovgivningens formål at noen grunnlag omfattes av lovens diskrimineringsvern, mens andre ikke gjør det.

Spørsmålet om hvilke grunnlag som skal omfattes eller ikke av diskrimineringsvernet bør etter utvalgets syn vurderes i lys av hvem som har et faktisk behov for vern, eventuelt hva slags former for forskjellsbehandling som særlig oppfattes som et problem. Mange mennesker utsettes for handlinger og situasjoner som oppleves som urettferdige, urimelige eller usaklige. Ved å liste opp i loven hvilke grunnlag som skal ha et diskrimineringsvern, trekkes det en grense mellom når det er legitimt å forskjellsbehandle og når det ikke er det.

Ut fra lovens generelle formål om å fremme likestilling uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forhold må utgangspunktet være at det er en eventuell utelukkelse fra, eller differensiering av, vernet som må begrunnes. Hvis diskrimineringslovgivningen ikke skal gjelde noen grunnlag, må det være fordi disse ikke kan knyttes til grupper som har behov for et diskrimineringsvern eller fordi diskrimineringsvern ikke er et hensiktsmessig virkemiddel når det gjelder de problemene det er tale om.

En sekkekategori kan bidra til å sikre et diskrimineringsvern der det er et reelt behov for det, på tross av at det ikke er blitt fanget opp av lovgiver. Hvis noen er særlig utsatt for usaklig forskjellsbehandling av et visst omfang og alvorlighetsgrad, taler dette for at de har et behov for diskrimineringsvern. Dagens diskrimineringsvern retter seg mot slike grupper. Samtidig kan det ikke utelukkes at tilsvarende problemer også gjør seg gjeldende overfor andre grupper. Det at et vern er kommet på plass handler ikke nødvendigvis bare om art eller omfang av problemer, men også om

synlighet og politisk gjennomslag. Andre grupper kan være like utsatt for trakassering eller usaklig forskjellsbehandling, men uten at dette har blitt en del av den offentlige debatt. Det å foreta en endelig eller dekkende identifikasjon av slike grupper er neppe mulig. Hvilke andre grupper eventuelt vil komme til å ha behov for vern, vil også kunne komme til å endre seg over tid, på samme måte som dagens vern har vokst frem på ulike tidspunkt for ulike grupper.

En sekkekategori kan gi fleksibilitet med hensyn til behov som ikke er identifisert i dag eller som ikke er oppstått. Det kan tas høyde for at samfunnet endrer seg, at nye sårbare grupper dannes og at nye problemer og behov identifiseres eller oppstår. Det samme gjelder våre oppfatninger om hva slags forskjellsbehandling som er legitim. Vår tids holdninger og lovgivning knyttet til homofile er et eksempel på at det har skjedd en slik endring. En sekkekategori vil dermed kunne få betydning når det gjelder nye forhold som ikke tidligere eksisterte eller er blitt identifisert. Det vil være tale om en dynamisk norm ved at grensen mellom grunnlag som omfattes og ikke omfattes forskyves, slik at nye grunnlag til en viss grad kan trekkes inn i vernet.

Det er også vanskelig å danne seg et godt bilde av situasjonen i dag. Hvilke grupper som blir identifisert og dermed får et uttrykkelig diskrimineringsvern i lovgivningen gjennom oppregningen av diskrimineringsgrunnlagene, trenger ikke være sammenfallende med hvilke grupper som faktisk har et behov for vern. Og enda vanskeligere er det å forutse hvilke problemer og behov som kan oppstå i fremtiden. En uttømmende liste kan selvfølgelig suppleres ved ny lovgivning, men dette krever som nevnt ressurser i form av identifikasjon, dokumentasjon og politisk press som ikke alle grupper har tilgjengelig.

Utvalget mener at det at usaklig forskjellsbehandling på bestemte grunnlag forekommer i liten grad eller ikke er dokumentert, i seg selv ikke er noen grunn til *ikke* å forby diskriminering på slike grunnlag. Et diskrimineringsforbud kan også begrunnes prinsipielt, uavhengig av hvor mange personer det er tale om, hvor stort omfang problemene har og hva som kan dokumenteres. Det kan være behov for å kunne slå ned på usaklig forskjellsbehandling som er i strid med prinsippet om alle menneskers likeverd fordi det får urimelige konsekvenser for enkeltpersoner. Likeledes kan et diskrimineringsvern begrunnes i et behov for å verne andre rettigheter, for eksempel privatlivets fred eller ytringsfriheten.

Lovfesting av en sekkekategori kan også ha betydning hvis det er tale om saker i grunnlagenes randsone, for eksempel transseksuelle som i dag har et vern gjennom forbudet mot kjønnsdiskriminering mens det er uklart om andre transpersoner er vernet. En sekkekategori kan derfor sikre at randsone av de oppramsede diskrimineringsgrunnlagene, som det ville være urimelig å holde utenfor vernet, er omfattet.

En ikke-uttømmende liste vil dessuten gjøre det enklere å håndheve interseksjonell diskriminering, se kapittel 14 om diskriminering på flere grunnlag. Dette kan være aktuelt i dag ved forskjellsbehandling som er knyttet til en kombinasjon av et vernet diskrimineringsgrunnlag og andre forhold ved en person som ikke er vernet, eksempelvis etnisitet og rusavhengighet.

Grupper som utvalget har sett nærmere på er blant annet personer med omsorgsoppgaver, transpersoner, overvektige, rusavhengige, straffedømte og personer som har et utseende andre reagerer negativt på. Valget av disse er basert blant annet på fokus fra media, innspill fra interesseorganisasjoner samt internasjonal og utenlandsk rett. Utvalget mener at dette er grupper som utsettes for usaklig forskjellsbehandling og som kan ha behov for vern. Utvalget har også sett på eldres situasjon utenfor arbeidslivet, i lys av forslaget om å begrense forbudet mot aldersdiskriminering til bare å gjelde i arbeidslivet, se punkt 13.4.6.2.

13.4.4 Konsekvenser av en sekkekategori

Eventuelle utilsiktede konsekvenser eller problemer knyttet til rettsanvendelsen vil være et argument mot lovfesting av en sekkekategori. Alternativt kan det være et argument for differensiering, ved at enkelte av disse reglene ikke skal gjelde grunnlag som påberopes under sekkekategorien. I det følgende drøftes hvordan lovens regler konkret vil måtte fortolkes når et diskrimineringsgrunnlag under en eventuell sekkekategori påberopes. Utvalget drøfter hvilke utilsiktede konsekvenser lovfesting av en sekkekategori kan få for rettsanvendelsen med hensyn til unntaket for saklig forskjellsbehandling. Videre drøftes ombudets håndheving og pådriverrolle. Forholdet mellom en sekkekategori og reglene om arbeidsgivers aktivitetsplikt, delt bevisbyrde samt oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld drøftes i henholdsvis punkt 17.2, punkt 20.4.5 og punkt 21.3.1. Disse reglene innebærer særlige, sterke og eventuelt ressurskrevende virkemidler slik at

det bør foreligge en særlig grunn hvis slike regler skal gjøres gjeldende.

Unntak for saklig forskjellsbehandling

Forskjellsbehandling som er saklig regnes ikke som diskriminering og vil dermed falle utenfor lovens diskrimineringsforbud, se punkt 3.2 og punkt 16.4.

Det kan reises spørsmål om hvordan en sekkekategori skiller seg fra et generelt saklighetskrav, og hvorfor utvalget mener det er store betenkeligheter med å lovfeste et saklighetskrav, samtidig som flertallet likevel foreslår lovfesting av en sekkekategori. Det kan være en fare for at en med en sekkekategori får et diskrimineringsforbud som i praksis fungerer som et alminnelig saklighetskrav. For eksempel vil det kunne argumenteres med at konsekvensene av forskjellsbehandlingen av en person i arbeidslivet på grunn av rusavhengighet eller omsorgsoppgaver, har et usaklig formål og får så urimelige konsekvenser at denne personen derfor bør ha et diskrimineringsvern. Det kan dermed ikke utelukkes at kravet om diskrimineringsgrunnlag, forskjellsbehandling og sammenlikningsperson(er) dermed vil bli visket ut. Dette kan imidlertid motvirkes dersom en eventuell sekkekategori utformes slik at det må være tale om et grunnlag som har likheter eller sammenheng med et eller flere av de grunnlagene som er opplistet i loven, se punkt 13.4.7.

Et annet problem kan være at man oftere vil måtte betrakte forskjellsbehandlingen som saklig og dermed i færre tilfeller som diskriminerende, fordi en sekkekategori ville kunne romme tilfeller hvor forskjellsbehandling i seg selv ofte kan være velbegrunnet. I dag praktiseres reglene slik at den innklagede må ha svært tungveiende grunner for at unntaksreglene skal anvendes. Dette henger sammen med at de grunnlagene som er nevnt i loven kan knyttes til grupper som er særlig utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Det samme vil ikke kunne legges til grunn for alle grunnlag som kan tenkes påberopt under en sekkekategori, slik som for eksempel alder, statsborgerskap, rusavhengighet eller omsorgsoppgaver. I slike saker vil det ofte være saklig å legge vekt på disse forholdene. Unntaksregelen vil også oftere komme til anvendelse hvis staten for eksempel vil måtte forklare hvorfor den gjør forskjell mellom geografiske regioner i Norge, ut fra yrkesprofesjon, statsborgerskap eller andre grunnlag. Det vil i slike tilfeller ikke kunne legges

til grunn et tilsvarende krav om svært tungveiende grunner for å kunne forskjellsbehandle.

Det kan dermed være nødvendig at kravene til saklighet i praksis vil måtte differensieres mellom grunnlag som påberopes under sekke kategorien og grunnlag som er listet opp i loven. Kravene vil i tillegg måtte avhenge av hva slags forskjellsbehandling det er tale om. For eksempel vil det kunne sies å være usaklig å bortvise rusavhengige fra kjøpesentre hvis de ikke gjør noe galt, mens det kan være saklig å la være å ansette.

Utvalget har vurdert om en slik differensiering er så problematisk at en sekkekategori ikke bør lovfestes. Et problem med en differensiering kan være at det skjer en «avsmitning» til lovfestede grunnlag som har et sterkt vern, som kan bidra til en generell utvidelse av unntaket for saklig forskjellsbehandling og som igjen fører til en uthuling av det generelle diskrimineringsvernet: Hvorvidt dette vil skje er imidlertid usikkert. Til dette kan det også sies at vi allerede etter gjeldende regler har et differensiert saklighetskrav. Dette gjelder mellom ulike grunnlag og på ulike samfunnsområder. For eksempel er kravene til saklighet ulike for grunnlagene alder og kjønn. Det skal mer til for at direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av kjønn regnes som saklig enn hvis det er tale om alder. Øvre aldersgrenser eller fast avgangsalder regnes oftere som saklig, mens det å utestenge det ene kjønn til en stilling er nærmest utelukket. Et annet eksempel er etnisk diskriminering. Det fremgår av forarbeidene at forbudet mot diskriminering på grunn av hudfarge er tilnærmet absolutt, mens forbudet mot diskriminering på grunn av språk er mer betinget og oftere kan være saklig.¹⁰

Det kan også bemerkes at en sekkekategori vil kunne bidra til at skillet mellom direkte og indirekte diskriminering viskes ut. Etter gjeldende regler er det for flere av grunnlagene lovfestet strengere saklighetskrav ved direkte diskriminering enn ved indirekte diskriminering. Dette gjelder for eksempel diskriminering på grunn av kjønn, seksuell orientering og politisk syn. På grunn av ulike regler om saklig forskjellsbehandling når det gjelder direkte og indirekte diskriminering, kan det i konkrete saker bli slik at en som mener seg diskriminert heller vil påberope seg direkte diskriminering av et grunnlag som omfattes av sekke kategorien, enn å påberope seg indirekte diskriminering av et grunnlag som er listet opp i loven. For eksempel kan det tenkes at det

¹⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8.2 side 102.

blir lettere å nå frem med en påstand om direkte diskriminering på grunn av omsorgsoppgaver enn å påberope seg indirekte kjønnsdiskriminering.

Det er imidlertid usikkert om sekkekategori- en vil få en slik virkning. Det kan vises til at det for grunnlagene alder og funksjonsnedsettelse allerede er samme saklighetsregel for direkte og indirekte diskriminering. Det samme gjelder ifølge lovens ordlyd etnisitet, men her skal det ifølge forarbeidene som nevnt ovenfor legges til grunn en differensiering. Det vil antakelig være uproblematisk å legge til grunn en tilsvarende differensiering for grunnlag som påberopes under sekkekategorien. Utvalget vil understreke at saklighetskravet i disse tilfellene må fortolkes i lys av det som gjelder for andre liknende grunnlag, slik som i eksempelet med kjønn og omsorgsoppgaver. I utvalgets lovforslag legges uansett den samme saklighetsregelen til grunn både for direkte og indirekte diskriminering, se punkt 16.4.

Ombudets klagesaksbehandling

Innføring av en sekkekategori åpner for at et betydelig antall klagesaker kan komme inn til ombudet for behandling. Utvalget kan vanskelig overskue hvilke forhold sakene vil omhandle, og hvilket omfang tilstrømningen av saker kan få. Dette reiser spørsmålet om ombudets adgang til å henlegge klagesaker bør utvides.

Utgangspunktet er at ombudet har en forvaltningsrettslig plikt til å ta innkomne klager til realitetsbehandling. Etter diskrimineringsombudsloven § 3 skal ombudet behandle alle saker som bringes inn. Diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd regulerer når saker skal avvises og når saker kan henlegges. Ombudets avvisning og henleggelse kan påklages til nemnda.

Avvisning innebærer at saken ikke blir tatt til behandling. Ombudet plikter å avvise en sak dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt, for eksempel dersom den lovgivning ombudet håndhever ikke omfatter det påklagede forhold. Hvis det lovfestes en sekkekategori vil ombudet derfor måtte avvise saker hvis grunnlaget som påberopes faller utenfor sekkekategorien. Avvisningsspørsmålet avhenger dermed av en vurdering av om det påberopte grunnlaget omfattes av sekkekategorien. Dette spørsmålet vil i noen tilfeller kunne baseres på en enkel vurdering, hvis det er åpenbart at grunnlaget kan påberopes, for eksempel fordi det er behandlet saker på samme grunnlag tidligere. Når det kommer saker på nye grunnlag som ombudet ikke har vur-

dert tidligere, vil vurderingen derimot kunne bli betydelig vanskeligere og mer ressurskrevende.

I særlige tilfeller kan ombudet etter gjeldende regler henlegge en sak dersom ombudet ikke finner grunn til videre behandling. Henleggelsesadgangen innebærer at ombudet på skjønnsmessig grunnlag kan unnlate å viderebehandle en sak, dersom en kort realitetsbehandling viser at det ikke er grunn til det. At saken gjelder et bagatellmessig forhold kan være henleggelsesgrunn. Det samme gjelder hvis det dreier det seg om et fortidig forhold, der forskjellsbehandlingen er avsluttet og forholdet rettet opp. Dersom forholdet det er klaget over åpenbart ikke er i strid med den lovgivning ombudet håndhever, vil også saken kunne henlegges, for eksempel hvis forskjellsbehandlingen åpenbart er saklig.¹¹ Dersom det påklagede forhold faller innenfor den lovgivning ombudet håndhever forutsetter en eventuell henleggelse at ombudet gjør en realitetsbehandling av saken, og finner tilstrekkelig grunn til å fravike utgangspunktet om at enhver har rett til å få sin sak behandlet.

Gjeldende regler åpner altså for at ombudet vil kunne avvise saker der det påberopes grunnlag som faller utenfor sekkekategorien, eller henlegge saker som åpenbart ikke er i strid med loven eller som er bagatellmessige. Det er en høy terskel for å avvise eller henlegge saker. Det vil derfor kunne tenkes en rekke saker som det kan stilles spørsmålsteget ved om det er hensiktsmessig at ombudet bruker ressurser på.

Det er på denne bakgrunn behov for å gi ombudet en skjønnsmessig adgang til å «sile» saker, ved å utvide adgangen til henleggelse i forhold til gjeldende regler. Kriterier for en slik siling kan være sakens alvorlighet og tilgjengelige ressurser. En slik adgang til å la være å ta opp en sak på grunnlag av en klage har for eksempel både Forbrukerombudet og Konkurransetilsynet. I begge disse tilfellene kan imidlertid en beslutning om ikke å behandle en sak av ressursgrunner påklages til klageorganet som kan beslutte at saken likevel skal behandles.

Ombudets kompetanse- og pådriverrolle

Diskrimineringsgrunnlagene i loven sier noe om hvilke former for forskjellsbehandling som omfattes av ombudets rolle og myndighet. Dette gjelder også kompetanse- og pådriverrollen, se punkt 5.8.3.

¹¹ Ot.prp. nr. 34 (2004–2005) kapittel 13 side 100, merknadene til diskrimineringsombudsloven § 3.

Hvis ombudet skal drive pådriverarbeid i forhold til grunnlag som omfattes av sekkekategori, kan det føre til at ombudets tross alt begrensede ressurser spres, med fare for at det går ut over de områder der det er størst behov.

Hvis ombudets pådriverrolle skal omfatte grunnlag som faller inn under sekkekategori, vil ombudets kompetanseområde bli mer uklart og få en svakere forankring i loven. Dette kan føre til svekket legitimitet for det arbeidet ombudet gjør. Hvis ombudet skal ha tyngde med sitt pådriverarbeid overfor myndigheter og virksomheter er legitimitet av stor betydning, særlig tatt i betraktning at ombudets virksomhet i stor grad baseres på ikke bindende uttalelser og frivillige ordninger. Utvalget vil imidlertid bemerke at ombudet allerede i dag engasjerer seg i spørsmål som er i ytterkanten og eventuelt faller utenfor gjeldende lovgivning.

Det kan være et alternativ at pådriverrollen begrenses til grunnlagene som er oppregnet i loven. Utvalget viser imidlertid til at ombudet allerede har en vid skjønnsmargin til å velge hvilke spørsmål det skal fokuseres på i sin pådriverrolle. Ombudet vil således ha mulighet til å velge ut fra behovet og ressursituasjonen hvilke grunnlag under sekkekategori som skal prioriteres i arbeidet.

Det vil være selve håndhevingen av klagesaker som er den sentrale oppgaven for ombudet når det gjelder diskriminering på grunnlag som kan påberopes under sekkekategori. Dette innebærer at ombudet ikke bør ha det samme ansvar for kompetanse i form av dokumentasjons- og kunnskapsinnsamling om grunnlag som måtte komme til å påberopes under sekkekategori, som for de øvrige oppregnede diskrimineringsgrunnlagene. Dette utelukker selvsagt ikke at ombudet systematiserer og dokumenterer sine egne erfaringer, der de belyser spørsmål som knytter seg til andre forhold enn lovens uttrykkelige diskrimineringsgrunnlag.

13.4.5 Kriterier for identifisering

Utvalget mener at en eventuell sekkekategori må være begrenset, i den forstand at ikke ethvert grunnlag skal kunne påberopes under sekkekategori. I motsatt fall vil lovfesting av en sekkekategori føre til at vi får et diskrimineringsvern som er vanskelig å skille fra et generelt saklighetskrav. Det må avgjøres fra sak til sak hvilke grunnlag som skal omfattes av diskrimineringsvernet. Utviklingen av diskrimineringsforbudet og spør-

målet om hvilke grupper som skal ha et diskrimineringsvern, vil til en viss grad bli overlatt til domstolene og ikke til lovgiver. Rammene for denne rettsskapende virksomheten vil imidlertid avhenge av hvordan sekkekategori avgrenses i lovtekst og forarbeider. Det er derfor viktig at en i lovarbeidet formulerer kriterier for hvilke grunnlag som skal omfattes av en eventuell sekkekategori.

Dette reiser spørsmål om hvordan vi skiller mellom de grunnlag som skal kunne påberopes under sekkekategori og de som ikke skal kunne påberopes.

Avgrensningen kan ta utgangspunkt i felles trekk ved de grunnlagene som er listet opp i menneskerettighetskonvensjonene. Selv om det er vanskelig å utlede noen generelle kriterier ut fra foreliggende praksis, kan det antakelig – svært forenklet – legges til grunn at oppregnede diskrimineringsgrunnlag i konvensjonene har til felles at det dreier seg om personlige forhold som personen ikke kan endre på eller som har stor betydning for den det gjelder. Disse lar seg imidlertid ikke identifisere som kriterier som alene kan være avgjørende for grensedragningen i alle tilfeller. En sekkekategori basert på et av disse kriteriene vil kunne romme forhold ved en person som ikke indikerer at det har foregått usaklig forskjellsbehandling (mistenkelige grunner). Heller ikke vil det utelukke grupper som i utgangspunktet ikke har et særlig vernebehov. Dette vil være tilfellet for eksempel hvis forskjellsbehandlingen er basert på en persons høyde eller hårfarge. Et diskrimineringsforbud vil i slike tilfeller ikke kunne begrunnes i hensynet til likestilling. Sekkekategori bør derfor avgrenses til forskjellsbehandling begrunnet i forhold ved en person som er vesentlige. En kommer likevel neppe utenom at det i hver sak må foretas en konkret vurdering av situasjonen og behovet for diskrimineringsvern.

Et avgrensningsskriterium kan også være å si at grunnlag som påberopes under sekkekategori skal kunne knyttes til eller ha sammenheng med ett eller flere oppregnede grunnlag. Avgrensningen kan dermed bygge på en vurdering av om det er likheter mellom det påberopte grunnlaget og et av de oppregnede grunnlagene (analogier). Det vil imidlertid kunne være uklart hva som er relevante likheter i denne sammenheng. Likhet foreligger i hvert fall hvis grunnlaget ligger i ytterkanten av ett av de oppregnede grunnlagene. Vurderingstema eller kriterier som ellers kan utledes er om det er manglende kontroll over forholdet, om det er tale om vesentlige personlige

karakteristika, om grunnlaget gjelder en gruppe som er i en utsatt eller dårlig stilling i samfunnet, om forholdet er varig eller uforanderlig eller om et diskrimineringsvern vil ha sammenheng med andre regler som gir beskyttelse. Det kan imidlertid være en fare for at kriteriene ikke blir anvendt konsekvent av domstolene, og at avgrensningen i realiteten heller vil skje ut fra spørsmålet om forskjellsbehandlingen var saklig i stedet for om det var tale om et vernet diskrimineringsgrunnlag.¹²

13.4.6 Uklarhet, svak forutsigbarhet og rettsusikkerhet?

Som det fremgår av drøftelsene foran vil det kunne være uklart hvilke diskrimineringsgrunnlag som kan påberopes under en sekkekategori. De som skal bruke loven vil ikke kunne lese ut av den hvilke grunnlag som kan påberopes. Håndhevingsorganene vil i sin praksis kunne avklare hvilke grunnlag som omfattes. Denne praksisen vil imidlertid ikke være tilgjengelig for folk flest. Det at diskrimineringsforbudet gjennom en sekkekategori får en dynamisk karakter, ved at grunnlag som etter praksis er vernet kan endres over tid, kan også bidra til uklarhet og rettsusikkerhet.

Uklarheten kan føre til svak forutsigbarhet for de som anvender loven. Dette gjelder både de som utsettes for forskjellsbehandling og de som kan trekkes til ansvar for å ha brutt loven. De som utsettes for forskjellsbehandling vil ha behov for å vite om de har et diskrimineringsvern og om det kan være noe å hente på å bringe saken videre til ombudet eller domstolene. Dette kan bli vanskeligere å vurdere for grunnlag som faller under sekkekategorien. Det kan ikke utelukkes at denne uklarheten kan gjøre diskrimineringsforbudet for de grunnlagene som faller under sekkekategorien, mindre effektivt som et virkemiddel mot diskriminering.

Personer, arbeidsgivere, organisasjoner og andre som kan bli oppreisnings- og erstatningsansvarlige hvis de bryter loven, vil ha et tilsvarende behov for forutsigbarhet. Det kan være vanskeligere å vite hvordan en skal organisere virksomheter, ansette personer osv. uten å risikere å bryte loven og bli trukket til ansvar. Problemene med dette kan forsterkes hvis reglene om delt bevisbyrde og lempede skyldkrav ved erstatnings- og oppreisningsansvar skal gjelde også for grunnlag som innfortolkes i sekkekategorien.

Det kan hevdes at denne svake forutsigbarheten vil være prosessdrivende, det vil si at den vil

føre til et stort antall saker for domstolene fordi partene vil være avhengige av advokatbistand og eventuelt en domstolsavgjørelse for å kunne vite hvor langt diskrimineringsforbudet rekker i konkrete saker. Et stort antall saker for ombudet, nemnda og domstolene krever oftest mye tid og personlige ressurser. Dette gjelder i særlig grad saker som går til domstolene, som i tillegg kan bli svært kostbart for de involverte parter. Domstolsbehandling vil derfor for mange ikke være et reelt alternativ. Et stort antall saker vil også være samfunnsøkonomisk kostbart. Det må også tas høyde for at ombudet og nemnda kan få flere saker og flere områder som skal dekkes, med fare for at fokus pulveriseres og begrensede ressurser må deles til skade for andre områder der behovet for innsats kan være større.

At det eventuelt vil bli en økning i antall saker for håndhevingsorganene har imidlertid også positive sider. Flere saker kan være et signal om at reglene er kjent og betraktes som nyttige verktøy for å motvirke det en opplever som urett. Like viktig er betydningen av at ombudet i sine uttalelser, og nemnda og domstolene i sine avgjørelser, er med å fortolke, utvikle og tydeliggjøre diskrimineringsforbudet, og dermed reduseres også uforutsigbarheten. Håndhevingsorganene utøver rettsskapende virksomhet og deres praksis har en viktig funksjon som rettskildefaktor. Det at diskrimineringsreglene blir gjort kjent ved at håndhevingsorganenes avgjørelser refereres og diskuteres i media og i juridisk teori vil også bidra til at kunnskap og bevissthet om diskriminering spres.

Erfaringene fra EMD og EMK er at uforutsigbarheten så langt ikke har vært et stort problem. Det har blitt etablert en sikker praksis om enkelte grunnlag som for eksempel funksjonsnedsettelse og seksuell orientering. Videre er det slik at rettsutviklingen har skjedd gradvis over lang tid, uten store uforutsigbare sprang. Dette svekker argumentet om uforutsigbarhet, selv om disse erfaringene ikke uten videre kan overføres til nasjonal rett fordi reglene som hovedregel ikke kan påberopes mellom private og på grunn av reglene om delt bevisbyrde, ombudets pådriverrolle osv. (se punkt 13.4.2). EMD mottar også kun et meget lite antall av alle saker om diskriminering som oppstår i de nasjonale rettssystemene.

13.4.7 Utvalgets forslag

Det er etter utvalgets vurdering ikke et menneskerettslig krav at vi lovfester en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag i dis-

¹² Dette er erfaringen fra Canada, jf. Gibson 1991.

krimineringsloven. Menneskerettighetene er heller ikke i veien for en situasjon i nasjonal rett der noen grunnlag kun har et basisvern i menneskerettsloven og eventuelt i grunnloven, mens vernet for enkelte grunnlag er gjort mer effektivt gjennom formell lov. Menneskerettighetene er dermed ikke i veien for at diskrimineringsloven har en uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag, mens andre grunnlag eventuelt vil kunne påberopes etter grunnloven eller etter menneskerettighetskonvensjoner inntatt i menneskerettsloven.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Craig, Emberland, Graver, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke gjøres uttømmende, men at listen suppleres med en sekkekategori. Se lovforslaget § 4 første ledd andre punktum.

Flertallet mener at det i utgangspunktet ikke bør være ulikt vern for ulike diskrimineringsgrunnlag, slik at det blir et hierarki der noen grunnlag har et sterkere vern enn andre. Hvis noen grunnlag skal utelukkes fra det mest effektive diskrimineringsvernet, må dette derfor kunne begrunnes særlig. Ut fra diskrimineringslovgivningens formål er det vanskelig å trekke et skille mellom hvilke grupper som nå og i fremtidige situasjoner skal ha et diskrimineringsvern og hvilke som ikke skal ha det. Likevel tilsier både hensynet til en effektiv håndheving og til rettssikkerheten til dem som kan få en påstand om diskriminering rettet mot seg at de strengeste reglene i loven ikke er for omfattende eller for diffust utformet. Hvis loven begrenser seg til en liste med diskrimineringsgrunnlag som bygger på dagens lovgivning vil vi i praksis likevel få et todelt vern idet menneskerettskonvensjonene opererer med en åpen sekkekategori. Siden disse er gjennomført i norsk rett, gir de en beskyttelse mot diskriminering på generelt grunnlag innenfor sine områder. Det er imidlertid uklart hvor langt de rekker og hvilke grunnlag som kan omfattes av dem. Utvalgets flertall mener at det blir en ryddigere og mer oversiktlig situasjon å ta en sekkekategori inn i loven.

Flertallet viser til at også andre grupper enn de som er vernet gjennom listen av diskrimineringsgrunnlag kan ha et behov for vern mot usaklig forskjellsbehandling. Vi har grupper som ikke er så synlige eller kanskje ikke så store, men som kan være sårbare og utsatt for usaklig forskjellsbehandling som reduserer deres livskvalitet og deltakelse i samfunnet. Slike grupper har ofte ikke sterke interesseorganisasjoner bak seg eller talpersoner som kan bidra til at deres problemer

og behov identifiseres og dokumenteres, og som kan legge det nødvendige politiske presset bak et krav om lovendring. Det bør etter flertallets mening ikke være nødvendig at også disse gruppene må gå den lange veien om en lovendring for å få et diskrimineringsvern i fremtiden.

Flertallet legger særlig vekt på behovet for en fleksibel regel. Formålet med en sekkekategori er å ha en fleksibel norm for å fange opp grensetilfeller av eller tilfeller som har likheter med opplistede diskrimineringsgrunnlag, eller tilfeller som det vil være støtende å holde utenfor vernet. På sikt vil en sekkekategori kunne innebære en utvidelse utover dette. Det er ikke mulig å identifisere verken nåværende eller fremtidige behov for verneregler. Fremtidige behov kan oppstå ved endringer i samfunnsforholdene som fører til at vi får nye grupper som er særlig utsatt, for eksempel som følge av økt innvandring. Det kan også være tale om endringer i folks oppfatninger av rett og galt, slik vi har sett når det gjelder kvinners stilling og holdningene til homofile. Det er viktig at vi får en robust diskrimineringslovgivning som ikke trenger å endres når slike nye behov avdekkes.

Flertallet ser at en sekkekategori kan føre til noe større klarhet med hensyn til diskrimineringsforbudets innhold og rekkevidde fordi det ikke kan leses ut av lovteksten konkret hvilke grunnlag som omfattes. Flertallet mener imidlertid at farene ved denne klarheten ikke bør overdrives. Eventuelle problemer knyttet til uforutsigbarhet og økt press på håndhevingsorganene, kan håndteres ved å begrense sekkekategorien i lovtekst og forarbeider og ved å gi ombudet adgang til å sile saker, se nedenfor.

Flertallet stiller seg tvilende til at sekkekategorien generelt vil føre til at det vil være så mange tilfeller av forskjellsbehandling som vil måtte vurderes som saklig, slik at kravene til saklighet generelt lempes og diskrimineringsvernet dermed uthules. Flertallet mener at det ikke er problematisk med en differensiering av saklighetskravet ut fra diskrimineringsgrunnlag, og viser til at det også etter gjeldende rett må legges til grunn en slik differensiering.

Det kan ikke utelukkes at en sekkekategori vil føre til at ombudet og nemnda får flere saker. Flertallet foreslår derfor at ombudets kompetanse til å henlegge saker bør utvides. Flertallet foreslår at ombudet får en skjønnsmessig adgang til å henlegge saker ut fra sakens alvorlighet og ombudets tilgjengelige ressurser, i tillegg til den adgangen ombudet allerede har etter gjeldende regler. En

beslutning om ikke å behandle en sak av ressursgrunner skal kunne påklages til nemnda. Det må gjøres endringer i reglene om ombudets myndighet for å gi ombudet utvidet kompetanse til å henlegge saker i samsvar med dette, se lovforslaget § 35 andre ledd.

Flertallet mener imidlertid at det ut fra rettsikkerhetshensyn er grunn til å differensiere reglene med hensyn til delt bevisbyrde og oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld. Det vises til drøftelsene i kapittel 20 og 21. Flertallet mener også at arbeidsgivers aktivitetsplikt vil bli mest effektiv ved å avgrense plikten til de grunnlag som er positivt oppregnet i loven. Det vises til drøftelsen i punkt 17.2. Flertallet mener at diskrimineringsvernet vil ha betydning også for grunnlag som bare kan påberopes under sekke-kategorien, selv om disse virkemidlene som har som formål å effektivisere diskrimineringsvernet ikke kan gjøres gjeldende. Det at loven gir en åpning for at nye grunnlag vil kunne påberopes, kan igjen føre til at nye grupper og vernebehov vil kunne synliggjøres gjennom klagesaker.

Flertallet mener at det er nødvendig å avgrense sekke-kategorien slik at ikke et hvert grunnlag skal kunne påberopes. Det bør legges til grunn at det skal være en snever kategori. Sekke-kategorien skal fungere som en sikkerhetsventil i saker der det ut fra lovens formål er et behov for vern og der det påberopte grunnlaget er i ytterkanten eller beslektet med de oppregnede grunnlagene.

Flertallet foreslår at sekke-kategorien får ordlyden «liknende vesentlige forhold ved en person». Lovteksten vil da oppstille to vilkår som avgrenser sekke-kategorien, det vil si krav om likhet og krav om vesentlighet. Den nærmere avgrensningen vil måtte avhenge av en konkret vurdering av situasjonen og vernebehovet i den enkelte sak.

Likhetskravet innebærer at det ikke vil være nok at det kan påvises at en person blir behandlet forskjellig fra andre som er i en sammenliknbar situasjon. Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen, eller konsekvensene av den, må i tillegg knytte seg til et grunnlag som har sammenheng eller likheter med et eller flere av de grunnlag som er opplistet i loven. Dette sikter til tilfeller der det kan være støtende eller vanskelig å begrunne hvorfor ikke de aktuelle gruppene også bør ha et vern. For eksempel har det å ha fravær fra arbeidet på grunn av omsorg for større barn, likhet med det å ha fødsels- og foreldrepermisjon i barnets første leveår. Et annet eksempel er forskjells-

behandling på grunn av fordommer mot overvektige, rusavhengige eller hiv-positive som har likheter med forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse. Tilsvarende har forskjellsbehandling av transpersoner på grunn av deres kjønnsidentitet eller homofile på grunn av deres seksuelle orientering også likhetstrekk, blant annet fordi forskjellsbehandling på slike grunnlag berører grunnleggende forhold ved den enkeltes identitet, både hos den som forskjellsbehandler og hos den som blir forskjellsbehandlet. Disse gruppene møter mange av de samme fordommene og den samme fordømmelsen av andre i samfunnet. Også usaklig forskjellsbehandling utenfor arbeidslivet av en person på grunn av dennes lave eller høye alder bør kunne omfattes av sekke-kategorien.

Eksemplene viser at det gjerne vil være tale om forskjellsbehandling som kan ha et visst vern etter de opplistede grunnlagene, men som ligger i ytterkanten eller som det er uklart om omfattes av grunnlaget.

Vesentlighetskravet betyr at det også skal være tale om forhold ved en person som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder. Relevante momenter i vurderingen vil være om personen mangler kontroll over forholdet, om det er tale om personlige forhold, om grunnlaget gjelder en gruppe som er i en utsatt eller dårlig stilling i samfunnet og om forholdet er varig eller uforanderlig. For eksempel vil en persons kjønnsidentitet være et forhold av stor betydning for den enkelte. Når det gjelder transpersoner må det imidlertid bemerkes av transseksuelle vil ha et vern allerede gjennom grunnlaget kjønn. Eksempler på forhold som ikke er vesentlige er hårfarge, musikksmak og fritidsinteresser. Det å være straffedømt kan være vesentlig fordi det ikke går an å endre fortiden selv om en har sonet og sluttet med kriminelle handlinger, hvis dommen tillegges vekt og blir et hinder for å starte et nytt liv med arbeid og bolig.

Aktuelle grunnlag som etter omstendighetene vil kunne påberopes under sekke-kategorien vil være for eksempel kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner i vid forstand), helse (inkludert hiv-positive), overvekt, utseende, omsorgsoppgaver, straffedom eller rusavhengighet. Det vises til punkt 13.5. Det samme gjelder alder utenfor arbeidslivet, se punkt 13.6.3. Det presiseres at heller ikke denne listen er uttømmende.

Utvalgets mindretall (medlemmene Næss og Stabell) mener at loven bør angi diskrimineringsgrunnlagene uttømmende. Derfor slutter de seg

ikke til forslaget om å lovfeste en sekkekategori som en del av diskrimineringsforbudet i lovens § 4.

Avgjørelsen av hvilke omstendigheter som skal kunne påberopes som diskriminering og dermed som grunnlag for å pålegge plikter, er etter mindretallets syn spørsmål av utpreget politisk karakter. Slike avgjørelser bør treffes først og fremst av lovgiveren. En sekkekategori vil i utgangspunktet overlate avgjørelsen til håndhevingsorganene og domstolene. Eventuelle nye diskrimineringsgrunnlag bør, slik mindretallet ser det, inkluderes i lovgivningen etter at behovet har vært vurdert politisk.

I likhet med det som er nevnt i tilknytning til spørsmålet om å erstatte de spesifiserte grunnlagene med et generelt krav om saklighet, vil uttrykkelige diskrimineringsgrunnlag understreke likeverdet for de gruppene/egenskapene som fremkommer av loven. Dette argumentet har vel så sterk gyldighet når det gjelder bruk av sekkekategori. En slik «oppsamlingsgruppe» gir etter mindretallets syn mindre rettssikkerhet både for den som påstås å ha brutt en regel og for den som eventuelt skal vernes av den.

Dersom man ikke synliggjør hvilke forhold som omfattes av diskrimineringsforbudet, blir det etter mindretallets vurdering uklart hvilke omstendigheter som kan eller ikke kan vektlegges. Det blir dermed en uforutsigbar rettsstilling, både når det gjelder det enkelte grunnlag og om den ene eller andre omstendigheten kan gi saklig grunn til forskjellsbehandling. Et diskrimineringsforbud hvor diskrimineringsgrunnlaget er formulert som en sekkekategori, vil i utgangspunktet gi et potensielt vidtrekkende forbud og vil nettopp ikke synliggjøre hvilke grupper samfunnet ønsker å bedre stillingen for. Svak forutberegnelighet kan igjen svekke lovens effektivitet. Loven kan bli mindre effektiv både ved at enkeltpersoner lar være å ta opp saker om diskriminering fordi de finner det for uklart hvorvidt forskjellsbehandlingen er usaklig, eller ved at man får et stort antall saker som avvises fordi enkeltpersoner har en for vid oppfatning av hva som er usaklig forskjellsbehandling. Et stort antall saker som avvises kan igjen føre til svekket tillit til loven fordi det kan være vanskelig for de som mener seg diskriminert å forstå bakgrunnen for hvorfor en sak blir avvist.

I flertallets forslag til regulering av sekkekategorien er det gjort unntak fra reglene om delt bevisbyrde i forslaget til § 28 og krav på oppreisning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap i forslaget til § 29. Diskrimine-

ringsforbudet på grunn av sekkekategorien gir dermed et svakere vern for den som mener seg diskriminert. Etter mindretallets syn innebærer dette et slags diskrimineringsforbud «light» som taler ytterligere mot lovfesting.

13.5 Spørsmålet om nye grunnlag

Utvalget har vurdert spørsmålet om det skal innføres nye diskrimineringsgrunnlag i loven i lys av de grunnlag som det er gjort rede for i kapittel 12. Aktuelle nye grunnlag som utvalget særlig har vurdert er kjønnsidentitet og -uttrykk (transpersoner), omsorg for nærstående, helse, rusavhengighet, utseende, overvekt og det å være straffedømt. Dette er grunnlag som har likhet med gjeldende grunnlag og som gjelder grupper som særlig er utsatt for usaklig forskjellsbehandling. I det følgende drøfter utvalget nærmere spørsmålet om vern mot diskriminering på disse grunnlagene, enten som et selvstendig grunnlag i loven eller som et grunnlag som kan påberopes under sekkekategorien.

13.5.1 Kjønnsidentitet og -uttrykk (transpersoner)

Transpersoner utfordrer våre vante forestillinger om kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Denne gruppen er særlig sårbar og utsatt for vold, trakassering og forskjellsbehandling som reduserer deres livskvalitet og muligheter til deltakelse i samfunnet. Se nærmere i punkt 12.10.

Alle mennesker har både en kjønnsidentitet og et kjønnsuttrykk, på samme måte som alle mennesker har kjønn, etnisitet, seksuell orientering osv. Retten til å gi uttrykk for og å få leve ut sin kjønnsidentitet kommer inn under menneskerettighetenes rett til respekt for privatliv og rett til ikke å bli diskriminert.

Motarbeidelse av snevre kjønnsstereotyper og diskriminering på grunn av overskridende kjønnsuttrykk har lenge vært og er i økende grad en integrert del av «homokampen» i svært mange land. Regjeringen Stoltenberg la i 2008 frem sin handlingsplan «Bedre livskvalitet for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner 2009-2012». Regjeringen la på bakgrunn av St.meld. nr. 25 (2000-2001) til grunn at det er nødvendig å forsterke antidiskrimineringsinnsatsen når det gjelder transpersoner. Handlingsplanens overordnede formål er å få slutt på diskrimineringen som denne gruppen opplever i ulike livsfaser, sosiale

sammenhenger og i arbeidslivet, og bidra til bedre levekår og livskvalitet for gruppene. Regjeringen vil ifølge planen sette i verk tiltak ikke bare rettet mot arbeidslivet, men også mot skole og utdanning, helse- og omsorgstjenester, fritid og frivillige organisasjoner. Det uttales også at Norge støtter «Yogyakarta-prinsippene» fra 2006 som blant annet sier at staten skal sørge for lovgivning eller andre tiltak for å forby og eliminere diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.¹³

Vern mot diskriminering av transseksuelle innfortolkes i dag i likestillingslovens vern mot kjønnsdiskriminering. Spørsmålet er om også forskjellsbehandling rettet mot transpersoner på grunn av deres kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk generelt, bør omfattes av diskrimineringsloven. Loven vil da også verne alle dem som bryter med kjønne praksiser og derfor ikke «passer inn» i de vanlige kategoriene mann – kvinne, uavhengig av om de har noe ønske om eller mulighet til å gjennomgå fysiske inngrep.

Alle transpersoner er vernet etter den svenske diskrimineringsloven. I Storbritannia gjelder diskrimineringsvernet derimot bare transseksuelle.

Transseksuelle er den gruppen av transpersoner som til nå har vært i fokus i menneskerettslig sammenheng. Spørsmålet om et vern for andre transpersoner har ikke vært oppe i rettspraksis. Det er derfor ikke avklart om også denne gruppen har et menneskerettslig vern. Mye taler imidlertid for at hvis saken kommer opp for EMD, vil domstolen kunne komme til å innfortolke dette i «annen status» slik at denne gruppen har et diskrimineringsvern etter EMK. Utvalget viser til at EMD har slått fast at «(e)lements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8».¹⁴ I en annen sak poengterte en av dommerne at

«The principle of non-discrimination, as it is recognised in European constitutions and in international treaties, refers above all to a denial of opportunities on grounds of personal choices in so far as these choices should be respected as elements of someone's personality, such as religion, political opinion, sexual orientation and *gender identity*, or, on the contrary, on

grounds of personal features in respect of which no choice at all can be made, such as sex, race, disability and age.» (Utvalgets uttelling).¹⁵

Utvalget har vurdert om transpersoner bør ha et uttrykkelig vern i lovteksten ved at transseksualisme, eventuelt kjønnsidentitet og -uttrykk generelt, lovfestes som et eget grunnlag. Utvalget viser til at Storbritannia og Sverige har et uttrykkelig diskrimineringsvern for transseksuelle (i Sverige transpersoner).

Det følger av EMDs praksis at transseksuelle er en egen vernet gruppe under EMK. EØS-avtalen forplikter Norge til å innfortolke et slikt vern på arbeidslivets område. Dette betyr likevel ikke at Norge nødvendigvis er forpliktet til å ta dette inn som et eget grunnlag i diskrimineringslovgivningen.

Innfortolkning av transseksualisme (og eventuelt kjønnsidentitet og -uttrykk) og likestilling for transseksuelle (og eventuelt transpersoner generelt) i begrepene kjønn eller likestilling mellom menn og kvinner, følger ikke av en naturlig språklig forståelse av disse begrepene. Likestillingsloven bygger på den tradisjonelle kjønnsdefinisjonen med todelingen i kvinne/ mannsperspektivet ut fra biologiske, fysiske og genetiske perspektiver. En transperson blir ikke forskjellsbehandlet fordi hun/ han er kvinne eller mann, men fordi hun/han utfordrer folks oppfatninger om kjønn.

Et eventuelt uttrykkelig lovfestet vern kan føre til at loven blir klarere og mer informativ enn i dag når transseksualisme innfortolkes i vernet mot kjønnsdiskriminering. Et uttrykkelig diskrimineringsvern kan gi et signal om likeverd for transpersoner.

Transseksuelle vil etter utvalgets vurdering få et tilstrekkelig diskrimineringsvern gjennom diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Utvalget mener at det ikke er hensiktsmessig å formulere transpersoner/ kjønnsidentitet og -uttrykk som et eget diskrimineringsgrunnlag i loven. Det kan være vanskelig å finne frem til en dekkende og klar formulering av et slikt grunnlag. Det er også tale om en liten gruppe som vil kunne påberope seg dette grunnla-

¹³ Yogyakarta, Indonesia, 6-9. november 2006. Disse prinsippene er utviklet av menneskerettighetsekspertene fra hele verden etter initiativ fra International Commission of Jurists og International Service for Human Rights. Prinsippene er utledet fra gjeldende menneskerettighetsinstrumenter.

¹⁴ EMD i saken Van Kück mot Tyskland nr. 35968/97, dom av 2. september 2003. Prinsippet ble gjentatt i E.B. mot Frankrike (sak nr. 43546/02, dom av 22. januar 2008).

¹⁵ Dommer Wilhelmina Thomassen i saken Sidabras og Džiautas mot Litauen, sak nr. 55480/00 og 59330/00, dom av 27. juli 2004. Saken gjaldt ikke kjønnsidentitet, men påstått diskriminering på grunn av tidligere arbeid for KGB. Dommer Thomassen dissenterer fordi hun mente at dette ikke var en diskrimineringsgrunn på linje med for eksempel kjønn, kjønnsidentitet osv.

get, sammenliknet med lovens øvrige grunnlag. Utvalget har også vurdert om hele gruppen transpersoner, og ikke bare transseksuelle, bør ha et diskrimineringsvern, se punkt 13.5.7.

13.5.2 Helse

Utvalget har i punkt 12.11 tatt opp spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling på grunn av helse. Utvalget vil særlig peke på behovet for vern mot diskriminering av overvektige, rusavhengige og hiv-positive.

Utvalget legger til grunn at det store flertallet av tilfeller der personer forskjellsbehandles på grunn av helse, vil omfattes av diskrimineringsgrunnlaget funksjonsnedsettelse og den vide fortolkningen av dette begrepet. Det er imidlertid flere tilfeller som er helt i ytterkanten eller som eventuelt faller utenfor dette grunnlaget. Og selv om en etter en konkret vurdering vil komme til at et tilfelle omfattes av loven, følger denne vide fortolkningen ikke av en vanlig språklig forståelse av ordlyden. For eksempel er det ikke naturlig å si at hiv-positive har funksjonsnedsettelse på grunn av feilaktige antakelser om smittefare. I disse tilfellene kan det oppleves som fremmed eller krenkende å påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, samtidig som det vil være svært uklart hvor langt diskrimineringsvernet rekker. Overvektige utsettes for forskjellsbehandling som ikke har sammenheng med funksjonsnedsettelse. Rusavhengige er eksempel på en annen gruppe som ikke vil ha et tilfredsstillende vern gjennom grunnlaget funksjonsnedsettelse. Se punkt 13.5.4 og 13.5.6 om overvektige og rusavhengige.

Utvalget viser til at vi allerede har flere regler som verner personer i sammenheng med sykdom eller andre forhold knyttet til helsetilstand. Flere av disse reglene vil være (delvis) overlappende med et diskrimineringsforbud:

Arbeidsmiljøloven har et forbud mot innhenting av helseopplysninger ved ansettelse (§9-3). Videre har loven et særlig vern mot oppsigelse på grunn av sykdom (§ 15-8). I utformingen av den enkeltes arbeidssituasjon skal arbeidet organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkeltes forutsetninger (§ 4-2). Hvis en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom eller liknende, skal arbeidsgiver så langt det er mulig iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid (§ 4-6). Bestemmelsen gjelder både midlertidig og varig redusert arbeidsevne.

Arbeidstakere som av vektige helsemessige grunner har behov for redusert arbeidstid, har rett til dette dersom dette kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten (§ 10-2).

Det vises også til Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen). Den gjeldende avtalen er inngått for perioden 2006-2009, mellom Regjeringen ved arbeids- og inkluderingsministeren og arbeidsgiverorganisasjonene ved NHO, HSH, KS, NAVO og staten som arbeidsgiver ved fornyingsministeren, og arbeidstakerorganisasjonene ved LO, Unio, YS og Akademikerne. Intensjonsavtalen skal bidra til at en får et mer inkluderende arbeidsliv til beste for den enkelte arbeidstaker, arbeidsplass og samfunnet, reduksjon i sykefravær og uføretrygd, og at den enkeltes ressurser og arbeidsevne utvikles og benyttes i aktivt arbeid.

Et generelt forbud mot diskriminering på grunn av helse vil også gjelde forsikringsnæringen. Forsikringsselskaper legger vekt på helseopplysninger ved inngåelse av forsikringsavtaler og ved beregning av premier. Dette henger sammen med hva som er formålet med forsikring. Forsikring vil si å spre risiko for tap. Det ble i 2008 gjort endringer i forsikringsavtaleloven som gjelder helseopplysninger. Loven regulerer blant annet bruk av helseopplysninger (inkludert livsstilsopplysninger) når forsikring blir nektet eller tilbudt til en særlig høy premie. Forsikringsselskaper kan ikke uten saklig grunn nekte en person forsikring. For at helserisiko skal kunne utgjøre saklig grunn for forsikringsnektelse, kreves at det er tale om en særlig risiko og at avslaget står i rimelig sammenheng med risikoen. For at andre særlige forhold kan utgjøre saklig grunn for forsikringsnektelse, kreves at avslaget ikke kan anses urimelig overfor den enkelte. Se nærmere om forsikringslovgivningen i punkt 16.7.2. Dette betyr at et diskrimineringsforbud vil få begrenset betydning når det gjelder forsikringsselskapenes adgang til å legge vekt på helseopplysninger.

Utvalget mener at behovet for vern mot diskriminering på grunn av helse i all hovedsak er dekket gjennom vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Utvalget viser til at vi også har en rekke andre regler som verner personer mot dårlig behandling på grunn av helsetilstand. Det kan imidlertid tenkes enkelte tilfeller av forskjellsbehandling som ikke dekkes av, eller som det ikke er naturlig å innfortolke i, grunnlaget funksjonsnedsettelse. Utvalget har derfor vurdert om helse bør være et diskrimineringsgrunnlag som skal omfattes av diskrimineringsloven, se punkt 13.5.7.

13.5.3 Omsorgsoppgaver (omsorg for nærstående)

Utvalget har i punkt 12.15 tatt opp spørsmålet om forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver. Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver er ikke bare et problem i arbeidslivet, men kan også tenkes på andre områder. Et eksempel kan være lån til personer med eneomsorg for barn, eldre eller syke.

Forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver vil i mange tilfeller omfattes av gjeldende diskrimineringsregler, enten fordi det er tale om kjønnsdiskriminering eller på grunn av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse som også omfatter tilknytningsdiskriminering (se punkt 15.6).

Utvalget vil bemerke at likestillingsloven ikke gir samme vern for kvinner og menn. Det er først og fremst kvinner som har et vern mot diskriminering på grunn av omsorgsoppgaver. Menn som har fravær fra arbeidet i forbindelse med omsorgen for små barn, har også et visst vern mot diskriminering. Dette følger uttrykkelig av definisjonen på direkte forskjellsbehandling i § 3 andre ledd nr. 2, med de endringer som er foreslått i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).¹⁶ Videre skal dette tas i betraktning ved tolkningen av forbudet mot indirekte diskriminering, der de samme prinsipper skal legges til grunn som ved indirekte forskjellsbehandling som rammer kvinner.¹⁷ Likestillingslovens vern av mannlige arbeidstakere med omsorgsoppgaver gjelder imidlertid antakelig bare omsorg for små barn, jf. ombudets uttalelse i sak nr. 07/1075 der ombudet kom til at forskjellsbehandling av en mannlige arbeidstaker på grunn av fravær mv. som følge av at han hadde omsorgen for en funksjonshemmet voksen datter, ikke var omfattet av likestillingsloven.

Det er viktig for likestilling mellom kjønnene at menn tar sin del av omsorgsarbeidet i hjemmet; endret fordeling av det ulønnede omsorgsarbeidet er blant annet viktig for å bedre kvinners stilling på arbeidsmarkedet. I den forbindelse er det også viktig at menn ikke utsettes for diskriminering i denne situasjonen.

Diskrimineringsvern for menn med omsorgsoppgaver vil være i samsvar med ILO-konvensjon nr. 156 om arbeidstakere med familieforpliktelser,

¹⁶ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 8.3.4 side 56 og punkt 11.2.2 side 61.

¹⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.6.2 side 38.

EUs direktiv om foreldrepermisjon og arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern under foreldrepermisjon i § 15-9 andre og tredje ledd (se punkt 4.3). Disse reglene beskytter mot svekket posisjon ved benyttelse av omsorgsrettigheter uavhengig av biologisk kjønn. I EUs likebehandlingsdirektiv fra 2006 vises det til Rådets resolusjon fra 2000 der statene oppfordres til å vurdere muligheten for at menn skal ha rett til permisjon som ikke skal kunne overføres til moren, kombinert med et vern mot svekkede rettigheter i ansettelsesforholdet ved uttak av denne permisjonen (premiss 26).

Utvalget viser også til St. meld. nr. 25 (2005-2006) om fremtidens omsorgsutfordringer der regjeringen Stoltenberg II legger til grunn at samfunnet står overfor krevende omsorgsutfordringer som blant annet må løses ved å involvere frivillig omsorgsarbeid. Det fremheves at håndteringen av den frivillige omsorgen må være forankret i et likestillingsperspektiv der det legges til rette for at omsorgsarbeid kan kombineres med yrkesaktivitet, og at omsorgsoppgavene er mer likt fordelt mellom menn og kvinner. Regjeringen er opptatt av å legge til rette for familiens mulighet til å kombinere yrkesaktivitet med omsorg for barn og eldre. Dette forutsetter ordninger som forsterker en utvikling der både kvinner og menn kan kombinere yrkesaktivitet med omsorg. Dette kan ifølge regjeringen først og fremst skje ved bedre rammevilkår for de som står i frivillig omsorgsarbeid.¹⁸

Utvalget mener at vi bør ha et kjønnsnøytralt vern mot usaklig forskjellsbehandling på grunn av omsorgsoppgaver. Likestillingslovens vern mot diskriminering på grunn av benyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt mor eller far, bør videreføres gjennom det kjønnsnøytrale grunnlaget «permisjon ved fødsel og adopsjon». Se punkt 15.3. Utvalget viser også til at diskrimineringsgrunnlagene kjønn og permisjon ved fødsel og adopsjon gir et vern mot diskriminering som har sammenheng med omsorgsoppgaver. Det samme gjelder også vernet mot deltidsdiskriminering. Videre vil reglene om tilknytningsdiskriminering gi et vern mot diskriminering hvis en har omsorg for personer med funksjonsnedsettelse. Spørsmålet for utvalget har vært om omsorgsoppgaver i seg selv skal kunne påberopes av både kvinner og menn som et grunnlag etter diskrimineringsloven, se punkt 13.5.7.

¹⁸ St. meld. nr. 25 (2005-2006) kapittel 11 side 104.

13.5.4 Overvekt

Overvektige er en stor gruppe som er særlig utsatt for usaklig forskjellsbehandling, se punkt 12.13. Utvalget viser til at sterk overvekt kan føre til funksjonsnedsettelse. Overvektige vil dermed ha et visst vern gjennom forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Spørsmålet for utvalget har vært om overvektige skal ha et vern etter diskrimineringsloven, også utover de tilfeller som omfattes av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, se punkt 13.5.7.

13.5.5 Utseende

Utvalget har i punkt 12.12 tatt opp spørsmålet om et vern mot diskriminering på grunn av utseendemessige forhold, det vil si tilfeller der det legges vekt på at en persons utseende oppfattes som frastøtende, oppsiktsvekkende eller mindre vakker. Det fremgår der at det gjelder et visst vern mot diskriminering på grunn av utseendemessige forhold, gjennom vernet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

En persons utseende påvirker hvordan vi er overfor denne personen, ofte mer enn vi er klar over. Undersøkelser viser at personer med et ufordelaktig utseende for eksempel har vanskeligere for å få jobb enn andre.

Utvalget mener at utseende kan være et vanskelig grunnlag å basere en sak om diskriminering på. Det vil føre til et meget vidtrekkende diskrimineringsforbud, som vil gripe inn i mange av våre daglige handlinger. Utvalget viser til at vi bevisst eller ubevisst legger vekt på utseende i svært mange situasjoner. Et generelt forbud mot å legge vekt på utseende vil gjøre at diskrimineringsvernet nærmer seg et alminnelig saklighetskrav som vil omfatte enkelttilfeller av urettferdighet, og ikke bestemte grupper eller situasjoner som loven tar sikte på å verne.

Spørsmålet for utvalget har vært om loven likevel skal gi et vern mot diskriminering på grunn av utseendemessige forhold, utover det som allerede kan utledes av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse eller andre grunnlag, se punkt 13.5.7.

13.5.6 Rusavhengige og straffedømte

Som det fremgår av punkt 12.14 er rusavhengige og straffedømte grupper som er sosialt sårbare, vanskelig stilt og utsatt for forskjellsbehandling

på mange områder. I et diskrimineringsrettslig perspektiv vil det imidlertid være spørsmål om når det er tale om forskjellsbehandling og om denne er usaklig, og når det er tale om mer strukturelle forhold som gjør at disse personene kommer dårlig ut i samfunnet. Utvalget mener at forskjellsbehandling som er knyttet til fordommer og oppfatninger om disse gruppene menneskeverd bør omfattes av diskrimineringslovgivningen. Som det fremgår av punkt 12.6 har rusavhengige et visst vern gjennom grunnlaget funksjonsnedsettelse. Spørsmålet for utvalget har vært om rusavhengige og straffedømte skal ha vern etter diskrimineringsloven, også utover de tilfeller som omfattes av vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, se punkt 13.5.7.

13.5.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at listen over diskrimineringsgrunnlag i loven ikke utvides og at gjeldende diskrimineringsgrunnlag videreføres slik de fortolkes i dag. Det er etter utvalgets vurdering ikke behov for å tilføye nye grunnlag til listen. Utvalget vil bemerke at jo flere grunnlag som tas inn i loven, desto vanskeligere vil det være å begrunne hvorfor andre grunnlag ikke lovfestes. Samtidig vil det være slik at jo flere grunnlag som nevnes, desto større overlapp vil det være mellom dem. I mange tilfeller vil det måtte være en lav terskel for saklig forskjellsbehandling. En lang liste vil også bety et svakere fokus på de grupper som det er særlig ønskelig å rette lovens virkemidler mot. Dette fokuset bør fortsatt være på de grunnlag der det er et særlig behov for et diskrimineringsvern eller aktive tiltak der vi vet at problemene med diskriminering har et visst omfang og/eller alvorlighetsgrad.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Craig, Emberland, Graver, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) har i punkt 13.4.7 foreslått at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag suppleres med sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Dette betyr at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke skal være uttømmende, og at grupper som ikke er uttrykkelig nevnt i et av de opplistede grunnlagene etter omstendighetene likevel vil kunne påberope seg lovens diskrimineringsvern.

Flertallet vil bemerke at listen over diskrimineringsgrunnlag likevel vil bety at noen grupper får et særlig tydelig diskrimineringsvern. Loven vil også gi et signal til virksomheter, arbeidsgivere og håndhevingsmyndigheter om hvilke grupper

og grunnlag som de særlig bør rette sin oppmerksomhet mot. Grunnlag som er uttrykkelig nevnt i loven gir også et signal om likeverd og anerkjennelse til utsatte grupper. I tillegg foreslår utvalget at reglene om delt bevisbyrde, oppreisnings- og erstatningsansvar uten hensyn til skyld og arbeidsgivers aktivitetsplikt skal forbeholdes de grunnlagene som loven nevner.

Flertallet har imidlertid lagt vekt på at det ikke er mulig å komme frem til en liste over diskrimineringsgrunnlag som er dekkende i den forstand at den treffer de grupper som i dag er mest utsatt for usaklig forskjellsbehandling. Hvem som utsettes for diskriminering og på hvilke grunnlag er kulturelt og historisk betinget. En liste over diskrimineringsgrunnlag kan derfor i enda mindre grad være egnet til å treffe mulige fremtidige grunnlag for diskriminering. Dette er bakgrunnen for at utvalgets flertall foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke gjøres uttømmende.

Når det gjelder omsorgsoppgaver mener flertallet at også de som har annet fravær fra arbeidet enn foreldrepermisjon på grunn av omsorg for barn, partnere, foreldre eller andre nærstående, bør ha et vern etter loven. Flertallet mener at menn bør ha samme vern mot diskriminering på grunn av omsorgsoppgaver som kvinner. Det er et paradoks at kvinnelige arbeidstakere med omsorgsoppgaver kan påberope seg likestillingsloven, men ikke mannlige arbeidstakere i samme situasjon. En kan si at loven slik den fortolkes på dette punktet i seg selv er diskriminerende. Det er inkonsekvent at lovgivningen er svært nøye med at all lovgivning som berører omsorgsforpliktelser i familieretten og trygderetten er kjønnsnøytral, mens den praktiske beskyttelsen for omsorgsarbeid i vid forstand bare gjelder for kvinner.

Utvalgets flertall mener derfor at omsorgsoppgaver bør kunne påberopes som diskrimineringsgrunnlag under sekke kategorien. Flertallet mener at en hensiktsmessig forståelse av et slikt grunnlag vil være «omsorg for nærstående». Det er imidlertid ikke nødvendig for flertallets konklusjoner å trekke grensen med hensyn til hvem som skal regnes som nærstående. Det at en har omsorgsansvar og gir omsorg til noen, betyr i seg selv at det er tale om en som faktisk står den aktuelle personen nær. Og det er bare i slike situasjoner der tilknytningen er nær at forskjellsbehandlingssituasjoner kan tenkes å oppstå.

Flertallet mener at transpersoner har et særlig behov for vern mot usaklig forskjellsbehandling. Flertallet mener derfor at også andre transperso-

ner enn transseksuelle eventuelt bør kunne påberope seg diskrimineringsvernet under sekke kategorien.

Videre mener flertallet at et diskrimineringsforbud knyttet til helse generelt vil være i samsvar med disse reglene, og foreslår derfor at helse skal kunne påberopes som et grunnlag under sekke kategorien, også for tilfeller som faller utenfor eller er i randsonen av grunnlaget funksjonsnedsettelse.

Sterk overvekt eller andre utseendemessige forhold bør etter omstendighetene kunne påberopes under sekke kategorien, også i de tilfeller der det ikke er tale om funksjonsnedsettelse. Det samme gjelder rusavhengige og straffedømte.

Utvalgets mindretall (medlemmene Næss og Stabell) mener at nye grunnlag ikke skal omfattes av loven, utover det som kan innfortolkes i lovens liste over diskrimineringsgrunnlag. At et lovvern skal kunne påberopes «etter omstendighetene», vil etter mindretallets vurdering medføre uklarhet med hensyn til hvilke omstendigheter som kan eller ikke kan vektlegges. Det vises for øvrig til mindretallets nærmere begrunnelse for dissensen inntatt i punkt 13.4.7.

13.6 Utvidet virkeområde for noen grunnlag

Utvalget har vurdert om det saklige virkeområdet for diskrimineringsforbudet på grunnlagene politisk syn, seksuell orientering og alder bør gjelde hele lovens virkeområde, det vil si alle samfunnsområder (jf. lovforslaget § 2 første ledd). Etter dagens regler gjelder forbudet mot diskriminering på disse grunnlagene kun i arbeidsforhold. Når det gjelder seksuell orientering gjelder vernet også bolig (leie, borettslag osv.). Utvalget viser til at usaklig forskjellsbehandling på disse grunnlagene kan forekomme på alle samfunnsområder. Utvalgets utgangspunkt er at diskrimineringsvernet for alle lovens grunnlag skal være det samme og at det krever en særlig begrunnelse hvis virkeområdet for et grunnlag skal være snevrere enn for andre. Utvalget mener at det ikke foreligger noen slike tungtveiende grunner for disse grunnlagene.

Utvalget foreslår at det saklige virkeområdet for diskrimineringsgrunnlagene seksuell orientering og politisk syn utvides til å gjelde alle samfunnsområder. Når det gjelder alder, foreslår utvalget at lovens forbud i utgangspunktet bare skal gjelde i arbeidslivet.

13.6.1 Politisk syn

Politisk syn er et diskrimineringsgrunnlag i internasjonale konvensjoner og i mange lands diskrimineringslovgivning. Se om dette grunnlaget i punkt 12.8. Dette diskrimineringsvernet må ses i sammenheng med ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheten. Disse grunnleggende menneskerettighetene gjelder også utenfor arbeidslivet. Diskriminering på grunn av politisk syn vil være et inngrep i disse rettighetene. Dette tilsier at vernet mot politisk syn bør gjelde alle samfunnsområder. Et utvidet vern vil bidra til å styrke ytringsfriheten i samsvar med Grunnloven § 100.

Et begrenset vern mot diskriminering på grunn av politisk syn vil ikke korrespondere med vernet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn som gjelder på alle samfunnsområder. Utvalget mener derfor at det ikke er grunnlag for at retten til å uttrykke sin politiske mening, å være medlem i politiske partier osv., kun skal gjelde i arbeidslivet.

Utenfor arbeidslivet kan usaklig forskjellsbehandling av enkeltpersoner tenkes for eksempel i form av trakassering i utdanningsinstitusjoner, ved utleie av bolig eller adgang til utesteder. Det må imidlertid presiseres at forskjellsbehandling ofte vil være saklig. For eksempel må redaktører fortsatt ha rett til å ikke trykke avisinnlegg på grunn av det politiske syn som uttrykkes i innlegget. Arrangører av politiske møter el. må ha rett til å avvise personer som har et annet politisk syn.

Utvalget vil presisere at vernet skal gjelde enkeltpersoner. Det må derfor avgrenses mot forskjellsbehandling av og mellom politiske partier, for eksempel politiske partiers leie av møtelokaler eller kjøp av tjenester knyttet til trykking og distribuering av politisk materiell.

Forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn må fortolkes i lys av ytringsfriheten. Vernet gjelder derfor politiske ytringer i vid forstand. Diskrimineringsforbudet vil imidlertid ikke være til hinder for at politiske synspunkter imøtegås med motargumenter osv. Diskrimineringsvernet gjelder ikke ytringer og skal ikke begrense adgangen til meningsytringer, dialog og debatt.

13.6.2 Seksuell orientering

Det menneskerettslige vernet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering gjelder også utenfor arbeidsliv og bolig. Utvalget viser også til at EU-kommisjonen i sitt direktivforslag om likebehandling uansett religion eller tro, funksjons-

nedssettelse, alder eller seksuell orientering, foreslår et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering også utenfor arbeidslivet.¹⁹ Se om dette grunnlaget i punkt 12.9.

Diskriminering og trakassering av homofile forekommer på mange samfunnsområder. Forskningsresultater kan tyde på at marginalisering og diskriminering av homofile fortsatt skjer i Norge, og at det sosiale trykket kan bidra til psykisk lidelse og økt selvmordsrisiko i denne befolkningsgruppen.²⁰ Dette er dokumentert i flere undersøkelser om homofiles situasjon i det norske samfunnet. Homofile utsettes for vold og trusler om vold i det offentlige rom. Den mest direkte diskrimineringen foregår ellers på de arenaene som allerede har et diskrimineringsvern i lovgivningen – arbeidsliv og boligsektoren. På andre områder som helsetjenester, sosial- og velferdstjenester, forsikring, idrett, skole, kirke og religion, uteliv mv. ser det ut til at det forekommer mest indirekte diskriminering.

Et generelt forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering vil være i samsvar med den politiske og rettslige utviklingen nasjonalt og internasjonalt som klart går i retning av større likestilling og bedre rettigheter for homofile. Det er forbud i straffeloven § 185 og § 186 mot å fremsette offentlig diskriminerende eller hatefulle ytringer mot homofile og forbud mot å nekte homofile varer og tjenester.

Regjeringen la i 2008 frem sin handlingsplan «Bedre livskvalitet for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner 2009-2012». Regjeringen la på bakgrunn av St.meld. nr. 25 (2000-2001) til grunn at det er nødvendig å forsterke antidiskrimineringsinnsatsen for denne gruppen. Handlingsplanens overordnede formål er å få slutt på diskrimineringen som denne gruppen opplever i ulike livsfaser, sosiale sammenhenger og i arbeidslivet, og bidra til bedre levekår og livskvalitet. Regjeringen vil ifølge planen sette i verk tiltak ikke bare rettet mot arbeidslivet, men også mot skole og utdanning, helse- og omsorgstjenester, fritid og frivillige organisasjoner. Det står også i handlingsplanen at Norge støtter «Yogyakarta-prinsippene» fra 2006 som blant annet sier at staten skal sørge for lovgivning eller andre tiltak for å forby og eliminere diskriminering på grunn av seksuell orientering.²¹

¹⁹ KOM (2008) 426 endelig.

²⁰ Saldo 2008 side 92 med referanser til Norsk Forening for allmennmedisin under Primærmedisinsk uke 2008.

²¹ Yogyakarta, Indonesia, 6-9. november 2006. Se fotnote 13 i punkt 13.5.1.

Den nye ekteskapsloven som trådte i kraft 1. januar 2009 likestiller langt på vei homofile og heterofile ekteskap. Loven åpner imidlertid for forskjellsbehandling av homofile på enkelte områder. Reservasjonsretten til kirkelige vigslere og forstandere i trossamfunn er utvidet til å gjelde brudefolk av samme kjønn. Og selv om lesbiske par har fått rett til assistert befruktning skal det være anledning for sykehuspersonell til å reservere seg mot å bistå lesbiske par ved assistert befruktning. Hvis helsepersonell eller vigslere i enkelttilfeller begrunner sin reservasjon i homofilt samliv, vil dette være forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering som må vurderes opp mot forbudet og unntaket for saklig forskjellsbehandling. Dette vil være for eksempel hvis en lege bistår ved assistert befruktning overfor ulikekjønnede ektepar, men ikke likekjønnede.

Et område som også vil omfattes av det utvidede diskrimineringsvernet er medlemskap, sjelesorg og annen religiøs virksomhet i trossamfunn. Trossamfunnene vil i lys av religionsfriheten ha en viss adgang til å fortsette sin praksis overfor homofile. Denne praksisen vil måtte aksepteres så fremt det er tale om saklig forskjellsbehandling. Det vil her måtte trekkes noen vanskelige avgrensninger. Disse avveiningene er i prinsippet de samme som de avveiningene som må foretas etter de unntaksreglene som gjelder ved ansettelser i trossamfunn. Det vises til utvalgets delinnstilling NOU 2008: 1, Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) og foreliggende innstilling punkt 16.7.

13.6.3 Alder

Alder er et diskrimineringsgrunnlag som ikke er uttrykkelig nevnt, men som utvilsomt må innfortolkes i internasjonale konvensjoner. Alder omfattes av EUs rammedirektiv om likebehandling, som gjelder på arbeidslivets område. EU-kommisjonens nettverk av juridiske eksperter på diskrimineringsfeltet har i en sammenliknende rapport fra 2007 pekt på at dette området fortsatt er preget av uklarhet.²² Dette skyldes blant annet medlemslandenes gjennomføring av direktivets artikkel 6, som gir adgang til å fastsette bestemmelser som berettiger ulik behandling på grunn av alder

«hvis den er objektivt og rimelig begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.»

I EU-rapporten pekes det på at i motsetning til hva som var tilfellet med de øvrige diskrimineringsgrunnlag, hadde det store flertall av medlemsstater ikke nasjonal lovgivning mot aldersdiskriminering på tidspunktet for direktivets vedtakelse i 2000. Mange land har valgt å gjennomføre artikkel 6 nærmest ordrett fra direktivet. Den konkrete fastsettelsen av unntakssituasjonene vil dermed bli fastsatt i praksis. Aldersgrenser for avgang fra arbeidslivet er typiske eksempler på situasjoner som ikke er helt klarlagt ennå.

EU-kommisjonen har i sitt direktivforslag om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering foreslått et forbud mot diskriminering på grunn av alder også utenfor arbeidslivet. I forslaget er det presisert at direktivet ikke skal være til hinder for at det fastsettes en bestemt aldersgrense for adgang til sosiale goder, til utdanning og til visse varer og tjenester.²³ Heller ikke skal direktivet være til hinder for at staten

«i forbindelse med ydelse af finansielle tjenester beslutte at tillade forholdsmæssigt afpasset forskelsbehandling, hvis anvendelsen af alder ... i forbindelse med det pågældende produkt er en afgørende faktor ved en risikovurdering baseret på relevante og nøjaktige aktuarmæssige eller statistiske data».

Den svenske diskrimineringsloven har forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder på alle samfunnsområder, men har til gjengjeld særlige bestemmelser som gir videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn etter de øvrige diskrimineringsgrunnlagene i loven. I Finland er aldersdiskriminering omfattet av grunnloven, men det finnes ingen lovbestemmelser som konkretiserer hva dette innebærer utenfor arbeidslivet. Danmark har ikke forbud mot aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet.

I den irske likebehandlingsloven som gjelder varer og tjenester, utdanning, klubber og bolig, gjelder forbudet mot aldersdiskriminering kun for personer over 18 år. Loven har et unntak som gir rett til å legge vekt på aktuarmessige eller statis-

²² The European Network of Legal Experts in the non-discrimination field: «Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared», Prepared by Mark Bell, Isabelle Chopin and Fiona Palmer for the European Network of Independent Experts in the non-discrimination field, July 2007.

²³ KOM (2008) 426 endelig, artikkel 2 nr. 6 og nr. 7.

tiske data eller andre kommersielle faktorer der dette er saklig. Dette unntaket gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Loven har i tillegg særlige unntaksregler for aldersdiskriminering med hensyn til idrettsorganisasjoner og arrangementer, roller i dans, teaterforestillinger og liknende samt adgang til å være fosterforeldre eller adoptivforeldre. Noen av disse unntaksreglene er modifisert med krav om saklighet og noen gjelder også enkelte andre diskrimineringsgrunnlag.

Et annet eksempel er den tyske likebehandlingsloven som gjelder flere grunnlag og som også har særlige unntak for alder.²⁴ Loven gjelder innen arbeidsliv, utdanning, sosiale ytelser, helsevesen, varer og tjenester rettet mot allmennheten og bolig. Lovens generelle unntak for saklig forskjellsbehandling suppleres med seks mer konkrete presiseringer. Disse gjelder nedre eller øvre aldersgrenser eller ansiennitet for adgang til arbeid eller utdanning i arbeidsforholdet, særlige betingelser for yngre eller eldre arbeidstakere, aldersgrenser med hensyn til trygd og andre sosiale ytelser, avtaler om avgang fra arbeidet på et tidspunkt arbeidstakeren vil ha rett til alderspensjon og differensieringer i arbeidsgiverfinansierte velferdsytelser. Hver av disse unntaksreglene er detaljert avgrenset i lovteksten.

Utvalget vil bemerke at aldersgrenser, alder som kriterium for å skille mellom personer eller inndeling i grupper osv. er vanlig i ulike sammenhenger på mange samfunnsområder, også utenfor arbeidslivet. Vi har for eksempel en rekke aldersgrenser i lovverket knyttet til pensjonsalder, myndighetsalder, kjøp av alkohol, førerkort osv. Andre eksempler er ordninger som honnørbilletter eller aldersgrenser på utesteder. Slik forskjellsbehandling må i utgangspunktet betraktes som saklig og dermed legitim.

Det kan imidlertid ikke være tvil om at usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder forekommer også utenfor arbeidslivet, selv om omfanget av slik forskjellsbehandling ikke kan dokumenteres. Utvalget legger til grunn at særlig eldre utsettes for usaklig forskjellsbehandling som kan oppleves som urettferdig, urimelig eller krenkende. Utvalget viser til punkt 12.7.3 der det er gjort rede for forskjellsbehandling av eldre innen blant annet helsevesenet og forsikringsytelser.

Et generelt diskrimineringsforbud som også gjelder utenfor arbeidslivet vil omfatte offentlige helse- og sosialtjenester. Diskrimineringsforbudet vil derfor i tilfelle også gjelde prioriteringer i hel-

sevesenet. Dette er et omfattende tema som har vært gjenstand for utredninger og ulike tilnærminger til tiltak i mange år. Utvalget mener at denne prioriteringsdebatten faller utenfor utvalgets mandat. Det er imidlertid klart at et generelt diskrimineringsforbud vil innebære at det må vurderes om alderskriteriet anvendes på en saklig måte i de konkrete prioriteringene. Utvalget vil bemerke at slike tilfeller etter dagens regler vil kunne være i strid med offentligrettslige saklighetskrav. Brukere av helse- og sosialtjenester vil kunne innklage slik forskjellsbehandling til Sivilombudsmannen eller til pasientombudet.

Adgangen til å basere nektelse og prising av forsikringstjenester på alder vil bli begrenset hvis diskrimineringsforbudet skulle utvides til alle samfunnsområder. Etter forsikringsloven skal selskapets premier stå i et rimelig forhold til den risiko som tas og de tjenester som ytes. Forsikringsselskapenes prissetting er basert på inndeling av kundene i ulike risiko-/prisgrupper. Vurderings- og prisingsmekanismene baserer seg på at det er funnet å være statistisk sammenheng mellom visse kjennetegn og erfart risiko (for skade, uførhet, død osv.). Alder er et av flere slike mulige kjennetegn, variabelt med type forsikring. Denne praksisen må ses i lys av forsikringsavtaleloven § 3-10 om skadeforsikring og § 12-2 om personforsikring som sier at forsikringsselskap ikke uten saklig grunn kan nekte noen på vanlige vilkår en forsikring som selskapet ellers tilbyr allmennheten. Forhold som medfører en særlig risiko skal regnes som saklig grunn, forutsatt at det er en rimelig sammenheng mellom den særlige risikoen og avslaget. I forarbeidene til de nye reglene i forsikringsavtaleloven omtales ikke saklighetskravet i forhold til alder. Det presiseres imidlertid at forhold som det etter lovgivningen ellers er forbudt å legge vekt på ikke kan utgjøre saklig grunn for forsikringsnektelse.²⁵

Finansinstitusjoner som nekter kunder lån eller kredittkort dersom de er over en viss alder, vil tilsvarende måtte foreta en vurdering av om alderskravet er saklig.

En innvending mot å gjøre forbudet mot aldersdiskriminering generelt er at det vil kunne føre til usikkerhet og kreve mange unødvendige vurderinger. Som eksemplene viser er det svært vanlig med ordninger knyttet til alder både i og utenfor arbeidslivet, og i mange tilfeller er det både saklig og hensiktsmessig å gjøre det slik. Et eventuelt utvidet diskrimineringsvern vil imidler-

²⁴ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 29. juni 2006.

²⁵ Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) punkt 4.6.4 side 50.

tid ikke bety et absolutt forbud mot ulike aldersgrenser. Det vil fremdeles være adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder som har et saklig formål, er nødvendig og er forholdsmessig, se punkt 16.4 om unntak for saklig forskjellsbehandling. Dette vil avverge at et eventuelt generelt forbud mot aldersdiskriminering får uforholdsmessige konsekvenser for virksomheter og andre som har saklig grunn til å legge vekt på en persons alder. Utvalget mener likevel at det ikke er hensiktsmessig å ha regler som innebærer at alle slike ordninger kan bringes inn til behandling og vurdering for ombudet, nemnda og domstolene hvor spørsmålet må vurderes med utgangspunkt i regler om delt bevisbyrde.

Utvalget viser til at det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner. Forskjellsbehandling på grunn av alder er oftere saklig enn det som er tilfellet med hensyn til andre diskrimineringsgrunnlag.²⁶ I noen tilfeller kan forskjellsbehandling på grunn av alder være begrunnet i fordommer eller stereotypier, for eksempel at eldre arbeidstakere ikke klarer å omstille seg. Men i motsetning til mange av de andre diskrimineringsgrunnlagene er alder likevel i utgangspunktet sosialt og kulturelt nøytralt, og alder er heller ikke i samme grad grunnlag for diskriminerende rolleoppfatninger slik som kjønnsroller. Selv om det kan oppleves som støtende, urettferdig eller krenkende for den enkelte å bli utestengt eller nektet noe bare på grunn av sin alder, kan det ofte være både riktig og forståelig å gjøre forskjell ut fra alder.

Utvalget foreslår at lovens generelle forbud mot aldersdiskriminering i utgangspunktet bare skal gjelde i arbeidsforhold. Utvalget vil likevel presisere at aldersdiskriminering ikke er mer akseptabelt enn annen diskriminering. Det vil imidlertid oftere være saklig å forskjellsbehandle på grunn av alder, enn det som gjelder for andre grunnlag. Det vil derfor overlate alt for stort spillerom for skjønn til håndhevingsorganene å ha et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av alder. Heller ikke bør lovens regler om delt bevisbyrde eller om oppreisning og erstatning gjelde ved aldersdiskriminering utenfor arbeidsforhold, se kapittel 20 og 21.

Mange eldre vil ha et vern utenfor arbeidslivet gjennom lovens forbud mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Lovens forbud mot aldersdiskriminering bør imidlertid også

ellers kunne påberopes utenfor arbeidsforhold i særlige urimelige eller usaklige tilfeller. Utvalget mener at det å legge vekt på alder i enkeltstående tilfeller etter omstendighetene bør kunne rammes av lovens diskrimineringsforbud. I slike tilfeller vil diskrimineringsforbudet etter en konkret vurdering eventuelt kunne hjemles i sekkekategori. Et eksempel er kredittinstitusjoners vurdering av konkrete lånesøknader der det ikke gis lån til en person utelukkende på grunn av dennes alder. På den annen side vil det ofte være saklig å differensiere produktene og markedsføringen ut fra alder så som for eksempel egne boligspareordninger for unge mennesker eller frarådning av visse aksjesparingsordninger overfor eldre med en kortere sparehorisont. Også konkrete prioriteringer i helseinstitusjoner der en person ikke får en helse-tjeneste ut fra sin alder, bør i særlige tilfeller omfattes av diskrimineringsforbudet. Slike tilfeller bør vurderes etter den generelle regelen om saklig forskjellsbehandling, slik at de etter en konkret vurdering vil kunne være i strid med diskrimineringsforbudet. Når det gjelder forsikringer bør det tilsvarende være adgang til å legge vekt på alder kun såfremt dette står i et rimelig forhold til den risikoen som tas og den tjenesten som ytes.

Utvalget mener imidlertid at diskrimineringsloven ikke må være til hinder for generelle aldersgrenser når det gjelder myndighetsalder, stemmerett, adgang til å ta førerkort, kjøp av alkohol osv. Det samme gjelder for eksempel regler om skolestart og inndeling i klasser i grunnskolen, i stedet for at dette baseres (bare) på individuelle vurderinger av barnas modenhet og evner. Andre viktige eksempler er pensjonsalder når det gjelder trygd og pensjon. Videre bør rabattordninger som honnørbilletter osv. eller egne aldersgrenser ved utesteder og klubber fortsatt være lovlig. Utvalget mener at det i slike tilfeller ikke er hensiktsmessig å kreve at det skal foretas individuelle vurderinger av den enkeltes modenhet, behov osv.

13.7 Grunnlag som kun reguleres i arbeidsmiljøloven

Utvalget har vurdert om forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse fortsatt bare skal gjelde i arbeidsforhold og reguleres i arbeidsmiljøloven, eller om forbudet skal utvides til andre samfunnsområder og reguleres i diskrimineringsloven.

²⁶ Jf. Generaladvokatens uttalelse i forslag til avgjørelse i C-388/07 premiss 74-76.

13.7.1 Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Utvalget har gjort rede for diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon i punkt 12.22.

Ikke utvide til andre samfunnsområder

Utvalget foreslår at forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon fortsatt bare skal gjelde i arbeidsforhold, og ikke utvides til andre samfunnsområder. Forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon kan vanskelig tenkes å ha praktisk betydning utenfor arbeidsforhold. Slik forskjellsbehandling utenfor arbeidslivet, kan uansett etter omstendighetene likestilles med medlemskap i et politisk parti og vil således omfattes av samlet diskrimineringslov (jf. utvalgets forslag om å utvide vernet mot diskriminering på grunn av politisk syn til alle samfunnsområder, se punkt 13.6.1).

Reguleres i arbeidsmiljøloven

Utvalget foreslår også at diskrimineringsgrunnlaget medlemskap i arbeidstakerorganisasjon beholdes i arbeidsmiljøloven og ikke tas inn i den nye diskrimineringsloven. Forslaget innebærer ingen endringer i gjeldende rett når det gjelder den materielle rekkevidden av vernet. Forslaget får imidlertid betydning for håndhevingen av forbudet som ikke lenger vil kunne håndheves av ombudet og nemnda.

Utvalget viser til at forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon skal verne om organisasjonsfriheten. Organisasjonsfriheten er en menneskerettighet og et grunnleggende prinsipp som arbeidsmarkedet og arbeidsmarkedsreguleringer hviler på. Forbudet mot diskriminering av arbeidssøkere og arbeidstakere på dette grunnlaget bør derfor gis et tydelig vern i arbeidsmiljøloven.

Utvalget har også lagt vekt på at håndheving av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon reiser utpregede arbeidsrettslige spørsmål som krever særlig arbeids-/ tariffrettslig kompetanse. Blant annet vil avgjørelsene måtte bygge på fortolkning av tariffavtaler og ses i sammenheng det tariffrettslige ufravikelighetsprinsippet. Dette er nemndas sak nr. 17/2007, som er referert i punkt 12.22.3, et illustrerende eksempel på. Slike tvister er det mer

hensiktsmessig å få avgjort gjennom det særlige arbeidsrettslige domstolsapparatet. Individuelle tvister etter arbeidsmiljøloven behandles i de alminnelige domstolene etter arbeidsmiljølovens særlige prosessregler i kapittel 17, som blant annet vil bety at retten skal settes med arbeidslivskynlige meddommere (arbeidsmiljøloven § 17-7). Tvister om tariffavtalers gyldighet og forståelse behandles i Arbeidsretten, jf. arbeidstvistloven § 7 nr. 2.

Det følger av utvalgets forslag at det kun vil være domstolene som skal kunne behandle i tvister om brudd på arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Dette innebærer at ombudet ikke lenger vil ha en uttrykkelig kompetanse til å behandle slike saker. Utvalget mener at dette ikke vil svekke vernet mot diskriminering. Utvalget viser til at ombudet mottar og behandler meget få henvendelser på dette. Ombudets rolle i disse sakene har med andre ord først og fremst vært å gi veiledning om rettsreglene. Arbeidstilsynet veileder i dag om arbeidsmiljølovens regler, og vil fortsatt kunne gi slik veiledning.

13.7.2 Deltidsansettelse og midlertidig ansettelse

Utvalget har gjort rede for diskriminering på grunn av deltidsansettelse og midlertidig ansettelse i punkt 12.23.

Ikke utvide til andre samfunnsområder

Utvalget foreslår at vernet mot diskriminering på grunn av deltidsansettelse og midlertidig ansettelse ikke utvides til andre samfunnsområder enn arbeidslivet.

Når det gjelder deltidsansatte vil usaklig forskjellsbehandling i en del tilfeller omfattes av vernet på andre diskrimineringsgrunnlag, for eksempel indirekte kjønnsdiskriminering. Deltidsarbeid er ofte en tilpasning til omsorgsoppgaver. Forskjellsbehandling på grunn av deltid vil derfor etter omstendighetene omfattes av et eventuelt vern mot diskriminering på grunn omsorgsoppgaver. Slik forskjellsbehandling vil da etter omstendighetene kunne innfortolkes i sekke kategorien «liknende forhold ved en person».

Det er etter utvalgets oppfatning ikke behov for å utvide vernet av deltids- og midlertidig ansatte til andre samfunnsområder enn arbeidslivet, da det ikke utgjør noe problem av betydning utenfor arbeidslivet. Forskjellsbehandling kan

forekomme når det gjelder trygd og pensjonsordninger (som ikke er yrkesbaserte). Det kan også forekomme at midlertidig ansatte har problemer med å få lån da de vurderes som usikre betalere fordi de ikke anses å ha tilstrekkelig stabil inntekt. Slike former for forskjellsbehandling vil imidlertid i hovedsak måtte vurderes som tilstrekkelig saklig begrunnet. Hvis kredittyster ikke gis muligheten til å legge vekt på ansettelsesforhold og dermed den forventede betalingsevnen i en kredittvurdering, vil kvaliteten av kredittvurderingen bli dårligere. Resultatet vil bli økte utlånstap for kredittyster og dyrere lån fordi risikoen for kredittyster øker.

Reguleres i arbeidsmiljøloven

Utvalget foreslår at forbudet mot diskriminering av deltids- og midlertidig ansatte ikke tas inn i en ny samlet diskrimineringslov, men fortsatt reguleres i arbeidsmiljøloven.

Forbudet mot diskriminering på grunn av deltid eller midlertidig ansettelse har andre formål enn øvrige diskrimineringsgrunnlag som utvalget mener bør tas med i en samlet diskrimineringslov. Utvalget viser til at formålet med å regulere dette forbudet i arbeidsmiljøloven sammen med lovens øvrige diskrimineringsregler var å sikre enhetlig tolkning, god sammenheng i regelverket og økt brukervennlighet. Det pekes også på at det er en særlig sammenheng mellom direktivene om kjønnsdiskriminering og direktivene om deltidsarbeid og midlertidig ansettelse, fordi det er flere kvinner enn menn som er deltids- og midlertidig ansatte. Forbudet implementerer EU-direktiver som har som primært formål et fleksibelt og vel fungerende arbeidsliv for både arbeidsgivere og arbeidstakere. Ikke-diskriminering er et virkemiddel som skal anvendes for å oppnå dette.²⁷

Forbudet kan ikke på samme måte begrunnes ut fra lovens formål om likestilling slik dette er beskrevet i kapittel 9. Deltid og midlertidig ansettelse har ikke sammenheng med personlige egenskaper som er uavvendelige eller som har stor betydning for individet. Det kan ikke være avgjørende at det er en nær sammenheng mellom kjønnslikestilling og deltids- og midlertidige ansettelser.

Deltids- og midlertidig ansettelse er ikke et diskrimineringsgrunnlag etter menneskerettskonvensjonene. Disse grunnlagene har ikke

samme menneskerettslige karakter eller begrunnelse slik som lovens øvrige diskrimineringsgrunnlag. Deltid og midlertidig ansettelse utgjør derimot et element i personenes ansettelsesavtaler, som regulerer avtalens opphør eller som fastsetter arbeidstakerens plikter og rettigheter i arbeidsforholdet. Det er tale om avtalemessige forhold som kan sies opp eller endres. Den enkelte kan veksle mellom deltid og heltid, eller fast eller midlertidig ansettelse. For eksempel er det vanlig å veksle mellom deltid og heltid avhengig av livssituasjonen med hensyn til omsorgsoppgaver eller utdanning. Midlertidige ansettelsesforhold er vanligere i ung alder eller i begynnelsen av en yrkeskarriere. Det er også variasjoner mellom sektorer når det gjelder omfanget av både deltid og midlertidige ansettelser.

Forbudet mot diskriminering av deltids- og midlertidig ansatte håndheves ikke av ombudet og nemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 nr. 3. Unntaket gjelder også ombudets pådriverrolle. Dette unntaket er ikke begrunnet i forarbeidene.

Forbudet håndheves kun gjennom domstolsapparatet, slik som mange andre tvister etter arbeidsmiljøloven. I løpende ansettelsesforhold, for eksempel hvis en arbeidstaker vil påberope seg forskjellsbehandling med hensyn til lønn eller andre arbeidsvilkår (som de fleste saker om deltid eller midlertidig ansettelse vil dreie seg om) vil arbeidstakeren være henvist til domstolene. Det vil imidlertid for de fleste være en høy terskel for å gå til domstolene i en tvist mot nåværende arbeidsgiver. Slike saker vil dermed i praksis særlig komme opp i etterkant, i forbindelse med et avsluttet ansettelsesforhold, typisk i en oppsigelsesak. Ombudet og nemnda kan i løpende ansettelsesforhold være et mer egnet organ å henvende seg til. Utvalget mener imidlertid at saker om forskjellsbehandling på grunn av deltid eller midlertidig ansettelse ikke stiller seg i noen annen kategori enn øvrige tvister etter arbeidsmiljøloven. Ombudets og nemndas håndhevingskompetanse og ombudets pådriverrolle, og de ressursene dette krever, bør som i dag forbeholdes tvister av sterkere menneskerettslig karakter.

Utvalget mener at reglene om diskriminering av deltids- og midlertidig ansatte passer bedre tematisk og strukturelt inn sammen med arbeidsmiljølovens regler enn i en samlet diskrimineringslov. Det er vanskelig å harmonisere disse reglene med de andre diskrimineringsreglene i en samlet lov. Dette er bakgrunnen for at forbudet mot diskriminering på disse grunnlagene i dag er

²⁷ NOU 2004: 5 punkt 14.3.6 side 280, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 15.3.8 side 199-200.

formulert som de er i arbeidsmiljøloven (jf. «gjelder tilsvarende» i § 13-1 tredje ledd) og at det er behov for særlige unntaksregler.

Videre taler den nære sammenhengen med øvrige arbeidsrettslige reguleringer, for at saker om diskriminering på grunn av deltid eller midlertidig ansettelse reguleres og håndheves i tilknytning til disse regelverkene. Håndhevingen vil dermed som regel kreve særlig arbeidsrettslig kompetanse.

Det kan også vises til at andre europeiske land som har implementert EU-direktivene om deltid og midlertidig ansettelse, har regulert disse diskrimineringsforbudene i egne arbeidsrettslige lover. Utvalget kjenner ikke til noen land som har lovregulert disse forbudene sammen med den øvrige diskrimineringslovgivningen slik det er gjort i norsk rett.

13.7.3 Endringer i arbeidsmiljøloven

Utvalgets forslag betyr at det må gjøres endringer i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Henvisingene til likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering samt diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

erstattes med en henvisning til den nye diskrimineringsloven, se punkt 8.2 om lovens systematikk. Alle bestemmelser som kun gjelder eller bare har relevans for forskjellsbehandling på grunn av alder, seksuell orientering og politisk syn oppheves. Regler som gjelder forskjellsbehandling på grunn av deltid, midlertidig ansettelse eller medlemskap i arbeidstakerorganisasjon beholdes i arbeidsmiljøloven. Dette gjelder både de regler som gjelder bare disse diskrimineringsgrunnlagene, og generelle regler om bevisbyrde, erstatning osv.

Arbeidstilsynet vil som i dag gi veiledning om forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse. Disse reglene vil ikke bli håndhevet av ombudet og nemnda slik som øvrige diskrimineringsregler. Ombudet og nemnda vil imidlertid ha håndhevingskompetanse når det gjelder diskriminering av deltid som faller inn under forbudet mot kjønnsdiskriminering. Det samme gjelder forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, som faller inn under forbudet mot diskriminering på grunn av politisk syn.

Kapittel 14

Diskriminering på flere grunnlag

14.1 Innledning

Diskriminering kan forekomme på mer enn ett diskrimineringsgrunnlag i en og samme sak. Dette er et tema som stadig reises i den offentlige debatt. Utvalget har lite dokumentasjon på art og omfang av diskriminering på flere grunnlag. Det foreligger imidlertid flere slike avgjørelser fra ombudet og nemnda.

Utvalget har vurdert hvorvidt det er behov for en egen lovbestemmelse om diskriminering på flere grunnlag i diskrimineringsloven. Utvalget finner at det ikke er påkrevd med en egen lovbestemmelse for at håndhevingsorganene og domstolene skal kunne håndtere saker om diskriminering på flere grunnlag. Utvalget foreslår derfor at dette ikke lovreguleres særskilt.

14.2 Begreper og tilnæringsmåter

Diskriminering på flere grunnlag er et fenomen som i litteraturen er definert på ulike måter, og som er tillagt ulikt innhold. De vanligste begrepene som benyttes i denne sammenheng er multippel diskriminering og interseksjonalitet.

Multippel diskriminering beskriver en situasjon hvor en person utsettes for diskriminering på mer enn ett grunnlag i samme handling. Diskrimineringsgrunnlagene virker i slike sammenhenger kumulativt. Ett eller flere diskrimineringsgrunnlag legges til et annet. For eksempel kan en person bli diskriminert både på grunn av alder og kjønn ved ansettelse.

Interseksjonalitet skiller seg fra multippel diskriminering ved at de enkelte diskrimineringsgrunnlag ikke kan vurderes separat. Avhengig av omstendighetene kan for eksempel kvinner med minoritetsbakgrunn være utsatt for særlige former for etnisk diskriminering som ikke rammer menn med minoritetsbakgrunn, på grunn av fordommer og stereotype oppfatnin-

ger.¹ De kan også utsettes for kjønnsdiskriminering som etnisk norske kvinner ikke utsettes for.

Håndhevingsorganer og personer som mener seg diskriminert på flere grunnlag kan tilnærme seg saker om diskriminering på flere grunnlag på ulike måter. I noen saker vurderes ett og ett grunnlag separat. I andre saker gjøres et strategisk valg i forhold til på hvilket grunnlag man vil anføre at man er utsatt for diskriminering, og øvrige grunnlag blir ikke håndhevet eller prosedert.

En interseksjonell tilnærming til diskriminering tar i betraktning historisk, sosial og politisk kontekst og anerkjenner individenes unike erfaringer basert på interaksjonen mellom diskrimineringsgrunnlag. En fordel med en interseksjonell tilnærming til diskriminering hevdes å være at den anerkjenner kompleksiteten i menneskers opplevelse av diskriminering, og den tar i betraktning de enkelte gruppers sosiale og historiske kontekst. Fokus er rettet mot samfunnets respons overfor individet, og krever ikke at mennesker plasseres i rigide kategorier.²

En fallgrube ved interseksjonell diskriminering er bruken av sammenlikningsperson. Der som sammenlikningsperson skal benyttes bør disse reflektere alle aspekter av identiteten til den som hevder å være diskriminert. Sammenlikningsperson må velges med varsomhet fordi bruk av feil sammenlikningsperson kan føre til at saker blir avvist på uriktig grunnlag.³

14.3 Gjeldende rett. Praksis fra håndhevingsorganene

Ingen av de gjeldende lovene mot diskriminering har uttrykkelige bestemmelser om diskriminering på flere grunnlag. Dette er imidlertid ikke ansett å være til hinder for at slike saker kan

¹ European Commission 2007 punkt 2.3 side 16-17.

² Ontario Human Rights Commission 2001, side 3-7.

³ Ontario Human Rights Commission 2001, side 14.

håndheves. Mulighetene for å håndtere multipel diskriminering var også et argument for opprettelsen av et felles håndhevingsapparat for saker om diskriminering.⁴ Ombudet og nemnda har behandlet flere klagesaker om diskriminering på flere grunnlag. Klagesakene for ombudet og nemnda kan grovt inndeles i tre typetilfeller.

Et typetilfelle er diskriminering i arbeidslivet, hvor klager hevder at flere diskrimineringsgrunnlag gjør seg gjeldende. I slike saker vurderes saken ofte kun ut fra det grunnlaget hvor ombudet kan finne grunn til å tro at diskriminering har skjedd, mens det konstateres at det ikke er grunnlag for å gå videre med de øvrige diskrimineringsgrunnlagene som er anført av klager. Der det er grunnlag for det, går ombudet videre med flere anførte grunnlag. Grunnlagene vurderes likevel separat i en del saker, uten at de vurderes i sammenheng. En klagesak om oppsigelse på grunn av bruk av hijab representerer et slikt tilfelle. Ombudet vurderte i denne saken først om oppsigelsen var direkte diskriminerende på grunn av religion i strid med diskrimineringsloven, deretter om oppsigelsen var indirekte kjønnsdiskriminerende i strid med likestillingsloven.⁵

Et annet typetilfelle er hvor de anførte diskrimineringsgrunnlag har blitt vurdert samlet. Utvalget er kun kjent med en slik klagesak til nå. Saken gjaldt avvisning av to kvinner av asiatiske opprinnelse på et hotell i Oslo. Den ene kvinnen har hjemstedsadresse i Oslo. Hotellet har retningslinjer som gir personalet adgang til å avvise personer med hjemstedsadresse i Oslo og omegn. Da kvinnene ba om en forklaring på hvorfor de ble nektet rom opplyste resepsjonisten om retningslinjene og forklarte at bakgrunnen for retningslinjene var at personer bosatt i Oslo og omegn kunne være prostituerte eller narkomane som tok seg inn på hotellet for å lage bråk. Kvinnene var anstendig kledd, uten sminke, og de var ikke beruset. I denne saken gjorde både ombudet og nemnda en samlet vurdering av diskrimineringsforbudene kjønn og etnisitet. Ombudet og nemnda fant at hotellet la vekt på kvinnenes kjønn og etnisitet da de nektet dem å ta inn på hotellet, og at kombinasjonen av kjønn og etnisk bakgrunn var grunnlag for avvisningen.⁶

Et tredje typetilfelle er stillingsannonser hvor det stilles krav til både kjønn og alder, for eksempel hvor det søkes etter «voksen dame 30 – 50

år».⁷ Også i slike saker vurderes ett og ett grunnlag separat.

14.4 Internasjonale regler

EUs likebehandlingsdirektiver har ikke egne bestemmelser om diskriminering på flere grunnlag. Direktivene anerkjenner likevel at det kan være interaksjon mellom de ulike diskrimineringsgrunnlagene, særlig krysningspunkter mellom kjønn og øvrige grunnlag. I fortalen til rammedirektivet (2000/78/EF) punkt 3 og rasediskrimineringsdirektivet (2000/43/EF) punkt 14 fastsettes at når prinsippet om likebehandling gjennomføres, bør det i henhold til EF-traktaten artikkel 3 nr 2 tilstrebes å fjerne ulikheter og fremme likebehandling mellom kvinner og menn, da kvinner ofte er ofre for dobbel diskriminering.

FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne fra 2006 forbyr diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse. Konvensjonen anerkjenner at kvinner med funksjonsnedsettelse er utsatte for diskriminering både på grunn av kjønn og funksjonsnedsettelse. Etter konvensjonens artikkel 6 skal konvensjonsstatene treffe tiltak for å sikre menneskerettighetene og grunnleggende friheter til kvinner med funksjonsnedsettelse.

14.5 Utenlandsk rett

Tyskland

Tyskland vedtok i 2006 en ny likebehandlingslov, «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz». Loven gir etter § 1 vern mot diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse, kjønn, religion eller livssyn, funksjonshemming, alder og seksuell identitet. Diskriminering på flere grunnlag er særlig regulert i lovens § 4. Det fremgår av denne bestemmelsen at hvor diskrimineringen er basert på flere grunner, kan forskjellsbehandlingen være saklig kun dersom saklighetskravet er oppfylt for alle grunnlagene.

Østerrike

Den Østerrikske loven mot diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse av 2006 fastslår i lovens § 9 at myndighetene kan ta i betraktning multipel diskriminering ved fastsettelsen av

⁴ Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) punkt 5.2.4 side 32.

⁵ Ombudets sak nr. 07/627.

⁶ Ombudets sak nr. 07/649 og nemndas sak nr. 1/2008.

⁷ For eksempel nemndas sak nr. 10/2006.

erstatningens størrelse. Lovgivningen for øvrig har ingen bestemmelser om multipl diskriminering.

Canada

Den canadiske føderale menneskerettslov av 1985 forbyr diskriminering på grunn av rase, nasjonal eller etnisk opprinnelse, hudfarge, religion, alder, kjønn, ekteskapelig status, familiestatus, seksuell orientering, funksjonshemming og for tidligere straffedømte. Loven hadde tidligere en uttømmende opplisting av diskrimineringsgrunnlag, som ikke kunne utvides av domstolen. Det var derfor ikke mulig for domstolen å håndheve saker om interseksjonell diskriminering. For å avhjelpe dette ble loven derfor endret i 1998. Det ble da tilføyd en presisering om at diskrimineringsforbudet omfatter de tilfeller der forskjellsbehandlingen er basert på ett eller flere grunnlag, samt de tilfeller der den ulike virkningen skyldes en kombinasjon av flere grunnlag (section 3.1).⁸

14.6 Utvalgets vurderinger og forslag

Utvalget foreslår at diskrimineringsloven ikke skal inneholde noen egen bestemmelse om diskriminering på flere grunnlag. Utvalget mener imidlertid at det bør fremgå uttrykkelig av lovens forarbeider at saker om diskriminering på flere grunnlag, både multipl diskriminering og interseksjonalitet, er vernet av loven.

Loven gir etter utvalgets vurdering hjemmel for at ombudet, nemnda og domstolene kan prøve saker hvor det påberopes diskriminering på mer enn ett grunnlag, forutsatt at de grunnlag som påberopes vernes av loven. Dette synes også å ha blitt lagt til grunn av ombudet og nemnda, da de har behandlet flere slike saker. En egen bestemmelse som regulerer diskriminering på mer enn ett grunnlag er derfor ikke nødvendig for at slike saker skal kunne håndheves.

Utvalget vil også tilføye at dersom lovens oppregnede diskrimineringsgrunnlag suppleres med sekkekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person» vil det være enda mindre behov for en egen hjemmel for håndtering av saker om diskriminering på flere grunnlag. Sekkekategori vil omfatte saker om diskriminering på flere grunnlag, multipl og interseksjonell, hvor det ellers eventuelt kunne vært en viss tvil

om de oppramsede diskrimineringsgrunnlag ga tilstrekkelig hjemmel for håndheving. Det vises til punkt 13.4 om sekkekategori.

Heller ikke informasjonshensyn taler etter utvalgets vurdering for at loven skal ha en egen bestemmelse om diskriminering på flere grunnlag. Utvalget mener dette fremgår tilstrekkelig tydelig av lovens diskrimineringsforbud. Ombudet har veiledningsplikt og en plikt til å opplyse saken etter forvaltningsloven. Utvalget forutsetter at ombudet, som ledd i veilederrollen og når det kommer inn en klagesak, gir veiledning blant annet om det er ett eller flere diskrimineringsgrunnlag som kan påberopes og prøves i den enkelte sak. Da vi har et felles ombud som håndhever samtlige diskrimineringsgrunnlag bør forholdene ligge godt til rette for dette. Også den praksis som foreligger i dag viser etter utvalgets vurdering både at diskriminering på mer enn ett grunnlag blir påberopt, og at det håndheves.

Saker om diskriminering på flere grunnlag kan reise særlige spørsmål om hvem som er sammenlikningsperson i den enkelte sak. Dette problemet gjør seg særlig gjeldende i de sakene som ligger i «krysningspunktet» mellom to diskrimineringsgrunnlag, og som ofte kalles interseksjonalitet. For eksempel kan det være et spørsmål hvem en ikke-etnisk norsk kvinne kan sammenlikne seg med i vurderingen av om hun stilles dårligere. Spørsmålet er om hun skal sammenliknes med en norsk kvinne, en ikke-etnisk norsk mann, eller om hun kan sammenliknes med en norsk mann.

Utvalget anerkjenner at spørsmålet om sammenlikningsperson kan være vanskelig i saker om diskriminering på flere grunnlag. Hensynet til et effektivt diskrimineringsvern taler for at slike saker ikke faller utenfor diskrimineringsvernet på grunn av valg av sammenlikningsperson. Dette spørsmålet er det imidlertid ikke etter utvalgets vurdering hensiktsmessig å løse ved lovgivning. Det vil være opp til håndhevingsorganene og domstolene å gjøre en konkret vurdering i den enkelte situasjon hvorvidt den som mener seg diskriminert på flere grunnlag er stilt dårligere enn andre i sammenliknbar situasjon, og herunder vurdere hvem som er sammenlikningsperson.

Når det gjelder virkningen av at det har skjedd diskriminering på flere grunnlag skal dette etter utvalgets vurdering følge lovens alminnelige sanksjonssystem, se kapittel 20 og 21. Et spørsmål er om det forhold at det har skjedd diskriminering på mer enn ett grunnlag skal vektlegges ved oppreisningsutmålingen. Heller ikke dette spørsmålet mener utvalget bør reguleres av lovgiver. Etter de

⁸ European Commission 2007 punkt 3.3 side 24.

alminnelige kriteriene for utmåling av oppreisning skal det legges til grunn en bred helhetsvurdering. Forhold som kan vektlegges i denne vurderingen er blant annet hvor grov krenkelsen har vært. Det kan tenkes at domstolene i enkelte alvorlige saker kan finne at diskriminering på

flere grunnlag kan virke inn i vurderingen av hvorvidt krenkelsen har vært grov, særlig overfor grupper i en særlig utsatt situasjon. Etter utvalgets vurdering bør det imidlertid ikke lovfestes noen generell regel om virkningen av at det har skjedd diskriminering på flere grunnlag.

Kapittel 15

Diskrimineringsforbudet

15.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapitlet er hvordan lovens diskrimineringsforbud skal formuleres. Dette må ses i sammenheng med utvalgets forslag om å videreføre gjeldende diskrimineringsgrunnlag, som etter flertallets forslag suppleres med sekkekategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person» (se punkt 13.4.7).

Utvalget foreslår et felles diskrimineringsforbud for alle lovens diskrimineringsgrunnlag som skal erstatte forbudet mot diskriminering i likestillingsloven § 3, lov mot etnisk diskriminering § 4, arbeidsmiljøloven § 13-1 jf. § 13-3, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 og boliglovene.¹ Se lovforslaget § 4 og § 5.

Lovforslaget har følgende hovedelementer:

- liste over lovens diskrimineringsgrunnlag
- forbud mot direkte og indirekte diskriminering som hovedregel
- definisjoner av direkte og indirekte forskjellsbehandling
- unntak fra forbudet

Unntak fra diskrimineringsforbudet drøftes i kapittel 16.

15.2 Prinsipielle utgangspunkt

Diskrimineringsforbudet er noe ulikt formulert i gjeldende diskrimineringslovgivning. Det er også

enkelte materielle forskjeller mellom de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Reglene har imidlertid de samme hovedelementer.

Utvalget foreslår et diskrimineringsforbud som i det alt vesentlige viderefører gjeldende regler. I samsvar med mandatet har utvalget lagt vekt på at diskrimineringsvernet etter gjeldende regler ikke skal svekkes på de grunnlag og samfunnsområder der vi har et vern. Utvalget bygger sitt forslag til lovtekst særlig på lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Utvalget foreslår at det lovfestes ett felles diskrimineringsforbud som skal gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag og alle samfunnsområder. Forbudet mot diskriminering på grunnlag av alder skal imidlertid etter utvalgets forslag bare gjelde i arbeidsforhold, se punkt 13.6.3. Utvalget mener for øvrig at diskrimineringsvernet i utgangspunktet bør være det samme uavhengig av grunnlag eller samfunnsområder. Dette utelukker likevel ikke at diskrimineringsforbudet anvendes ulikt ut fra den konkrete situasjonen. Utvalget har vurdert om det i tillegg bør lovfestes særregler knyttet til bestemte grunnlag eller samfunnsområder som supplerer, presiserer eller gjør unntak fra hovedregelen.

Harmoniseringen reiser også spørsmål om hvilken detaljeringsgrad lovteksten skal ha, og hvilke spørsmål det er tilstrekkelig å omtale i forarbeidene. Hensynet til klarhet og tydelighet må veies opp mot hensynet til at lovteksten ikke skal bli for omfattende og utilgjengelig. I dagens lover er det tatt inn nyanseringer og presiseringer som etter utvalgets syn i liten grad bidrar til å gjøre innholdet klarere, men som snarere fører til lovtekster som er vanskelige å forstå. Utvalget mener derfor at reglene bør ha en generell og overordnet karakter. Enkelte presiseringer som i dag fremgår av lovteksten kan i stedet kommenteres i forarbeidene.

¹ Innholdet av diskrimineringsforbudet i likestillingsloven er omtalt i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 6 side 27 flg. Forbudet i lov mot etnisk diskriminering er omtalt i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 10 side 82 flg. Forbudet i arbeidsmiljøloven er omtalt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) merknadene til § 13-1 side 325 jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2 side 25 flg. Forbudet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er omtalt i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.5 side 94 flg. Forbudet i boliglovene er omtalt i Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 34-38.

15.3 Liste over diskrimineringsgrunnlag

Utvalget drøfter her hvordan listen med diskrimineringsgrunnlagene skal formuleres i lovteksten.

Utvalget foreslår at loven skal omfatte følgende diskrimineringsgrunnlag: kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Lovens liste over diskrimineringsgrunnlag suppleres etter flertallets forslag av sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person».

Grunnlaget kjønn omfatter etter gjeldende regler ikke bare menn og kvinner, men også graviditet, fødsel samt kvinner og menns benyttelse av permisjonsrettigheter (det vil si graviditetsdiskriminering i vid forstand). Graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er et område der det har vist seg å være et særlig behov for tydelige regler og et sterkt vern. Diskriminering på grunn av graviditet, fødsel eller benyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn, er direkte diskriminering etter § 3 andre ledd nr. 2. Uttrykket «forbeholdt det ene kjønn» er i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) foreslått erstattet med «forbeholdt mor eller far». Med dette siktes det til den delen av foreldrepermisjonen som det ytes foreldrepenger fra folketrygden², som i praksis gjerne er omtrent et år (men dette kan variere). Vernet gjelder også ved adopsjon.

Utvalget foreslår at «graviditet» og «permisjon ved fødsel og adopsjon» tas inn som egne diskrimineringsgrunnlag. Sistnevnte skal gjelde både kvinner og menn. Det vil omfatte de tilfeller som i dag omfattes av likestillingslovens sterke diskrimineringsvern etter § 3 andre ledd nr. 2. Permisjon av lengre varighet enn det som i dag går under likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 vil også omfattes. Jo lengre permisjon det er tale om, desto oftere vil forskjellsbehandlingen være saklig (se punkt 16.4 om unntaket for saklig forskjellsbehandling). Dette er i samsvar med gjeldende regler om graviditetsdiskriminering.

Transseksualisme innfortolkes i dag i diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Det vises til utvalgets vurderinger i punkt 13.5. Utvalget foreslår at vernet videreføres, men ikke at det presiseres uttrykkelig i loven.

Et spørsmål for utvalget er om diskrimineringsgrunnlaget knyttet til personer med funks-

jonsnedsettelse/ nedsatt funksjonsevne skal benevnes som «funksjonsevne», «nedsatt funksjonsevne» eller «funksjonsnedsettelse» (se punkt 12.6). Begrepene funksjonsnedsettelse og nedsatt funksjonsevne anses for å være synonyme.³ Med disse begrepene siktes det til individuelle biologiske eller medisinske forhold. Utvalget vil peke på at begrepet nedsatt funksjonsevne som brukes i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ikke er uproblematisk. Utvalget mener at uttrykket ikke får frem at mange mennesker med funksjonsnedsettelse har stor funksjonsevne, i den forstand at de fungerer godt på flere områder. Utvalget foreslår derfor å bruke det mer nøytrale uttrykket «funksjonsnedsettelse» i lovteksten.

Lov mot etnisk diskriminering nevner, foruten etnisitet, også nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk. Dette skal ifølge forarbeidene forstås slik at forbudet mot diskriminering på disse grunnlagene bare gjelder i den utstrekning disse grunnlagene har sammenheng med etnisitet.⁴ Disse grunnlagene kan dermed forstås som markører eller undergrupper av det overordnede begrepet etnisitet. Religion og livssyn er også diskrimineringsgrunnlag i lov mot etnisk diskriminering. Disse skal ifølge forarbeidene forstås som selvstendige diskrimineringsgrunnlag, det vil si at vernet gjelder uavhengig av om forskjellsbehandlingen har sammenheng med etnisitet (for eksempel diskriminering på grunn av at en person med norsk etnisk bakgrunn tilhører en spesiell kristen frimenighet).⁵

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at etnisitet, religion og livssyn lovfestes som egne diskrimineringsgrunnlag i loven. Utvalget har på bakgrunn av CERDs anbefaling vurdert om markøren «rase» bør tas inn i lovteksten, men har kommet til at det ikke er behov for å gjøre endringer her. Utvalget viser til at det ikke er noen tvil om at diskrimineringsvernet og ombudets mandat omfatter diskriminering basert på oppfatninger om rase.

15.4 Forbud mot direkte og indirekte diskriminering

Utvalget har vurdert om loven skal bruke uttrykket forskjellsbehandling slik som i likestillings-

² Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 11.2.2 side 61.

³ NOU 2005: 8 punkt 3.3 side 37 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.6.1 side 87.

⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.2 side 87-88.

⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.8 side 90.

loven, eller uttrykket diskriminering slik som i arbeidsmiljøloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Mange oppfatter diskriminering som et negativt ladet begrep, mens forskjellsbehandling oppfattes som mer nøytralt. I praksis oppfatter mange det som belastende at deres handlinger blir stemplet som diskriminerende. Diskriminering er også et mer ladet uttrykk enn ulovlig forskjellsbehandling.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Craig, Emberland, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) foreslår et forbud mot *diskriminering*, jf. lovforslaget § 4. Forskjellsbehandling er imidlertid ikke noe negativt eller uønsket når den er saklig begrunnet. Det vises til punkt 3.2.2 om det rettslige diskrimineringsbegrepet. Det er også et poeng i seg selv at uttrykket diskriminering fremkommer i lovteksten. Hvis uttrykket «diskriminering» skal brukes i loven, bør det uansett forbeholdes den usaklige forskjellsbehandlingen (som etter omstendighetene er ulovlig).

Utvalgets mindretall (medlemmene Graver, Næss og Stabell) mener prinsipielt sett at det er uheldig å bruke et så sterkt negativt ladet uttrykk som «diskriminering» i en lovtekst. Hvorvidt noe faller utenfor eller innenfor lovens uttrykk vil i mange tilfelle bero på vanskelige bevisvurderinger eller tekniske juridiske vurderinger knyttet til tolkning og konkret anvendelse av lovens uttrykk. I praksis vil derfor mye bli fanget opp av bestemmelsen som ligger fjernt fra det folk flest vil finne naturlig å stemple som diskriminering. Å sette diskrimineringsstempelet på slike tilfeller vil derfor kunne innebære en belastning for parten som det saklig sett ikke er dekning for. Man kan ikke utelukke at dette vil kunne få rettsanvendere til å kvie seg for å anvende lovens forbud der den ut fra vanlige tolkningsprinsipper burde komme til anvendelse. Mindretallet mener derfor at det ville være mer formålstjenelig å videreføre terminologien fra likestillingsloven. Dette hindrer ikke at man kunne bruke ordet diskriminering i lovens tittel.

Diskriminering skal forstås som direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er saklig begrunnet. Utvalget foreslår derfor at lovteksten bruker uttrykkene direkte og indirekte forskjellsbehandling, samtidig som diskrimineringsforbudet avgrenses uttrykkelig mot saklig forskjellsbehandling. Det følger av dette at usaklig direkte forskjellsbehandling vil være direkte diskriminering i strid med loven, mens usaklig indirekte forskjellsbehandling vil være indirekte diskriminering i strid med loven.

Begrepene direkte og indirekte forskjellsbehandling er i utvalgets lovforslag definert etter mønster av lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Begrepene skal forstås på samme måte som de tilsvarende begrepene i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven. Forslaget innebærer med dette ingen endringer i gjeldende regler. Utvalget mener imidlertid at indirekte forskjellsbehandling ikke bør defineres på andre måter på andre samfunnsområder enn i arbeidslivet, slik det er gjort i definisjonen i lov mot etnisk diskriminering § 4 tredje ledd. Utvalget er derimot enig i at det bør være et særlig sterkt diskrimineringsvern i arbeidsforhold, hvor det foreslås en skjerpet unntaksregel jf. punkt 16.5.

15.5 Eksisterende, antatte, tidligere og fremtidige forhold

Utvalget foreslår at diskrimineringsforbudet skal gjelde forskjellsbehandling på grunn av eksisterende, antatte, tidligere og fremtidige forhold ved en person, jf. lovforslaget § 4 tredje ledd. Denne presiseringen er lovfestet uttrykkelig i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven når det gjelder nedsatt funksjonsevne, jf. § 4. Det samme må legges til grunn etter de øvrige diskrimineringslovene, selv om dette ikke er uttrykkelig lovfestet.

Et eksempel er forskjellsbehandling på grunn av antakelser om eller risiko for at en person vil utvikle en sykdom og vil få en funksjonsnedsettelse. Det skal ikke ha noen betydning om slike antakelser viser seg å være feilaktige. Dette gjelder også for eksempel forskjellsbehandling av en person fordi hun feilaktig antas å være lesbisk. Et annet eksempel er hvis en arbeidsgiver regner med at en gravid arbeidstaker kommer til å ha foreldrepermisjon i ett år, selv om det viser seg at hun har tenkt å ta kortere permisjon fordi hun skal dele permisjonen med barnets far.

15.6 Tilknytningsdiskriminering

15.6.1 Innledning

Et spørsmål som kan oppstå i tilknytning til alle diskrimineringsgrunnlag, er om diskriminering på grunnlag av en annen persons egenskaper omfattes av diskrimineringsvernet. Slik diskriminering foreligger når en person som har tilknytning til en annen person, blir behandlet dårligere på grunn av denne tilknytningen, og behandlin-

gen hadde utgjort diskriminering i forhold til den andre personen. Dette kalles gjerne diskriminering på grunn av tilknytning (på engelsk «discrimination by association»). Forbindelsen kan være for eksempel slektskap eller bare det faktum at man opptrer sammen.

Utvalget foreslår et vern mot diskriminering på grunn av forhold ved en annen person, jf. lovforslaget § 4 fjerde ledd. Dette skal gjelde alle lovens grunnlag.

15.6.2 Gjeldende rett

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gir et vern mot diskriminering på grunn av andre persons nedsatte funksjonsevne. Dette er lovfestet i § 4 femte ledd der det står at loven omfatter

«diskriminering av en person på grunn av dennes forhold til en person med nedsatt funksjonsevne».

Lov mot etnisk diskriminering omfatter et vern mot diskriminering på grunn av tredjepersons etnisitet, nasjonale opprinnelse, avstamning, hudfarge, religion eller livssyn. Dette er ikke uttrykkelig lovfestet, men skal ifølge forarbeidene innfortolkes. Dette følger av lovtteksten ved at det kun vises til at diskrimineringen skal være begrunnet i etnisitet mv.; formuleringen «sin» ble tatt ut av lovtteksten som var foreslått i NOU 2002: 12.⁶

Likestillingsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 har ikke noen særskilte bestemmelser om vern mot diskriminering på grunn av tilknytning.

15.6.3 Utenlandsk rett

Den svenske diskrimineringsloven har ikke lovfestet vern mot diskriminering på grunn av tilknytning. Spørsmålet omtales ikke i forarbeidene om forslag til en samlet diskrimineringslov.⁷ I Finland og Danmark er det heller ikke lovfestet noe spesifikt forbud mot diskriminering på grunn av tilknytning i diskrimineringslovene.

Irland har forbud mot diskriminering på grunn av tilknytning i likebehandlingsloven og i loven om likebehandling i arbeidslivet. I loven om likebehandling i arbeidslivet er dette lovfestet i section 3 (1) b som sier at diskriminering også foreligger når

«a person who is associated with another person is treated, by virtue of that association, less favourably than a person who is not so associated is, has been or would be treated,»

Ontarios menneskerettslov har lovfestet et slikt forbud i section 12

«A right ... is infringed where the discrimination is because of relationship, association or dealings with a person or persons identified by a prohibited ground of discrimination.»

15.6.4 Internasjonale forpliktelser

Vern mot diskriminering på grunn av tilknytning er ikke regulert i menneskerettighetskonvensjonene.

I Coleman-saken C-303/2006 slår EF-domstolen fast at en arbeidstaker var utsatt for direkte diskriminering på grunn av sin sønns nedsatte funksjonsevne og at slik diskriminering var omfattet av EUs rammedirektiv 2000/78/EF. Saken refereres nærmere i punkt 15.6.5.

15.6.5 Utvalgets vurdering og forslag

Utvalget har vurdert om diskrimineringsloven skal ha en bestemmelse om tilknytningsdiskriminering, om denne skal gjelde generelt for alle lovens diskrimineringsgrunnlag og hvilken personkrets som skal falle inn under denne.

Utvalget foreslår at det lovfestes et generelt vern mot diskriminering på grunn av tilknytning til andre eller på grunn av andre personers egenskaper, jf. lovforslaget § 4 fjerde ledd. Det kan for eksempel dreie seg om ektefeller eller partnere til personer med minoritetsbakgrunn som nektes adgang på utesteder, ikke får tilgang til varer og tjenester eller blir utsatt for trakassering. Videre kan det være diskriminering om en person ikke får adgang til en konsert eller restaurant på grunn av at personen går i følge med en venn med Downs syndrom. Et annet eksempel på slik diskriminering kan være at en person ikke får leie en bolig fordi vedkommende har familiemedlemmer som er muslimer. Andre eksempler er trakassering av barn med homofile foreldre eller diskriminering på grunn av ektefellens politiske syn. Forskjellsbehandling kan også forekomme når en person behandles dårlig fordi han eller hun har omsorgsoppgaver overfor nærstående.

Etter utvalgets vurdering kan dårligere behandling på grunn av tilknytning være like alvorlig og krenkende når den relaterer seg til egenskapene til en annen person som når for-

⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.2 side 79 og merkningene til § 4 side 205.

⁷ Proposition 2007/08:95.

skjellsbehandlingen retter seg mot personen selv. Slik behandling kan også være egnet til å undergrave denne tredjepersonens verdighet.

Utvalget viser til at et diskrimineringsvern på grunn av egenskaper ved en annen person allerede i stor utstrekning følger av gjeldende rett. Dels er dette lovfestet, og dels må dette innfortolkes i gjeldende diskrimineringslover. EF-domstolens fortolkning av EUs rammedirektiv skal legges til grunn ved fortolkningen av de bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som gjennomfører direktivet. Coleman-saken C-303/2006 gjelder en arbeidstaker som mente seg diskriminert på grunn av sin funksjonshemmede sønn. Hun mente at arbeidsgiver hadde behandlet henne dårligere enn andre ansatte som ikke hadde funksjonshemmede barn, og at hun hadde blitt behandlet på en måte som skapte en fiendtlig atmosfære for henne på arbeidsplassen. Domstolen kom til at diskriminering på grunn av en annens funksjonsnedsettelse er direkte diskriminering i strid med rammedirektivet. Det avgjørende måtte i følge domstolen være at diskrimineringen var begrunnet i funksjonsnedsettelse, og ikke om den som var diskriminert hadde funksjonsnedsettelse.

Utvalget mener at en regel om diskriminering på grunn av tilknytning i en samlet diskrimineringslov bør gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Utvalget legger til grunn at slik diskriminering kan forekomme med hensyn til flere diskrimineringsgrunnlag. Det kan likevel tenkes at denne problemstillingen er mer praktisk for enkelte grunnlag enn andre. Utvalget mener likevel ikke det foreligger gode grunner til å differensiere mellom grunnlagene når det gjelder en regel som dette. Utvalget foreslår derfor en generell regel som gjelder alle grunnlag.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken personkrets som skal falle inn under forbudet mot tilknytningsdiskriminering har utvalget vurdert om det bør gjøres en avgrensning. Spørsmålet er om det skal omfatte en bestemt personkrets, eller om det skal være tilstrekkelig at personen som omfattes av forskjellsbehandlingen kan forbindes med en tredjeperson. I forarbeidene til lov mot etnisk diskriminering tales det om «typisk ektefelle eller andre nærstående».⁸ I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven tales det om barn, ektefelle, familiemedlemmer, men også det faktum at man opptrer sammen med noen for eksempel på en konsert.⁹

Etter utvalgets syn bør rekkevidden av diskriminering på grunn av tilknytning avklares etter en konkret vurdering. Utvalget antar at jo fjernere tilknytningen er mellom personen/ personene som har de aktuelle egenskapene (jf. diskrimineringsgrunnlagene) og den berørte, desto mindre sannsynlighet vil det være for at det er tale om diskriminering. Utvalget legger til grunn at det også i disse tilfellene må foreligge en årsakssammenheng mellom den dårligere behandlingen og diskrimineringsgrunnlaget. Dette er lagt til grunn for bestemmelsen om tilknytningsdiskriminering i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 femte ledd.¹⁰ I praksis vil det derfor bli trukket noen grenser for når tilknytningsdiskriminering kan påberopes. Det er likevel ikke hensiktsmessig at lovgiver foretar en nærmere avgrensning av dette. Det vil være vanskelig for lovgiver å trekke opp grensene for en slik regel, da bestemmelsen gjelder generelt på alle samfunnsområder og omfatter alle lovens diskrimineringsgrunnlag. For eksempel kan man tenke seg at tilknytningsdiskriminering i arbeidslivet typisk vil omfatte barn, ektefelle/partner og foreldre eller andre familiemedlemmer man yter omsorg for. Utestedsdiskriminering vil derimot oftere omfatte venner.

Utvalget har vurdert om et krav om tilknytning, forbindelse, relasjon eller forhold bør tas inn i lovteksten. Ordlyden i lov mot etnisk diskriminering er etter utvalgets mening ikke tydelig nok. I NOU 2005: 8 ble det foreslått en lovtekst med formuleringen «diskriminering på grunnlag av andre persons funksjonsevne». En slik formulering betyr at tilknytning, forbindelse, relasjon eller forhold ikke blir et begrep eller et vilkår etter lovteksten. Denne får frem poenget om at det er grunnlaget for diskrimineringen som er det avgjørende, det vil si om grunnlaget er knyttet til bestemte egenskaper hos en person, uten at det er avgjørende om det er den som diskrimineres eller en annen som har disse egenskapene. Det kan imidlertid være at det ikke blir så lett å se umiddelbart ut fra lovteksten i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven at loven faktisk omfatter slik tilknytningsdiskriminering.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn et vern mot diskriminering på grunn av forhold som omfattes av et av lovens diskrimineringsgrunnlag, inkludert grunnlag som påberopes under sekke-kategorien, og som gjelder en annen person som den diskriminerte har tilknytning til, jf. lovforslaget § 4 fjerde ledd.

⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) merknadene til § 4 side 205.

⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8.3 side 93.

¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.4.8.3 side 93 og merknadene til § 4 side 253.

Kapittel 16

Unntak for saklig forskjellsbehandling

16.1 Innledning

Dagens diskrimineringslover har flere regler som gir generelle unntak fra diskrimineringsforbudet for saklig forskjellsbehandling. I tillegg er det lovfestet noen spesifikke unntak for tros- og livssyns-samfunn, som i likestillingsloven og i lov mot etnisk diskriminering er formulert som unntak fra lovens virkeområde.

Utvalget legger til grunn som prinsipp for lovutformingen at lovens unntaksregler skal formuleres som unntak fra diskrimineringsforbudet og ikke fra lovens virkeområde. Det vises til kapittel 10 om lovens saklige virkeområde der utvalgets flertall foreslår at loven skal gjelde alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold.

Utvalget ser ikke grunn til å endre rekkevidden av unntaksadgangen slik den følger av lovtekst, forarbeider og praksis. Etter utvalgets vurdering gir saklighetskravet slik det er innarbeidet rimelige avveininger mellom de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende. Unntaksadgangen bør etter utvalgets syn fremdeles være betinget av konkrete saklighetsvurderinger. Utvalget foreslår imidlertid en særregel for alder som fraviker disse utgangspunktene, se punkt 16.6 om unntak for forskjellsbehandling på grunn av alder.

Spørsmålet for utvalget har vært hvordan gjeldende regler skal harmoniseres i en samlet lov. Her står en overfor valget mellom en forenkling der det legges til grunn en felles, generell standard i lovteksten, eller flere unntaksregler som reflekterer de presiseringer og differensieringer i saklighetsvurderingen som uansett skal gjelde med hensyn til diskrimineringsgrunnlag og den konkrete situasjon.

Utvalget foreslår at adgangen etter de ulike diskrimineringslovene til positiv særbehandling for å fremme likestilling, videreføres i én bestemmelse som presiserer dagens regler. Se lovforslaget § 13. Det foreslås med dette ingen endringer i

gjeldende regler. Spørsmålet om positiv særbehandling drøftes ikke nærmere.

16.2 Gjeldende unntaksregler

De generelle unntakene i gjeldende diskrimineringslovgivning kan deles i tre kategorier:

- unntak fra forbudet mot direkte diskriminering der en bestemt egenskap er nødvendig for arbeidets utførelse eller eventuelt en bestemt rolle, oppgave el.,
- mer vidtrekkende unntak fra forbudet mot direkte diskriminering, og
- unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering.

Felles for alle unntaksreglene er – med visse variasjoner – at unntaksadgangen er betinget av at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.

Unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er lovfestet for diskrimineringsgrunnlagene alder, nedsatt funksjonsevne, etnisitet, religion og livssyn, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd og lov mot etnisk diskriminering § 4 fjerde ledd. I tillegg gjelder det en ulovfestet saklighetsregel på likestillingslovens område også utenfor arbeidslivet. Det som ikke fremgår av lovteksten i lov mot etnisk diskriminering er at den konkrete anvendelsen av unntaksregelen ifølge forarbeidene kan slå ulikt ut etter hvilket grunnlag i loven som påberopes og konteksten for øvrig¹, se nærmere neste avsnitt.

Generelle unntak fra forbudet mot direkte diskriminering gjelder der en bestemt egenskap er nødvendig for arbeidets utførelse eller eventuelt utøvelse av en bestemt rolle eller oppgave. Det er tale om en meget snever unntaksadgang.

¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8 side 101 og 102.

Unntakene implementerer tilsvarende regler i EU-direktivene. Slike unntak er hjemlet i den ulovfestede saklighetsregelen på likestillingslovens område², i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd samt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd andre punktum. Lov mot etnisk diskriminering har ikke en tilsvarende bestemmelse; slike tilfeller kan eventuelt hjemles i den generelle saklighetsregelen i § 4 fjerde ledd. Innenfor arbeidslivet skal den generelle saklighetsregelen fortolkes i samsvar med den strenge unntaksregelen i EUs rasediskrimineringsdirektiv. Når det gjelder etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning og hudfarge kan det vanskelig tenkes et saklig formål for direkte forskjellsbehandling ut fra disse grunnlagene. Direkte forskjellsbehandling på disse grunnlagene er kun saklig om den ligger innenfor unntaket for regulære og avgjørende yrkesmessige krav etter EUs rasediskrimineringsdirektiv.³

Unntak fra forbudet mot indirekte diskriminering er lovfestet for alle diskrimineringsgrunnlag, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd, arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd, lov mot etnisk diskriminering § 4 fjerde ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 tredje ledd første punktum. Hva som ligger i unntaksadgangen varierer både med de enkelte diskrimineringsgrunnlagene og den konkrete situasjonen. Til illustrasjon presiseres det i likestillingsloven at unntaket kun gjelder i «særlige tilfeller». Bakgrunnen for dette var å få tydelig frem at det er tale om en meget snever unntaksregel.⁴ Uttrykket må betraktes som kun en presisering av det som uansett følger av vanlige saklighetsvurderinger når det gjelder kjønn.

I tillegg har vi spesifikke unntak for tros- og livssynssamfunn i likestillingsloven § 2, arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd og lov mot etnisk diskriminering § 3 første ledd.⁵ Unntakene i likestillingsloven og lov mot etnisk diskriminering er formulert som unntak fra virkeområdet. I Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) er det foreslått å oppheve det særlige unntaket i arbeidsmiljøloven. Det foreslås samtidig å erstatte regelen i likestillingsloven

med en presisering av unntaksadgangen i tilknytning til diskrimineringsforbudet.

16.3 Harmonisering av gjeldende unntak

Selv om gjeldende unntaksregler er noe ulikt utformet i de forskjellige lovene, så har de i all hovedsak de samme hovedelementer og samme reelle innhold. Reglene er uttrykk for at saklig forskjellsbehandling ikke skal regnes som diskriminering. Felles for alle reglene er også – med visse variasjoner – at unntaksadgangen er betinget av at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Alle gjeldende unntaksregler bygger på at unntaksadgangen avhenger av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.

Selv om vilkårene er de samme vil den konkrete saklighetsvurderingen slå ulikt ut avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag det gjelder, om det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling, samt de konkrete omstendighetene med hensyn til den rettighet eller det gode som står på spill. I noen sammenhenger er det i praksis tale om en svært snever unntaksregel (i noen tilfeller nærmest bare en sikkerhetsventil), mens det i andre tilfeller kan være tale om en mer regulær unntaksadgang. Denne differensieringen av saklighetskravet følger i dag i noen tilfeller av lovteksten. I andre tilfeller følger dette i stedet kun av forarbeidene til lovene eller av praksis. Flere av lovene trekker et skille mellom direkte og indirekte diskriminering, der unntaksadgangen går lengre ved indirekte enn ved direkte diskriminering. At vernet er skjerpet i arbeidsforhold er uttrykkelig lovfestet i lov mot etnisk diskriminering. Det samme følger også av fortolkningen av forholdsmessighetskravet etter de øvrige lovene i praksis. Er det tale om for eksempel retten til arbeid eller utdanning, vil forskjellsbehandlingen være mer inngripende og det skal mer til for at den vurderes som forholdsmessig enn hvis det er tale om for eksempel tilgang til underholdningstilbud. Også innenfor arbeidsforhold ser vi en slik differensiering. For eksempel er vernet mot indirekte kjønnsdiskriminering på grunn av foreldrepermisjon ifølge ombudets og nemndas praksis meget sterkt når det gjelder ansettelse og oppsigelse (det vil si retten til arbeid), og mer betinget når det gjelder

² Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.2.2 side 26 flg. og nemndas saker nr. 8/2003, nr. 16/2006 og nr. 24/2006. Regelen omtales nærmere i NOU 2008: 1 punkt 4.5.1 side 45 og Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 8.3.2 side 55-56.

³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8.2 side 102.

⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.6.3 side 38.

⁵ Se nærmere om likestillingslovens og arbeidsmiljølovens unntak for trossamfunn i NOU 2008: 1 punkt 4.3 og 4.4 side 37 flg. og Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).

fordeling av arbeidsoppgaver, bonus og andre slike lønns- og arbeidsvilkår.⁶

Hensynene til forutberegnelighet, tilgjengelig lovtekst og en fleksibel norm må være avgjørende i valg av lovgivningsteknikk. Det er etter utvalgets vurdering ikke hensiktsmessig å ta inn i lovteksten alle variasjoner og presiseringer i unntaket for saklig forskjellsbehandling. En slik lovtekst vil bli svært detaljert, vanskelig å finne frem i og vanskelig å forstå for de som skal bruke loven. Unntaksadgangen må nødvendigvis bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Det vil antakelig ikke være mulig å formulere alle de hensyn som uansett må tillegges vekt i en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering. Utvalget mener på denne bakgrunn at mer detaljerte regler ikke vil gi større forutsigbarhet og tilgjengelighet enn en generell regel som er lik for alle grunnlag. Utvalget har derfor valgt ikke å lovfeste nærmere eksempler, kriterier eller liknende. I tilfelle måtte en slik eksemplifisering i en lovtekst uansett gjøres på en relativt åpen og ubestemt måte. En slik eksemplifisering kan dermed snarere være egnet til å forvirre enn til å veilede. Utvalget mener at kravene til saklighet heller bør presiseres gjennom praksis i ombudet, nemnda og domstolene. Utvalget mener likevel at særlige hensyn gjør seg gjeldende for aldersdiskriminering, og et flertall foreslår derfor en særregel for alder (se punkt 16.6.4).

Utvalget mener at eventuelle forskjeller mellom diskrimineringsgrunnlagene i fortolkningen etter den nye diskrimineringsloven bør følge av konteksten, og ikke begrunnes i en videreføring av de enkelte lovene og den fortolkning som følger av forarbeidene og praksis knyttet til disse lovene.

Utvalget ser ulempen ved at noen av de presiseringer som i dag fremgår av gjeldende diskrimineringslover ikke lenger vil fremgå av lovteksten. Utvalget mener imidlertid at disse presiseringene heller ikke etter gjeldende lovtekster er tydelige eller lette å forstå.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at gjeldende unntaksregler samles i ett generelt unntak for saklig forskjellsbehandling, jf. lovforslaget § 5 første ledd første punktum. Utvalget gjør nærmere rede for forslaget nedenfor i punkt 16.4. Det foreslås imidlertid særregler med hensyn til arbeidslivet (punkt 16.5) og med hensyn til alder (punkt 16.6).

16.4 Nærmere om saklighetsvurderingen

16.4.1 Innledning

Utvalget foreslår at vilkårene for saklig forskjellsbehandling skal være at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, jf. lovforslaget § 5 første ledd første punktum. Dette er grunnleggende elementer i det rettslige diskrimineringsbegrepet, se punkt 3.2.2. Forslaget innebærer ikke endringer i den materielle unntaksadgangen.

Unntaket vil avhenge av en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering basert på disse tre kriteriene. Den konkrete saklighetsvurderingen vil som i dag slå ulikt ut etter konteksten, det vil si hvilket diskrimineringsgrunnlag som påberopes, om det gjelder direkte eller indirekte forskjellsbehandling, hvilke interesser eller goder som står på spill, mv. Vilråene skal være de samme for alle diskrimineringsgrunnlag, men siden unntaksadgangen er betinget av en konkret vurdering vil de ulike hensyn likevel kunne slå ulikt ut. Kravet til saklighet er en dynamisk regel, som forutsettes å bli presisert og utviklet av håndhevingsorganene gjennom behandlingen av konkrete saker.

De presiseringer av saklighetskravet som i dag følger av lovtekst, forarbeider og praksis vil være veiledende utgangspunkter, men må nå fortolkes i lys av at den nye loven har en felles standard for unntaksadgangen. Unntaket skal også fortolkes i lys av unntakene i definisjonene av indirekte diskriminering i EUs likebehandlingsdirektiv artikkel 2 bokstav b, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav b og rammedirektivet artikkel 2 bokstav b.

Det gis her en nærmere forklaring av vilkårene for saklig forskjellsbehandling. Det tas imidlertid ikke sikte på å gi noen uttømmende, konkret eller omfattende redegjørelse for det nærmere innholdet av saklighetsvurderingen. Utvalget vil bemerke at det er nær sammenheng mellom de tre vilkårene, slik at vurderingene under de enkelte vilkår i praksis kan gå over i hverandre. Utvalget mener at det ikke er hensiktsmessig å forsøke å trekke opp grensene mer konkret for når forskjellsbehandling er saklig eller usaklig. Utvalget beskriver i stedet de enkelte elementene av saklighetsvurderingen gjennom eksempler.

⁶ Vigerust 2008 side 201 flg. med henvisninger til håndhevingsorganenes praksis. Se for øvrig Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 8.3.4 side 56 og punkt 11.2.2 side 61-62 med forslag om endringer i likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2.

Handlingen må bygge på et riktig faktum for å være saklig.⁷ Handlinger basert på subjektive oppfatninger, følelser, vilkårlig maktbruk, fordommer og stereotyper kan lett være bygget på feil fakta.

16.4.2 Saklig formål

Forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål. Når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse ligger det i dette et krav om legitime målsettinger som sikkerhet, offentlig helse, landets økonomiske velferd, beskyttelse av andres rettigheter og friheter, bekjempelse av kriminalitet, mv.

Også private aktørers forskjellsbehandling på grunn av alder, kjønn, funksjonsnedsettelse osv., kan ha et saklig formål. Et eksempel er virksomhetsfastsatte krav til helse for å kunne jobbe i petroleumsvirksomhet på sokkelen, som er begrunnet i sikkerhetshensyn. Slike krav vil i utgangspunktet være nødvendige for å kunne utføre de aktuelle arbeidsoppgavene tilfredsstillende. Et annet eksempel er forsikringsselskapers og finansinstitusjoners behov for å ha objektive kriterier for risikoberegning (sannsynlighet), som gjør at de kan ha adgang til å legge vekt på for eksempel alder eller helse.

For trossamfunn vil forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering og kjønn, som er begrunnet i trossamfunnets lære, kunne ha et saklig formål.⁸ Hvorvidt forskjellsbehandlingen er lovlig, vil likevel avhenge av om de øvrige vilkårene om nødvendighet og forholdsmessighet er oppfylt.

Egne eller andres fordommer utgjør ikke et saklig formål. Dersom for eksempel et hotell ikke lar representanter for bestemte grupper få reservere hotellrom, med den begrunnelse at en mener at dette kan føre til tap av andre gjester, vil dette være diskriminering da forskjellsbehandlingen ikke kan begrunnes med et saklig formål.

16.4.3 Nødvendig for å oppnå formålet

Forskjellsbehandlingen må være nødvendig. I dette ligger det et krav om at forskjellsbehandlingen må være et egnet eller hensiktsmessig middel for å oppnå formålet. Det må også innfortolkes et krav om at det ikke skal være andre egnede

måter å oppnå formålet, der forskjellsbehandling ikke oppstår.

Kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig innebærer et krav om at handlingen må baseres på riktige forutsetninger. Nemndas sak nr. 18/2006 gjaldt en mann som ikke ville leie ut en leilighet til personer uten norsk statsborgerskap. Han mente han ville få bedre økonomisk sikkerhet for leiebetalinger med norske statsborgere som leietakere. Nemnda uttalte at det ikke var vanskeligere å inndrive penger overfor personer uten norsk statsborgerskap enn det var overfor norske statsborgere. Tiltaket (det å kreve statsborgerskap) var altså uegnet for å oppnå formålet om økonomisk sikkerhet.

Tilsvarende gjelder hvis det i et arbeidsforhold legges vekt på uriktige forutsetninger, som for eksempel at hiv-positive ikke kan arbeide i barnehage eller på en restaurant på grunn av ubegrunnet frykt for smitte. Slik forskjellsbehandling vil ikke være nødvendig for å oppnå et saklig formål, og vil derfor være diskriminering.

Ved religiøst begrunnet forskjellsbehandling i trossamfunn, må forskjellsbehandlingen bygge på trossamfunnets lære, slik at likebehandling ville komme i konflikt med medlemmenes religiøse overbevisning.⁹ Forskjellsbehandling betraktes altså som nødvendig i visse situasjoner for at trossamfunnet skal kunne etterleve sin lære.

16.4.4 Ikke uforholdsmessig inngripende

Adgangen til å forskjellsbehandle er betinget av en avveining mellom formålet med forskjellsbehandlingen, og konsekvensene av det middel som er valgt for å nå formålet. Det skal foretas en avveining mellom individets interesser og behov for diskrimineringsvern på den ene siden, og de behov som påberopes for å kunne forskjellsbehandle. Kravet om forholdsmessighet er imidlertid også noe mer enn en slik mål/middel-avveining. Kravet viser også til en totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov, hvor særlig behovene for menneskerettslig beskyttelse for enkeltindividet blir vurdert opp mot behovet for å forskjellsbehandle.

I vurderingen av om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende vil det ha betydning hvilke rettigheter eller goder som står på spill. Er det tale om forskjellsbehandling i arbeidsforhold skal det generelt mye til for at forskjellsbehandlingen

⁷ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.2.2 side 26-27 og side 30, samt Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8.1 side 101.

⁸ Se NOU 2008: 1 punkt 7.2.4.2 side 71 samt Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 6.1.3.3 side 40-41 og punkt 7.3.2. side 53.

⁹ NOU 2008: 1 punkt 7.2.4.3 side 71 og Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 6.1.3.3 side 41-42 og punkt 7.3.2. side 53.

gen kan anses som forholdsmessig. Utdanning og helsetjenester er andre eksempler på områder der forskjellsbehandlingen lett vil være inngripende. Ved forskjellsbehandling i trossamfunn betyr forholdsmessighetskravet at adgangen til å forskjellsbehandle med hensyn til stillinger og posisjoner som det er tilknyttet goder og rettigheter, som for eksempel ansettelse, vil være snevrere enn adgangen til å forskjellsbehandle med hensyn til religiøse ritualer under en gudstjeneste.¹⁰

Hvor inngripende forskjellsbehandlingen er, må veies mot de ulemper eller kostnader som likebehandling kan få for den som forskjellsbehandler. Hvis likebehandling er uforholdsmessig kostbart, vil forskjellsbehandlingen være saklig. For eksempel må en bank ut fra vanlige risikobetraktninger kunne låne ut penger til en person som er usikker betaler på grunn av rusmisbruk. Et annet eksempel er forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon utover foreldrepengeperioden. Ved lange permisjoner utover foreldrepengeperioden kan det være saklig å legge vekt på fraværet under permisjonen, for eksempel med hensyn til lønn eller bonus. Det samme gjelder neppe ved ansettelse og oppsigelser, da dette vil være for inngripende for arbeidstakeren/arbeidssøkeren. Dette er i samsvar med dagens praksis om graviditetsdiskriminering, som legger til grunn et meget sterkt vern mot forskjellsbehandling ved ansettelse på grunn av foreldrepermisjon.

16.5 Arbeidsforhold. Krav om nødvendighet

Utvalget foreslår at det lovfestes at adgangen til forskjellsbehandling skal være snevrere i arbeidsforhold enn på andre områder jf. lovforslaget § 5 første ledd andre punktum. Det foreslås at det lovfestes et *tilleggsvilkår* om at et bestemt kjønn, seksuell orientering, hudfarge el. må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke for å kunne tillegges vekt. Unntaket skal fortolkes svært restriktivt for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.

Dette innebærer en videreføring av gjeldende regler som følger av arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd andre punktum samt det ulovfestede unntaket etter likestillingsloven. Den erstat-

ter også særreglene for tros- og livssynssamfunn etter likestillingsloven § 2 og arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd, se punkt 16.7.1. Unntaket skal fortolkes i lys av EUs likebehandlingsdirektiv artikkel 14 nr. 2, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 4 og rammedirektivet artikkel 4 nr. 1 om avgjørende yrkesmessige krav.

Forskjellsbehandling vil etter denne regelen være tillatt i tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har bestemte egenskaper for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. For eksempel vil bestemmelsen omfatte modeller og skuespillere som må ha et bestemt utseende. Et annet eksempel er garderobevakter i svømmehaller der det ut fra hensynet til bluferdighet vil være adgang til å stille krav om et bestemt kjønn. Det samme gjelder sikkerhetsvakter, fengselsansatte og andre som må foreta kroppsvisiteringer. I barnevernsinstitusjoner kan en mann foretrekkes fordi barn og unge har behov for mannlige rollemodeller. Overfor personer med funksjonsnedsettelse betyr det at funksjonskravene må være avgjørende for å utføre arbeidsoppgavene som ligger til stillingen, for eksempel at en pilot må ha godt syn eller at en sykepleier som har vakter på en sengepost må kunne gå, se og høre. Et annet eksempel er hvis det stilles krav om at en arbeidstaker har gode ferdigheter i norsk. Det er da ikke nok at det er en fordel at arbeidstakeren skriver og snakker godt norsk; det må være en forutsetning for å kunne utføre de arbeidsoppgavene som ligger til stillingen.

Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av alder er det etter utvalgets oppfatning derimot ikke hensiktsmessig å kreve at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for utførelsen av arbeid eller yrke. Dette ville blant annet utelukke at det legges vekt på en fornuftig aldersspredning i virksomheten ved rekruttering og ved nedbemanninger. Utvalget foreslår derfor at forskjellsbehandling på grunn av alder unntas fra den særlige skjerpede unntaksadgangen i arbeidsforhold. Det vises til lovforslaget § 5 andre ledd andre punktum. Dette er en videreføring av gjeldende regler i arbeidsmiljøloven.

16.6 Aldersgrenser i arbeidslivet

Utvalget mener at det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling bør suppleres med en regel som angir de tilfeller der forskjellsbehandling på grunn av alder er tillatt. Utvalget foreslår at det lovfestes en adgang til å fastsette generelle

¹⁰ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 6.1.3.3 side 42 og punkt 7.3.2 side 53.

aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, jf. lovforslaget § 5 andre ledd.

16.6.1 Gjeldende rett

Forbudet mot diskriminering på grunn av alder gjelder etter dagens regler bare i arbeidslivet. Både etter arbeidsmiljøloven og EU-retten er det unntak fra dette forbudet.

Aldersgrenser

Arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd fortolkes slik at alder etter fylte 70 år regnes som saklig oppsigelsesgrunn («70-årsregelen»). Dette er formelt ikke en regel om aldersgrenser, men en regel om adgang til oppsigelse når arbeidstakeren når en bestemt alder. Bestemmelsen medfører således ingen plikt for arbeidstakeren til å fratre ved fylte 70 år. Dette i motsetning til for eksempel lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn § 2 som sier at den alminnelige aldersgrense i staten er 70 år. Arbeidstaker som er omfattet av aldersgrense-loven fratrer uten nærmere varsel den måneden aldersgrensen nås. Loven gir også hjemmel til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år for særlige stillinger. De lavere aldersgrenser kan være 68, 65, 63 og 60 år, jf. lovens § 2. Lavere aldersgrenser enn 70 år kan være fastsatt i forskrift, tariffavtale, vedtekter, reglementer, individuelle avtaler mv.

Arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd

Arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser har ikke egne unntak eller særregler for aldersgrenser. Lovligheten av aldersgrenser vurderes etter det generelle unntaket fra forbudet mot aldersdiskriminering etter § 13-3 andre ledd. Bestemmelsen sier at forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, ikke er i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. Dette gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Adgangen til forskjellsbehandling er dermed videre når det gjelder alder enn for de øvrige diskrimineringsgrunnlagene som er hjemlet i arbeidsmiljøloven. For disse må forskjellsbehandlingen være «nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke», jf. § 13-3 første ledd.

Det er etter § 13-3 fjerde ledd hjemmel til å gi forskrifter om rekkevidden av unntaket mot aldersdiskriminering. Slike forskrifter er ikke gitt.

16.6.2 EU-retten

EUs rammedirektiv har en særlig unntaksregel for aldersdiskriminering:

«Artikel 6 Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:
 - a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbeidstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervs-mæssige integration eller at beskytte dem
 - b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs-erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse
 - c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelses-mæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.
2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte, og anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke udgør forskelsbehandling på grund af alder, for så vidt dette ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.»

EF-domstolen legger til grunn at EUs rammedirektiv inneholder et forbud mot aldersdiskriminering i arbeidslivet som bare kan fravikes under visse vilkår.¹¹ Domstolen har uttalt at eventuell adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder etter nasjonal rett skal være begrunnet i legitime

sosialpolitiske formål, som for eksempel sysselsettings-, arbeidsmarkeds- eller utdanningspolitiske formål. Slike formål er av allmenn interesse og adskiller seg fra rent individuelle begrunnelser som gjelder den enkelte arbeidsgiver, som for eksempel forbedring av konkurranseevnen eller nedskjæringer. Det ligger til nasjonal rett å avgjøre om og i hvilket omfang en bestemmelse om adgang til oppsigelse av arbeidstakere som har nådd pensjonsalderen er berettiget av et legitimt formål i direktivets forstand. Medlemsstatene har med andre ord en skjønnsmargin med hensyn til hvilke tiltak som oppfyller slike sosialpolitiske formål. Domstolen har imidlertid presisert at utøvelsen av dette skjønnnet ikke skal føre til at forbudet mot aldersdiskriminering blir illusorisk.¹²

16.6.3 Utenlandsk rett

Den svenske diskrimineringsloven åpner for unntak i tråd med EUs rammedirektiv artikkel 4. Det er blant annet lovfestet en rett til å benytte aldersgrenser i individuelle eller kollektive avtaler om rett til pensjon. Partene kan ved tariffavtale avtale en annen avgangsalder enn ansettelseslovens 67 år, dog innenfor rammene av unntaket fra forbudet mot aldersdiskriminering. I den svenske proposisjonen uttales følgende om tariffavtaler og forholdet til diskrimineringsforbudet:

«Vissa remissinstanser har föreslagit att en presumtion bör gälla om att kollektivavtalad särreglering på grund av ålder motsvarar undantagsmöjligheternas krav. Regeringen bedömer att ett sådant carte blanche knappast är förenligt med EG-direktivet och inte heller är ägnat att stärka parternas arbete med att bl.a. genom avtalen motverka diskriminering.»¹³

Den danske forskjellsbehandlingsloven som forbyr aldersdiskriminering i arbeidslivet har i § 5 a lovfestet unntak for opprettholdelse av gjeldende aldersgrenser i tariffavtaler

«forudsat at disse aldersgrænser er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret, og midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.»

Videre er det unntak for individuelle avtaler og tariffavtaler om fratreden ved fylte 70 år, for aldersgrenser med hensyn til adgang til yrkesmessige pensjonsordninger og for anvendelse av alderskriteriet ved aktuarberegninger innenfor rammene av slike ordninger. Forbudet mot diskriminering på grunn av alder gjelder ikke for unge under 15 år, hvis ansettelsen ikke er regulert av en tariffavtale.

I den irske loven om likebehandling i arbeidslivet er diskrimineringsgrunnlaget alder avgrenset til alder mellom 18 og 65 år. Personer yngre eller eldre enn dette kan med andre ord ikke påberope seg vernet mot diskriminering på grunn av alder. I tillegg er det spesifikke unntak for aldersdiskriminering med hensyn til yrkesutdanning samt stipend og liknende, adgang til å legge vekt på økte kostnader ut fra aktuarmessige eller liknende grunner og ansiennitet som grunnlag for fastsettelse av lønn og andre arbeidsvilkår. Det er også adgang til å sette øvre og nedre aldersgrenser for adgang til arbeid. Det følger av lovteksten at det kan settes en fast frivillig eller pliktmessig pensjonsalder for alle arbeidstakere eller en gruppe av arbeidstakere. Det kan dessuten settes en minste alder ut fra hensyn til kostnader og den tid det tar å få nødvendig opplæring og erfaring i forhold til den tiden som er igjen til pensjonsalder.

Den tyske likebehandlingsloven gir blant annet adgang til å sette nedre eller øvre aldersgrenser eller krav til ansiennitet for adgang til arbeid eller utdanning i arbeidsforholdet. Det kan også settes særlige betingelser for yngre eller eldre arbeidstakere og inngås avtaler om avgang fra arbeidet på et tidspunkt arbeidstakeren vil ha rett til alderspensjon. Det er også tillatt med differensieringer i arbeidsgiverfinansierte velferdstelsler.¹⁴

16.6.4 Utvalgets vurderinger og forslag

Behovet for særlige unntaksregler

Utvalget har kommet til at det er behov for særlige presiseringer når det gjelder adgangen til å forskjellsbehandle på grunn av alder.

Utvalget viser til at det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner, da slik forskjellsbehandling oftere har en saklig begrunnelse. En arbeidsgiver kan ha helt legitime grunner til å legge vekt på alder. Det er derfor behov for en regel som legger forholdene til rette for en slik praksis, samtidig som en unngår tids-

¹¹ Mangold-saken C-144/04, Palacios de la Villa C-411/05 og Age Concern C-388/07.

¹² Age Concern C-388/07.

¹³ Proposition 2007/08:95 side 181.

¹⁴ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 29. juni 2006.

og ressurskrevende tvister om adgangen til å sette aldersgrenser. Også i EU-retten har alder en særlig stilling blant diskrimineringsgrunnlagene, jf. rammedirektivets unntak for alder i artikkel 6.

Samtidig er alder tidvis et flytende kriterium fordi alder er relativt. Hvorvidt forskjellsbehandlingen er diskriminerende, er ikke nødvendigvis bare et spørsmål om begrunnelsen kan knyttes til alder. Også hvor aldersgrensen legges kan ha betydning for vurderingen av lovligheten.¹⁵ Det kan derfor ofte være vanskeligere enn ved for eksempel forskjellsbehandling på grunn av kjønn, å fastslå hva som er saklig forskjellsbehandling.

Utvalget ser på denne bakgrunn behov for en tydeligere regulering i loven av hvor grensen mellom saklig og usaklig forskjellsbehandling går når det gjelder alder enn de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. Formålet med et særinntak vil være å avskjære unødvendige tvister.

Adgang til å fastsette aldersgrenser

Spørsmålet om avgangsalder og forholdet til forbudet mot aldersdiskriminering har vært diskutert.¹⁶ Det har vært flere saker om dette i norsk og EU-rettslig praksis.¹⁷ Utvalget viser også til at det nettopp er lagt frem forslag om endringer av gjeldende regler om avgangsalder, jf. Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) som ikke er ferdigbehandlet av Stortinget. Det foreslås der at 70-årsregelen i arbeidsmiljøloven videreføres. Lavere aldersgrense skal kunne fastsettes når grensen er «saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd» (det vil si at det henvises til det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling i arbeidsmiljøloven).¹⁸

Flere argumenter kan anføres mot regler som tillater at arbeidsforholdet bringes til opphør fordi arbeidstakeren har nådd en bestemt alder. Bort-

fall av aldersgrenser vil kunne være et tiltak for å sikre at de som ønsker det, får mulighet til å fortsette i arbeid. Det at vi lever lenger, taler for at vi også bør arbeide lengre. Dette er i samsvar med målene i pensjonsreformen, og kan bidra til at samfunnets behov for arbeidskraft ivaretas. Til dette kan det bemerkes at hovedutfordringene med å få flere i arbeid ikke ligger i aldersgruppen 70 pluss, men i gruppen 55-70 fordi mange ikke klarer eller ønsker å stå i arbeid frem mot 70 år.

Utvalget mener likevel at det er tungtveiende grunner som taler for at det bør kunne fastsettes aldersgrenser ved adgang til eller fratreden fra arbeid. Sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn og hensynet til helse- og sikkerhet vil være saklige formål for å fastsette en bestemt øvre aldersgrense. Dette vil være i samsvar med gjeldende rett. Også for særlige rekrutterings- eller utdanningsstillinger, som for eksempel doktorgradsstipendiater eller trainee-stillinger, bør det være adgang til å sette en øvre aldersgrense for ansettelser. Lærestedene har behov for å investere i kompetanse, som er kostbart og tidkrevende, i et langsiktig perspektiv.

En prosess der en arbeidsgiver avviker et arbeidsforhold på grunn av for eksempel aldersvekkelse, vil i de fleste tilfeller oppleves vanskeligere for arbeidsgiver og mer uverdigg for arbeidstaker enn ved en henvisning til en allment akseptert aldersgrense (hensynet til en verdig avgang). Dette hensynet utgjør deler av begrunnelsen for 70-årsregelen etter arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd. Hensynet til en verdig avgang fra arbeidslivet bør imidlertid ikke kunne benyttes til å avtale en lavere aldersgrense enn arbeidsmiljølovens 70-årsregel.

Utvalget legger til grunn at unntaksadgangen ved forskjellsbehandling i arbeidsforhold på grunn av alder etter gjeldende rett i utgangspunktet skal videreføres. Utvalget viser også til EUs rammedirektiv som krever at aldersgrenser i arbeidsforhold skal ha et legitimt formål og være hensiktsmessige og nødvendige, jf. artikkel 6 nr. 1.

Utformingen av unntaksregelen

Utvalget mener at det ikke bør fastsettes detaljerte unntaksbestemmelser for alder i loven slik det er gjort i de land det er referert til ovenfor i punkt 16.6.3. I disse lovene er diskrimineringsforbudene og unntakene utformet konkret. Norsk diskrimineringslovgivning har et mer generelt og overordnet preg. En slik lovstruktur vil derfor

¹⁵ Se for eksempel ombudets sak nr. 07/33, som gjelder aldersgrenser for opptak til UD's aspirantkurs.

¹⁶ Det vises til Arbeids- og inkluderingsdepartementets utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd («70-årsregelen»), 2008 side 18-25 og Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 8.4 side 59-63 og punkt 8.8 side 66 der Arbeids- og inkluderingsdepartementet konkluderer med at 70-årsregelen er forenlig med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven og EUs rammedirektiv. Evju 2007 side 159 mener derimot at 70-årsregelen i utgangspunktet er i strid med rammedirektivet.

¹⁷ Fra norske domstoler, se dom av 12. mai 2006 i Stavanger tingrett (Statoil-saken), 16. januar 2009 i Stavanger tingrett (helikopterflyger-saken), dom av 8. september 2008 i Nedre Telemark tingrett (sjømannsloven) og dom av 13. juli 2006 i Hälogaland lagmannsrett (flygere). Fra EF-domstolen, se Mangold-saken C-144/04, Palacios de la Villa C-411/05 og Age Concern C-388/07.

¹⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 8.8 side 66 flg.

bryte med lovens struktur for øvrig. Videre vil det være svært vanskelig å peke ut og avgrense de konkrete tilfeller der forskjellsbehandling på grunn av alder bør være tillatt.

Utvalget mener at det i stedet er hensiktsmessig å trekke et skille mellom aldersgrenser fastsatt i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, og andre tilfeller der det legges vekt på en persons alder til ulempe for denne. I førstnevnte tilfeller bør det være adgang til å forskjellsbehandle på grunn av alder. I sistnevnte tilfeller bør forskjellsbehandlingen i utgangspunktet være ulovlig, men likevel slik at forskjellsbehandlingen vil være lovlig hvis den har et saklig formål, er nødvendig og forholdsmessig, jf. den generelle unntaksregelen for saklig forskjellsbehandling.

Utvalget mener at det må kunne legges til grunn en formodning om at en aldersgrense som følger av vedtatt lov eller forskrift eller av at arbeidslivets parter har forhandlet frem en tariffavtale, er saklig begrunnet i sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn, helse, sikkerhet eller rekrutterings- og utdanningshensyn. Utvalget mener at det ikke er hensiktsmessig å legge opp til at det skal kunne stilles spørsmål ved alle slike aldersgrenser gjennom saksanlegg og overprøving av ombudet, nemnda eller domstolene. Resultatet vil i de fleste tilfeller likevel måtte bli at forskjellsbehandlingen er saklig. Utvalget mener at lovgiver eller partene i arbeidslivet er nærmere enn ombudet, nemnda eller domstolene til å vurdere om en aldersgrense er godt nok begrunnet.

Utvalget mener at det bør være et krav at en eventuell tariffavtale om aldersgrenser er landsomfattende (landsdekkende). Med dette menes at avtalen må være inngått med en arbeidstakerorganisasjon som organiserer arbeidstakere innen en yrkesgruppe eller sektor, uavhengig av hvilken bedrift de arbeider i eller hvor i landet de bor. Poenget er å markere at såkalte husforeninger eller lokale organisasjoner ikke vil være omfattet. Tilsvarende må gjelde på arbeidsgiversiden. Etter utvalgets syn kan det være en fare for at hensynet til ikke-diskriminering ikke blir godt nok ivarettatt hvis det gis adgang til å inngå avtaler med de tillitsvalgte på bedriftsnivå. Ved å legge unntaksadgangen til et høyere nivå unngår man at lokale hensyn i en virksomhet blir tillagt for stor vekt på bekostning av hensynet til ikke-diskriminering. Det vil lettere kunne foretas en helhetlig vurdering og avveining av ulike berørte interesser, og tas tilstrekkelig hensyn til arbeidstakernes situasjon. Utvalget mener at det derimot ikke er behov for å legge avtaleadgangen

kun til organisasjoner med innstillingsrett (arbeidsgiverforening som omfatter minst 100 arbeidsgivere som til sammen har minst 10 000 ansatte, samt arbeidstakeorganisasjon som teller minst 10 000 arbeidstakere, jf. arbeidstvistloven § 11 nr. 1). Utvalget mener at muligheten til å fastsette aldersgrenser vil bli for snever ved å stille krav om så store organisasjoner for inngåelse av slik avtale.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at det lovfestes at generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtaler, som er begrunnet i saklige formål, ikke er i strid med forbudet mot diskriminering. Bestemmelsen vil gi en klar hjemmel til å fastsette generelle aldersgrenser. Kun aldersgrenser som mangler et saklig formål som nevnt ovenfor, vil kunne settes til side av håndhevsorganene eller domstolene.

Utvalget vil bemerke at et slikt særlig unntak for aldersgrenser vil ha liten praktisk betydning når det gjelder lovregulerte aldersgrenser. I slike tilfeller vil det være tale om motstrid mellom lover. I den konkrete rettsanvendelsen vil diskrimineringsloven som følge av alminnelige tolkningsprinsipper uansett ofte måtte vike for mer spesiell lov.

Forskjellsbehandling på grunn av alder som ikke er hjemlet i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale vil derimot i utgangspunktet være i strid med diskrimineringsforbudet. Slik forskjellsbehandling vil etter omstendighetene likevel kunne være lovlig hvis en etter en konkret vurdering kommer til at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den er nødvendig og at den ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, jf. det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling. Hvis dette på bestemte områder skaper en rettstilstand med for svak forutsigbarhet eller for snevre rammer for forskjellsbehandling, kan nye aldersgrenser ved behov fastsettes ved lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale.

Utvalget mener at forslaget er forenlig med EUs rammedirektiv og EØS-avtalen. Utvalget har sett hen til at EUs rammedirektiv har et forbud mot aldersdiskriminering i arbeidslivet som bare kan fravikes under visse vilkår (se punkt 16.6.2). Utvalget vil bemerke at rekkevidden av statens adgang til å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudet er uklar. Staten har uansett en viss skjønnsmargin med hensyn til hvilke tiltak som oppfyller legitime sosialpolitiske formål. Det ligger til nasjonal rett å avgjøre om og i hvilket omfang en unntaksbestemmelse er berettiget av et legitimt for-

mål, så lenge unntaksadgangen ikke blir så vid at diskrimineringsforbudet blir illusorisk.

Sentralt i diskrimineringsvernet er retten til å bli individuelt vurdert. Et spørsmål er derfor om diskrimineringsvernet krever at det foretas en individuell vurdering av hver enkelt person i forhold til vernet mot aldersdiskriminering, slik at det er usaklig å vurdere arbeidstakere som gruppe i relasjon til de særlige unntakene for aldersdiskriminering (jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd). Adgangen til gruppetenkning i forhold til unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd er imidlertid antatt å finne støtte av EF-domstolen i sak C-411/05, *Palacios de la Villa*, som gjaldt adgangen til å opprette tariffavtaler med bestemmelser om pliktmessig avgangsalder.¹⁹

Norge er uansett ikke rettslig bundet av eventuelle regler om aldersdiskriminering i EU-retten, da dette faller utenfor EØS-avtalen. Norge deltok imidlertid i EUs handlingsprogram om ikke-diskriminering (2001-2006). Da Norge i 2004 tiltrådte handlingsprogrammet ble det fra norsk side erklært at det er ønskelig at norsk lovgivning er i overensstemmelse med direktivene.²⁰ Det kan derfor anføres at Norge er politisk bundet til å «skygge» EUs lovgivning på dette området. Etter utvalgets vurdering innebærer imidlertid det at vi ikke er rettslig bundet, at vi kan velge å stille oss noe friere ved gjennomføringen av forbudet mot aldersdiskriminering også på arbeidslivets område.

16.7 Spørsmålet om særlige unntak for visse områder

Utvalget har vurdert om det skal lovfestes særlige unntaksregler for eksempel når det gjelder trossamfunn eller forsikringsytelser. Gjeldende diskrimineringslover har særlige unntaksregler for trossamfunn. EU-direktivene har tilsvarende unntaksregler. I tillegg åpner EU-direktivene for særlige unntaksregler for forsikringer.

16.7.1 Trossamfunn

Likestillingsloven § 2, arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd og lov mot etnisk diskriminering § 3

første ledd andre punktum har særregler som gjør unntak fra lovens virkeområde eller fra diskrimineringsforbudet for tros- og livssynssamfunn (på grunnlagene kjønn, homofilt samliv samt religion og livssyn).

Utvalget fikk i oppdrag å vurdere oppheving eller endring av unntakene i likestillingsloven og i arbeidsmiljøloven, det vil si trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle kvinner og homofile. I delinnstillingen NOU 2008: 1 «Kvinner og homofile i trossamfunn» kom utvalget til at trossamfunnenes unntaksadgang ikke burde utvides i forhold til det som følger av den generelle saklighetsregelen. Utvalget kom også til at unntaksadgangen for trossamfunnenes religionsutøvelse primært bør hjemles i generelle saklighetsregler fremfor særlige unntaksregler. Utvalget foreslo derfor å oppheve den særlige regelen for trossamfunn i arbeidsmiljøloven. Da likestillingsloven ikke har lovfestet et generelt unntak for saklig forskjellsbehandling, foreslo utvalget i delinnstillingen å beholde særregelen om unntak fra lovens virkeområde inntil vi fikk en ny samlet lov.²¹

Etter at innstillingen hadde vært på høring la Barne- og likestillingsdepartementet frem forslag til endringer av reglene om trossamfunn i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven, jf. Ot.prp. nr. 79 (2008-2009). Arbeidsmiljølovens særregel foreslås opphevet. Likestillingslovens særregel foreslås videreført med visse endringer.²² Forslaget ble ikke behandlet av Stortinget innen utvalget avsluttet arbeidet med denne innstillingen.

Barne- og likestillingsdepartementet er i proposisjonen enig med utvalget i at det ikke er grunnlag for å opprettholde særlige regler for trossamfunn som tillater forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform. Departementet er også enig i at ukklarhetene knyttet til bestemmelsen taler for at bestemmelsen ikke bør videreføres. Rekkevidden av religionsfriheten må vurderes opp mot at det vil kunne oppleves svært inngrepene og krenkende for den enkeltpersonen som ikke får en jobb fordi vedkommende lever i et homofilt samliv. Det vises til at det gjelder andre regler for forskjellsbehandling på grunn av homofil samlivsform, enn for andre likebehandlingsgrunnlag som alder, nedsatt funksjonsevne, etnisitet og religion. Hensynet til likebehandling tilsier at det bør være en unntaksregel som er lik for alle grunnlag. Ingen diskrimineringsgrunnlag vil der-

¹⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 8.4.3 side 60.

²⁰ Rapport fra EØS-komiteens møte 5. desember 2003, St.prp. nr. 11 (2003-2004) og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 6.1 side 59.

²¹ NOU 2008: 1 punkt 7.3.1 side 74-77.

²² Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) punkt 6.1.3.1 side 37 og punkt 7.3.1 side 49.

med gi inntrykk av å være mindre verdt og ha svakere vern sammenliknet med andre diskrimineringsgrunnlag. Den generelle saklighetsregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd gir trossamfunnene tilstrekkelig hjemmel for å legge vekt på homofil samlivsform der dette er begrunnet i trossamfunnets lære.

Utvalget mener at detaljerte regler kan bidra til å låse fast utviklingen, og enten sette for vide eller for snevre rammer for trossamfunnenes autonomi. Utvalget legger særlig vekt på det signalet som de særlige unntaksreglene gir om likestilling og likeverd for kvinner og homofile. Utvalget legger også vekt på at det er uheldig at reglene feilaktig blir oppfattet som en slags «rammefullmakt» for trossamfunnene til å forskjellsbehandle. Utvalgets erfaring er at de særlige unntaksbestemmelsene ofte feilaktig forstås som om trossamfunnene i hvert enkelt tilfelle ikke trenger å godtgjøre at dette er et saklig hensyn ut fra deres trosdogmer og forestillinger. Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i NOU 2008: 1.²³

16.7.2 Forsikring

Forsikring representerer et område hvor forskjellsbehandling forekommer på flere av lovens diskrimineringsgrunnlag. Forskjellsbehandling skjer både i form av nektelse av å tegne forsikring og rett til å tegne mot en høyere premie. Forskjellsbehandlingen er begrunnet i forsikringssekskapenes risikovurderinger, hvor forsikringskunder deles inn i ulike kategorier etter hvilken risiko de representerer for at et forsikringstilfelle vil inntreffe. Risikovurderingene baseres på aktuarmessige beregninger og statistiske data.

Forholdet mellom diskrimineringslovgivningen og retten til ikke-diskriminering i forbindelse med forsikring har vært debattert og omstridt. Ombudet og nemnda har behandlet flere saker om dette. Finansnæringens Hovedorganisasjon har tatt opp spørsmålet om å gi særregler for forsikring.²⁴

Likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder på alle samfunnsområder, og omfatter således forsikring. Dette betyr at forskjellsbehandling når det gjelder retten til å tegne forsikring er lovlig dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende. Dette er også lagt til grunn i praksis for ombudet og nemnda.²⁵

messig inngripende. Dette er også lagt til grunn i praksis for ombudet og nemnda.²⁵

Forsikringsavtaleloven regulerer spørsmål knyttet til blant annet inngåelse og oppsigelse av forsikringsavtalen og forutsetninger for selskapets ansvar. Etter forsikringsavtaleloven § 3-10 om skadeforsikring og § 12-2 om personforsikring kan forsikringsselskap ikke uten saklig grunn nekte noen på vanlige vilkår en forsikring som selskapet ellers tilbyr allmennheten, jf. begge bestemmelsers første ledd. Forhold som medfører en særlig risiko skal regnes som saklig grunn, forutsatt at det er en rimelig sammenheng mellom den særlige risikoen og avslaget, jf. bestemmelsenes andre ledd.²⁶

Forsikringsloven regulerer forsikringsselskapenes organisering og virksomhet, og inneholder krav til vilkår, premier og risikovurderinger. Etter forsikringsloven § 6-7 gjelder et generelt krav til at «et forsikringsselskap skal benytte forsikringsvilkår som er rimelige og betryggende». For livsforsikringer og skadeforsikringer stiller forsikringsloven krav til utformingen av selskapets premietariffer, jf. § 9-3 femte ledd og § 12-1.

Det er i noen tilfeller en motsetning mellom reglene om likebehandling og forsikringslovens regler. Risikovurderinger baseres på forhold ved forsikringstakerne som kan omfattes eller ha sammenheng med et diskrimineringsgrunnlag, for eksempel kjønn, alder eller helse. Etter forsikringsloven skal selskapets premier stå i et rimelig forhold til den risiko som overtas og de tjenester som ytes. Selskapets premier skal være tilstrekkelige til å gi sikkerhet for at forpliktelsene etter inngåtte kontrakter blir oppfylt og skal være betryggende ut fra selskapets økonomi. Selskapet skal påse at det ikke vil skje en urimelig forskjellsbehandling mellom produkter, produktkombinasjoner eller kundegrupper. Kravet om at premien skal stå i et rimelig forhold til risikoen, innebærer at premien ikke skal være vesentlig lavere enn det risikoen tilsier. Dette har sammenheng med at det er nødvendig at premiene er tilstrekkelig høye til at selskapene kan dekke sine forpliktelser. Videre innebærer kravet til forholdsmessighet mellom premie og risiko at det ikke skal tas en vesentlig høyere premie enn det risikoen tilsier.²⁷

²³ NOU 2008: 1 punkt 7.3.1 side 74-77.

²⁴ Brev fra Finansnæringens Hovedorganisasjon til Finansdepartementet av 30. april 2007.

²⁵ Se for eksempel nemndas sak nr. 1/2004 om bruk av kjønn som beregningsfaktor ved skade- og sykeforsikring, og ombudets sak nr. 2006/711 om barneforsikring for barn adoptert fra land utenfor Norden, og forholdet til lov mot etnisk diskriminering.

²⁶ Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) punkt 12.1 side 98-99.

²⁷ Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) kapittel 3 side 16-20.

Direktiv 2004/113/EF om likebehandling av kvinner og menn ved gjennomføring av prinsippet om likebehandling av kvinner og menn i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester, regulerer aktuarmessige faktorer. Etter artikkel 5 nr. 1 skal medlemsstatene sikre at anvendelsen av kjønn som beregningsfaktor i forbindelse med forsikring og liknende finansielle ytelser ikke fører til forskjeller i enkeltpersoners premier og ytelser. Medlemsstatene kan likevel tillate forholdsmessige forskjeller i enkeltpersoners premier og ytelser, dersom kjønn utgjør en avgjørende faktor ved vurderingen, som er basert på relevante og nøyaktige aktuarmessige og statistiske data, jf. artikkel 5 nr. 2. Dette er en presisering av regelen om unntak fra diskrimineringsforbudet for saklig forskjellsbehandling. Direktivet gir adgang til, men ingen plikt, for medlemsstatene til å gi særregler og unntak fra regelen om likebehandling når det gjelder forsikring, innen visse rammer. Direktivet faller i utgangspunktet utenfor EØS-avtalens virkeområde, men det er enighet blant EFTA-landene om å ta direktivet inn i EØS-avtalen.

Etter forslag til direktiv om likebehandling uavhengig av religion og tro, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering, kan medlemsstatene tillate forskjellsbehandling innen finansielle tjenester når det gjelder alder og funksjonshemming, jf. artikkel 2 nr. 7.²⁸ Forutsetningen er at alder eller funksjonsnedsettelse utgjør en avgjørende faktor ved risikovurderingen, og at risikovurderingen baseres på relevante og korrekte statistiske data. Direktivet faller i utgangspunktet utenfor EØS-avtalens virkeområde, men spørsmålet om direktivet likevel skal tas inn i avtalen vil bli vurdert av EFTA-landene.

Utvalget har vurdert hvorvidt det skal gis særregler om adgangen til forskjellsbehandling i forbindelse med forsikring. Etter utvalgets vurdering bør også forskjellsbehandling i forbindelse med forsikring skje innenfor rammen av det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling. Eventuell forskjellsbehandling av grupper som gis diskrimineringsvern etter loven bør derfor etter utvalgets vurdering fortsatt hjemles i lovens generelle unntak for saklig forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling som har et saklig formål, er nødvendig og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, er lovlig. Forskjellsbehandling ut fra økonomiske og aktuarmessige beregninger, forsikringsselskapenes

behov for differensiering av forsikringskundene og hensynet til rimelige behov for forsikringskundene som er saklig ut fra disse kriteriene, vil dermed kunne falle utenfor lovens diskrimineringsforbud. Hva dette nærmere innebærer vil imidlertid på et så spesialisert område som forsikring åpne for kompliserte faglige avveininger.

Utvalget mener at spørsmål knyttet til forsikring og diskriminering bør utredes nærmere. En slik utredning bør ta for seg for bruken av og virkningene av de vernede diskrimineringsgrunnlag som beregningsfaktor ved forsikring, og hvor de nærmere grensene for saklig forskjellsbehandling skal gå. Etter utvalgets syn bør det også vurderes om eventuelle særregler for forsikring skal inntas i særlovgivningen (forsikringsvirksomhetsloven og forsikringsavtaleloven). Utredningen bør baseres på diskrimineringsrettslig, forsikringsrettslig og økonomisk kompetanse.

16.7.3 Utvalgets forslag

Utvalget mener, som i delinnstillingen (NOU 2008:1), at unntaksadgangen for trossamfunnenes religionsutøvelse primært bør hjemles i generelle saklighetsregler fremfor særlige unntaksregler. Utvalget finner heller ikke tilstrekkelig gode grunner til å innføre egne unntak for forsikring. Spørsmålet om særlige unntak for andre sektorer, virksomheter eller aktiviteter bør vurderes på samme måte som for trossamfunns religionsutøvelse og forsikringsselskapers virksomhet. Utvalget legger særlig vekt på at en slik regulering vanskelig kan gi noe mer med sikte på avklaring av når forskjellsbehandling er saklig enn hva et generelt saklighetskrav vil gjøre. Utvalget kan ikke se at trossamfunn, forsikringsselskaper eller andre aktører har større behov for klarere rammer og større forutsigbarhet enn andre, som for eksempel arbeidsgivere.

Lovregulering av spesifikke unntaksregler for bestemte sektorer eller virksomheter vil etter utvalgets vurdering gi en meget utilgjengelig og uoversiktlig lov. Her kan det vises til for eksempel diskrimineringslovene i Sverige og i enda større grad i Irland. Disse lovene har mange konkrete unntaksregler knyttet til bestemte grunnlag og situasjoner. For eksempel er det i den irske likestillingsloven lovfestet hele ti unntak bare fra forbudet mot å diskriminere med hensyn til klubber og foreninger (section 8). Utvalget kan ikke se at dette er en hensiktsmessig lovgivningsteknikk. Vi vil da få en lov med et detaljnivå som er forskjellig fra det som er vanlig i norsk sammenheng. Videre

²⁸ KOM 2008 426 endelig.

vil loven bli svært vanskelig å lese og å finne frem i.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn en generell unntaksregel, se lovforslaget § 5 første ledd første punktum og punktene 16.4 og 16.5. Utvalgets forslag innebærer at de særlige unntaksbestemmelsene for tros- og livssynssamfunn i lov mot etnisk diskriminering, likestillingsloven og arbeidsmiljøloven ikke videreføres. Dette vil ikke innebære noen endringer i den materielle unntaksadgangen. Dette er i samsvar med forslaget i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) om å oppheve den særlige regelen for trossamfunn i arbeidsmiljøloven.

Utvalget foreslår at spørsmål knyttet til forsikring og diskriminering utredes nærmere, se punkt 16.7.2.

16.8 Forskriftshjemler

16.8.1 Kvinner i Forsvaret

Likestillingsloven § 2 tredje ledd gir hjemmel til i særlige tilfeller å gi forskrifter om at loven helt eller delvis ikke skal gjelde på bestemte områder. Da likestillingsloven ble vedtatt i 1978 ble det vist til at en ikke hadde oversikt over hvilke unntak som ville «være aktuelle den første tid». Det ble særlig pekt på Forsvaret og på faglig bistand til utviklingsland.²⁹ Denne hjemmelen har kun vært brukt én gang, i kgl. res. av 9. mars 1979 om at militær tjeneste i Forsvaret unntas fra lovens virkeområde innenfor rammene av Stortingets vedtak om kvinners tjeneste i Forsvaret. Resolusjonen gjelder fremdeles.

Utvalget foreslår at bestemmelsen erstattes av en avgrenset forskriftshjemmel i loven som kun omfatter kvinner i Forsvaret slik at forskriften hjemlet i likestillingsloven § 2 tredje ledd kan videreføres, jf. lovforslaget § 2 andre ledd. Utvalget har ikke gått inn i spørsmålet om kvinner i Forsvaret og om kvinners verneplikt, og dermed heller ikke spørsmålet om forskriften bør videreføres eller ikke. Utvalget mener at behovet for unntak ellers er tilstrekkelig ivaretatt gjennom de foreslåtte unntaksreglene. Utvalget viser til at en adgang til å unnta områder fra diskrimineringsvernet gjennom forskrifter kan bidra til en uthuling av diskrimineringsvernet. Liknende forskriftshjemler er ikke tatt inn i de andre diskrimineringslovene. Utvalget forutsetter at forskriftshjemmelen oppheves dersom særreglene for kvinner i Forsvaret oppheves.

16.8.2 Rekkevidden av unntaksadgangen med hensyn til alder

Arbeidsmiljøloven § 13-3 fjerde ledd gir hjemmel til å vedta forskrifter om aldersdiskriminering og rekkevidden av unntaket for saklig forskjellsbehandling etter § 13-3 andre ledd. Slike forskrifter er ikke vedtatt.

Utvalget foreslår at denne forskriftshjemmelen ikke videreføres. Utvalget mener at de øvrige unntaksreglene gir tilstrekkelig forutsigbarhet. Videre bør nødvendige presiseringer av det generelle unntaket for saklig forskjellsbehandling på grunn av alder, skje gjennom domstolene og andre håndhevingsorganers praksis, på samme måte som for andre diskrimineringsgrunnlag.

16.9 Utvalgets forslag til unntaksregler – oppsummering

Utvalget foreslår at det lovfestes et generelt unntak for saklig forskjellsbehandling, jf. lovforslaget § 5 første ledd første punktum. Forskjellsbehandling som har et saklig formål, er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, skal etter denne bestemmelsen ikke regnes som diskriminering i strid med loven. Denne unntaksbestemmelsen skal gjelde for alle lovens diskrimineringsgrunnlag og for hele virkeområdet til lovens diskrimineringsforbud.

Utvalget foreslår at vilkårene for forskjellsbehandling skjerpes i arbeidsforhold ved at det skal være et tilleggsvilkår at kjønn, seksuell orientering, hudfarge el. er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke (jf. lovforslaget § 5 første ledd andre punktum).

Utvalget foreslår også særlige unntaksregler ved forskjellsbehandling på grunn av alder, jf. lovforslaget § 5 andre ledd første punktum. Det lovfestes at generelle saklige aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtaler ikke er i strid med forbudet mot diskriminering. Det foreslås videre at adgangen til å legge vekt på alder i arbeidsforhold ikke skal være betinget av at en bestemt alder er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf. lovforslaget § 5 andre ledd andre punktum. Utvalget foreslår med andre ord at den skjerpede unntaksregelen for arbeidsforhold ikke skal gjelde alder. Arbeidsmiljøloven § 13-3 fjerde ledd som gir hjemmel til å vedta forskrifter om aldersdiskriminering og rekkevidden av unntaket for saklig forskjellsbehandling, foreslås opphevet.

²⁹ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) merknadene til § 2, side 54-55.

Utvalget foreslår i tillegg en avgrenset forskriftshjemmel i loven som kun omfatter kvinner i Forsvaret slik at gjeldende forskrift om dette

hjemlet i likestillingsloven § 2 tredje ledd kan videreføres, jf. lovforslaget § 2 andre ledd.

Kapittel 17

Aktive tiltak for å fremme likestilling

17.1 Innledning

I dette kapitlet foretar utvalget en vurdering av plikten til å arbeide aktivt for å fremme likestilling (aktivitetsplikten). Etter gjeldende diskrimineringslovgivning gjelder en slik plikt for arbeidsgivere, arbeidslivets organisasjoner og offentlige myndigheter. De ulike pliktsubjektenes aktivitetsplikt har ulikt innhold. Også spørsmålet om utdanningsinstitusjoners aktivitetsplikt drøftes i dette kapitlet, herunder hvilke krav som bør stilles til læremidler. Avslutningsvis i dette kapitlet drøftes reglene om offentlige anskaffelser. Den særlige aktivitetsplikten som gjelder for universell utforming omtales i punkt 18.2.1.

17.2 Arbeidsgivers aktivitetsplikt

17.2.1 Innledning

Som ledd i harmoniseringen av lovgivningen har utvalget vurdert om det skal innføres aktivitets- og redegjørelsesplikt for arbeidsgiver på nye grunnlag, og hvorvidt alle virksomheter skal omfattes av plikten uavhengig av antall ansatte. Utvalget har dessuten vurdert hvorvidt aktivitetsplikten kan gjøres bedre egnet som virkemiddel for å fremme likestilling, samt å oppnå mindre byråkrati for virksomhetene.

Utvalget foreslår at det innføres aktivitetsplikt for arbeidsgiver på alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Plikten skal omfatte alle virksomheter, uavhengig av antall ansatte, men pliktens innhold er ulik for henholdsvis små og store bedrifter. Aktivitetsplikten foreslås utformet slik at den kan implementeres i virksomhetenes helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Det foreslås også at arbeidsgivers aktivitetsplikt skal håndheves av Arbeidstilsynet. ECON har på oppdrag av utvalget foretatt en samfunnsøkonomisk analyse av dette forslaget. Konklusjonene fra denne utredningen er tatt inn i kapittel 29 om administrative og økonomiske konsekvenser. Det legges opp til at arbeidstakers

representanter medvirker ved utøvelsen av aktivitetsplikten, samt at det gis opplæring i likestillings- og diskrimineringsregelverk gjennom de etablerte ordningene for opplæring. Gjeldende redegjørelsesplikt foreslås opphevet.

17.2.2 Gjeldende rett

17.2.2.1 *Arbeidsgivers plikt til å arbeide aktivt for likestilling og like muligheter*

Etter gjeldende rett har arbeidsgiver ikke kun en plikt til passivt å la være å diskriminere. Arbeidsgiver plikter også å arbeide aktivt for likestilling og like muligheter.

Likestillingsloven hadde allerede fra den ble vedtatt i 1978 en bestemmelse om at offentlige myndigheter skal legge forholdene til rette for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder. I 2002 ble dette skjerpet og det ble tatt inn en plikt til å arbeide for likestilling: aktivitetsplikten. I følge den nye § 1 a er offentlige myndigheter forpliktet til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder. I tillegg omfatter plikten offentlige og private arbeidsgivere, som har en tilsvarende plikt innenfor sin virksomhet. Aktivitetsplikten omfatter også arbeidslivets organisasjoner, innenfor deres virkefelt.

Aktivitetsplikten og redegjørelsesplikten er to separate plikter. De to pliktene har ulikt innhold og er underlagt ulik håndheving. Pliktene har likevel en indre sammenheng, da redegjørelsesplikten er et verktøy for å skape bevissthet om og for kontroll av aktivitetsplikten.

Plikten til å arbeide aktivt for likestilling er ikke samordnet etter gjeldende rett. Plikten omfatter for det første ikke alle diskrimineringsgrunnlag. Arbeidsgiver har kun aktivitets- og redegjørelsesplikt på grunnlagene kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne. For diskrimineringsgrunnlagene alder, seksuell orientering, politisk syn og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er det ingen plikt til aktive tiltak for å fremme likestilling og like muligheter. Innenfor de grunnla-

gene det er plikt til aktive tiltak er det dessuten ulikheter både med hensyn til hvilke virksomheter som omfattes av plikten og redegjørelsespliktens innhold.

Aktivitetspliktens innhold

Arbeidsgivers aktivitetsplikt følger av likestillingsloven § 1 a, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 og diskrimineringsloven § 3 a. Etter disse bestemmelsene pålegges arbeidsgiver å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å realisere de respektive lovenes formål. Det nærmere innholdet i aktivitetsplikten er ikke regulert i de respektive lovene. Innholdet i aktivitetsplikten er noe utpenslet i forarbeidene. Kravet om at aktiviteten skal være målrettet innebærer at målet for likestillingsarbeidet og hvem som er ansvarlig for dette bør defineres. I kravet til planmessighet ligger utarbeidelse og oppfølging av en bevisst strategi.

Aktivitetsplikten knytter seg til arbeidsgivers personalpolitiske funksjoner i vid forstand, som arbeidstid, lønn, permisjonsordninger, beskyttelse mot trakassering, ansettelse og rekruttering. Relevante tiltak er gjennomgang av kriteriene for karriereutvikling, undersøkelser om disse er ulike for kvinnelige og mannlige ansatte, etnisitet, religion, nedsatt funksjonsevne med videre, og beskyttelse mot trakassering.

Aktivitetsplikten innebærer ikke en plikt til å gjennomføre bestemte tiltak. Den enkelte arbeidsgiver må selv, ut fra en analyse av tilstanden og utfordringene i bedriften, vurdere hvilke tiltak som er aktuelle og hensiktsmessige. For å oppfylle aktivitetsplikten må arbeidsgiver vurdere hvilke forhold som kan fungere som barrierer for arbeidstakere og arbeidssøkere avhengig av kjønn og for arbeidstakere og arbeidssøkere med etnisk eller religiøs minoritetsbakgrunn eller nedsatt funksjonsevne, og hvilke tiltak som kan medvirke til å fjerne disse barrierene.¹

Pliktsubjekter

Arbeidsgivers aktivitetsplikt etter likestillingsloven gjelder enhver arbeidsgiver, uavhengig av virksomhetens størrelse.

Etter diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder aktivitetsplikten ikke private arbeidsgivere som jevnlig syssetsetter færre enn 50 ansatte. Det er gjennom-

snittlig antall ansatte i løpet av siste kalenderår som skal legges til grunn. Grensen på 50 ansatte er i forarbeidene begrunnet i ECONs vurdering om at aktivitets- og redegjørelsesplikt som virkemiddel på områdene etnisitet og nedsatt funksjonsevne er mindre egnet i små bedrifter enn store.²

Grensen på 50 ansatte ble valgt fordi den er forankret i eksisterende lovverk, jf. arbeidsmiljøloven §§ 7-1 og 8-1 og regnskapsloven § 1-6. Grensen på 50 ansatte var derfor ikke ansett for å være en ny grense for næringslivet å forholde seg til.³

Redegjørelsesplikt

Diskrimineringslovgivningen pålegger arbeidsgiver å gjøre rede for likestillingstiltak og eventuelt tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten. I likestillingsloven tales det om en redegjørelsesplikt. I overskriften til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 og lov mot etnisk diskriminering § 4 benevnes imidlertid plikten som en rapporteringsplikt, mens plikten er formulert som en plikt til å «redegjøre». Dette har ingen materiell betydning. Utvalget bruker benevnelsen «redegjørelsesplikt».

Det fremgår av forarbeidene at formålet med redegjørelsesplikten er å skape økt og mer systematisk oppmerksomhet på likestilling i virksomheten. Lovgiver har lagt til grunn at virksomhetene, gjennom en redegjørelse for tilstanden når det gjelder likestilling, må vie oppmerksomhet og reflektere rundt disse forholdene. Lovgivers ønske er at redegjørelsesplikten vil bidra til at personalpolitiske spørsmål vurderes i et kjønns-perspektiv (alternativt nedsatt funksjonsevne eller etnisitet), samtidig som det iverksettes konkrete tiltak både for å hindre diskriminerende forhold og for å fremme likestilling. Kartlegging av forholdene vil også kunne vise om virksomheten har oppfylt sin aktivitetsplikt.

Offentlige og private virksomheter skal redegjøre i *årsberetningen*. Offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet, jf. likestillingsloven § 1 a fjerde ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 fjerde ledd og diskrimineringsloven § 3 a fjerde ledd.

¹ 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.

² Econ 2007 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.2 side 208-209.

³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.2 side 208-209.

Redegjøringsplikten har ulikt innhold for henholdsvis kjønn og etnisitet og funksjonsevne. Redegjøringsplikten når det gjelder *kjønnslikestilling* omfatter en redegjørelse for *den faktiske tilstanden* når det gjelder likestilling i virksomheten. Det kan for eksempel være spørsmål om den kjønnsmessige fordelingen mellom kvinner og menn i virksomheten, herunder spørsmål knyttet til lønn, stillingskategorier, arbeidstid og andre personalpolitiske forhold. Uttrykket «i virksomheten» skal tolkes til å omfatte ikke bare de fast ansatte, men også de med en løsere tilknytning til virksomheten. Dette vil for eksempel omfatte innleid arbeidskraft som konsulenter, prosjektmedarbeidere og rengjøringspersonale. I tillegg skal det rapporteres om tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og for å forhindre forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven.⁴

Redegjøringsplikten på grunnlagene etnisitet og nedsatt funksjonsevne omfatter bare en redegjørelse for *tiltak*, hva man faktisk gjør/har gjort for å oppfylle aktivitetsplikten. Det skal også rapporteres om hvilke tiltak man planlegger å gjennomføre. Rapporteringen om tiltak må omfatte en beskrivelse av status, definisjon av målsettingen for tiltaket, beskrivelse av tiltaket, tidsplan for når tiltaket skal gjennomføres, og omtale av hva som er oppnådd med gjennomførte tiltak. Begrunnelsen for at redegjøringsplikten når det gjelder disse grunnlagene er begrenset til tiltak, er at personvern hensyn taler mot at virksomhetene pålegges å samle inn opplysninger om *etnisk og religiøs tilhørighet* eller *nedsatt funksjonsevne*. Registrering av etnisk og religiøs tilhørighet og nedsatt funksjonsevne på individnivå vil, i motsetning til opplysninger om kjønn, være sensitive personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Etter arbeidsmiljøloven § 9-3 er det begrensninger i arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger. Arbeidsgiver kan ikke be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn hva som er nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Når arbeidsgiver er avskåret fra å innhente slike opplysninger, kan det i følge forarbeidene ikke innføres en plikt for arbeidsgiver om å rapportere om dette.⁵

Hvor omfattende redegjørelsen skal være må tilpasses virksomhetens størrelse, slik at jo større virksomhet det er tale om, dess mer kan en forvente av omtalen. Videre vil det kunne stilles

større krav til offentlige virksomheters redegjørelse. Plikten til redegjørelse forutsetter en systematisk beskrivelse av forhold som er relevante for å vurdere graden av likestilling i virksomheten. Det er særlig lønns- og andre personalpolitiske forhold som vil være aktuelle. Relevante forhold er kjønnsdelt statistikk for lønn, stillingskategorier, arbeidstid, permisjonsuttak, videreutdanning, avansement og sykefravær.

Årsberetningen er dessuten en viktig kilde for den som søker informasjon om en virksomhet. I et samfunn der fokus i større grad enn tidligere er rettet inn mot hvordan næringslivet drar nytte av menneskelige resurser, vil virksomhetens holdning til sosiale forhold, arbeidsmiljø og likestilling være viktige indikatorer på dens tilpasningsevne i markedet, og kan også si noe om virksomheten som arbeidsplass.⁶

Barne- og likestillingsdepartementet har i 2009 utarbeidet en veileder om aktivitets- og redegjøringsplikten etter de ulike diskrimineringslovene.⁷ Likestillings- og diskrimineringsombudet har i 2008 utarbeidet en veiledning til redegjøringsplikten etter likestillingsloven § 1 a på diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Veiledningen er rettet mot kommunene og skal være en hjelp til kommunene i det praktiske likestillingsarbeidet. Veiledningen konkretiserer innholdet i redegjøringsplikten og gjengir gode eksempler på redegjørelser.⁸

Håndheving

Redegjøringsplikten håndheves etter reglene i diskrimineringsombudsloven, jf. likestillingsloven § 1 a femte ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 femte ledd og diskrimineringsloven § 3 a femte ledd. Ombudet kan etter klage eller på eget initiativ kontrollere at årsberetningene tilfredsstiller lovens krav. Ombudet kan kontrollere både at virksomheten faktisk har en redegjørelse om likestilling, og selve innholdet i den. Dersom redegjørelsen er mangelfull kan ombudet gi en uttalelse om dette. Ombudets uttalelse kan påklages til Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Manglende eller mangelfull rapportering kan sanksjoneres med vedtak om tvangsmulkt av nemnda.

⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 5.6 side 24-26.

⁵ Barne- og likestillingsdepartementet: Hvordan fremme likestilling og hindre diskriminering, 2009.

⁶ Likestillings- og diskrimineringsombudet: Veiledning til bedre redegjørelse for likestilling, 2008.

⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 16.1 side 110.

⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.5 side 211-212.

Ombudet og nemnda håndhever kun redegjøringsplikten, ikke aktivitetsplikten, jf. likestillingsloven § 9 og § 1 a femte ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 femte ledd og diskrimineringsloven § 3 a femte ledd. Ombudet og nemnda kan således ikke avgi uttalelse eller fatte vedtak om at konkrete tiltak skal gjennomføres som ledd i aktivitetsplikten etter § 1 a første og andre ledd. Når det gjelder aktivitetsplikten kan ombudet likevel foreta undersøkelser, be om opplysninger, gå i dialog med virksomheten og påpeke manglende oppfølging av aktivitetsplikten.

Redegjøringsplikten er en plikt av offentligrettslig karakter og gir ikke enkeltindivider rettigheter som kan gi grunnlag for noe krav. Erstatningsreglene kommer derfor ikke til anvendelse.⁹

17.2.2.2 Internkontroll

Internkontroll som verktøy for å sikre oppfyllelse av rettslige krav er en sentral del av offentlig tilsyn med regelverket for helse, miljø og sikkerhet og for det statlige tilsynet med sosial- og helsetjenesten. Krav til internkontroll stilles dessuten på flere områder når det gjelder offentlige tjenester, se blant annet forskrift fastsatt ved kgl. res. 20. desember 2002 om internkontroll i sosial- og helsetjenesten og forskrift fastsatt av Barne- og familiedepartementet 14. desember 2005 for kommunens oppgaver etter lov om barneverntjenester. Av sentrale dokumenter som beskriver internkontroll som metode for å sikre og kontrollere at myndighetsutøvende organer oppfyller sine forpliktelser kan nevnes Helsedirektoratets veiledning «Hvordan holde orden i eget hus – Internkontroll i sosial- og helsetjenesten» av 2004 og Helsetilsynets «Prosedyre for tilsyn utført som systemrevisjon» av 2008. Arbeidsgivers plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er også en plikt til internkontroll, se nedenfor punkt 17.2.2.3.

Internkontroll blir ofte definert som systematiske tiltak som skal sikre at virksomhetens aktiviteter planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av lov. Internkontroll dreier seg ikke først og fremst om kontroll i snever forstand, men om tiltak for å sikre oppfølging og forbedring. Internkontroll omfatter derfor det å utarbeide og følge opp systematiske forbedringsprosesser. Internkontroll er ikke noe annet enn arbeid med kvalitet og rettssikkerhet i tilknytning til den virksom-

heten som allerede utføres. Det er med andre ord ikke tale om formalia som knytter seg til andre «ytre» ting som tidsbruk, rapportering etc.

Internkontroll skal bidra til forsvarlig virksomhet og at offentlige krav blir etterlevd, og er et verktøy som skal sikre at daglige arbeidsoppgaver blir utført, styrt og forbedret i henhold til lovens krav. En godt fungerende internkontroll utgjør kjernen i ethvert effektivt kvalitetssystem, som utover lovgivers krav og forventninger kan omhandle hvordan en virksomhet skal oppfylle andre selvpålagte krav til kvalitet. Ved fastsetting av slike krav er det vanlig å ta hensyn til forventninger fra brukere, leverandører eller samarbeidspartnere. Hensikten med systemet er å sikre at problemer oppdages og tas hånd om i tide. Det er helt sentralt at kvalitetssikringen integreres i overordnet styring og planlegging av virksomheten.

Å utvikle en godt fungerende internkontroll er en side ved utviklingen av selve organisasjonen. De «tekniske» sidene som prosedyrer, sjekklister, metoder for analyser mv. er viktige elementer i internkontrollen. Den fremste utfordringen består likevel i å skape en kultur som understøtter de ansattes motivasjon, initiativ og entusiasme for å ha orden i eget hus og fokus på kontinuerlig forbedring av virksomheten.

17.2.2.3 Arbeidsgivers plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid

Arbeidsmiljøloven oppstiller en plikt for arbeidsgiver til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS-arbeid). Loven angir også hovedinnholdet iplikten. For å sikre at hensynet til arbeidstakers helse-, miljø- og sikkerhet blir ivaretatt, skal arbeidsgiver sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten, jf. § 3-1 første ledd. Dette skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tilknyttede. Etter § 3-1 andre ledd skal arbeidsgiver blant annet fastsette mål for dette arbeidet, kartlegge og vurdere risikoforhold, iverksette rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelser av lovens krav og foreta en systematisk overvåking av helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet for å sikre at det fungerer som forutsatt.

Psykososiale forhold, herunder trakassering og diskriminering, er arbeidsmiljøfaktorer som omfattes avplikten til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. I tillegg til det generelle kravet til at arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig er det fremhevet i arbeidsmiljøloven at arbeidstaker

⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 5.6.4 side 26.

ikke må utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden, jf. § 4-3 tredje ledd.

Nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er regulert i forskrift, jf. forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften). Forskriften konkretiserer og utdyper kravene nedfelt i arbeidsmiljøloven kapittel 3. I tillegg oppstilles nærmere krav til dokumentasjon, jf. § 5. Det skal dokumenteres hvilke mål virksomheten har for helse, miljø og sikkerhet og hvordan virksomheten er organisert, blant annet fordeling av ansvar og oppgaver innenfor helse-, miljø og sikkerhet. Videre skal det dokumenteres hvordan kartlegging av risiko er gjennomført (brev, rapporter, måleresultater og liknende) hva som skal gjøres, når og av hvem, for å fremme helse, miljø og sikkerhet (handlingsplan) samt rutine for å håndtere feil og mangler og hvordan rutineene gjennomgås for å sikre at de fungerer etter hensikten.

Håndheving. Satsning på psykososialt arbeidsmiljø og inkluderende arbeidsliv

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at arbeidsgiver overholder kravene til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid samt at arbeidsmiljølovens øvrige krav til at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig er oppfylt, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6. Arbeidstilsynet kan gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av bestemmelsene i arbeidsmiljølovens helse-, miljø- og sikkerhetskrav samt tilhørende forskrifter, jf. § 18-6. Pålegg kan gjennomføres ved tvangsmulkt, jf. § 18-7.

Psykososialt arbeidsmiljø samt tilrettelegging generelt og tilrettelegging for arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne spesielt er satsningsområder for Arbeidstilsynet. Dette innebærer blant annet økt antall tilsyn på disse områdene. Arbeidstilsynet har hovedfokus på at virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er organisert slik at leder og medarbeidere aktivt og kontinuerlig bidrar til å kartlegge og vurdere risikoforhold og iverksetter forbedringstiltak.¹⁰

I det treårige prosjektet «Jobbing uten mobbing» (2005–2007) har Arbeidstilsynet utviklet verktøy og virkemidler mot konflikter og mobbing, i nært samarbeid med forskere på området og partene i arbeidslivet som del av IA-avtalen. Se om avtalen i punkt 13.5.2. Målet er å gjøre det lettere

for bedrifter å vite hvordan de skal håndtere ulike konflikter og mobbing i arbeidsmiljøet. Dette materialet inneholder blant annet ulike metoder for hvordan en virksomhet kan gå frem i konflikt- og mobbesaker på arbeidsplassen. Det har blant annet blitt utarbeidet en tiltakstrapp, en faktaundersøkelse og en plan for forebygging og håndtering av mobbing som kan lastes ned fra Arbeidstilsynets nettsider.¹¹

Arbeidstilsynet har styrket tilsyns- og veiledningsarbeid med tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne og oppfølging av sykemeldte. Tilsynets hovedmålsetning på dette område er å bidra til at virksomhetene arbeider aktivt og systematisk med forebygging og iverksetter praktiske tilretteleggingstiltak på arbeidsplassen.¹²

Petroleumstilsynet fører tilsvarende tilsyn innenfor sitt kompetanseområde.

17.2.3 Internasjonale forpliktelser

17.2.3.1 EØS-rettslige forpliktelser

Prinsippet om likebehandling er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 69 og 70. Bestemmelsene tilsvarende EF-traktaten artikkel 141. Etter disse bestemmelsene skal avtalepartene gjennomføre prinsippet om lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstakere for samme arbeid, og fremme prinsippet om likebehandling for kvinner og menn ved gjennomføring av direktiver som er del av EØS-avtalen. Aktive tiltak er en måte å fremme likestilling på.

Etter likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) artikkel 26 skal medlemsstatene tilskynde i overensstemmelse med nasjonal lovgivning, kollektive avtaler eller praksis arbeidsgiverne og de ansvarlige for adgang til ervervsutdanning til å iverksette effektive tiltak for å forebygge enhver form for forskjellsbehandling på grunn av kjønn, herunder trakassering og seksuell trakassering på arbeidsplassen, adgang til arbeid, ervervsutdanning og forfremmelse.

17.2.3.2 FN-konvensjoner

FNs kvinnekonvensjon pålegger statene å arbeide aktivt for å fremme likestilling mellom kvinner og menn. For å avskaffe enhver form for diskriminering av kvinner er konvensjonspartene blant annet forpliktet til å innlemme prinsippet om like-

¹⁰ Strategisk plan for Arbeidstilsynet 2008-2011.

¹¹ Årsrapport fra Arbeidstilsynet 2007 side 16.

¹² Årsrapport fra Arbeidstilsynet 2007 side 28.

stilling mellom kvinner og menn i sine statsforfatninger eller annen lovgivning, og å sikre at prinsippet blir virkeliggjort i praksis gjennom lovgivning eller på annen hensiktsmessig måte, jf. artikkel 2 bokstav a. Etter artikkel 2 bokstav f pålegges partene å treffe alle egnede tiltak, også i lovs form, for å endre eller oppheve eksisterende lover, forskrifter, sedvaner og praksis som diskriminerer kvinner. I konvensjonen artikkel 3 pålegges konvensjonspartene, særlig på de politiske, sosiale, økonomiske og kulturelle områdene, å treffe alle hensiktsmessige tiltak, også i lovs form, for å sikre kvinner fulle utviklingsmuligheter og fremgang, slik at de garanteres utøvelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på lik linje med menn.

FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 2 pålegger konvensjonspartene å arbeide aktivt mot rasediskriminering ved å treffe aktive tiltak for å gjennomgå offentlig politikk på nasjonalt og lokalt nivå, og med alle egnede midler forby og bringe til opphør rasediskriminering fra enhver persons, gruppes eller organisasjons side. Rasediskrimineringskonvensjonens artikkel 5 pålegger statene å forby og avskaffe alle former for rasediskriminering og sikre alle rett til likhet for loven uten hensyn til rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse, blant annet i forbindelse med retten til arbeid.

FNs generalforsamling vedtok den 13. september 2006 FN-konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonen ble undertegnet av Norge 30. mars 2007, men er foreløpig ikke ratifisert. Artikkel 4 pålegger staten å eliminere diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne med alle egnede midler. Artikkel 27 omhandler retten til arbeid. Statene forpliktet til å sikre og fremme realiseringen av retten til arbeid for personer med nedsatt funksjonsevne ved hjelp av egnede midler, herunder lovgivning. Statene skal blant annet fremme arbeidsmuligheter og karrieremuligheter for personer med nedsatt funksjonsevne, ansette personer med nedsatt funksjonsevne i offentlig sektor, og fremme ansettelse av personer med nedsatt funksjonsevne i privat sektor.

Etter ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold fra 1958 er staten forpliktet til å følge en politikk som tar sikte på, ved metoder som er avpasset nasjonale forhold, å fremme like muligheter og likebehandling for å fjerne diskriminering i arbeidslivet, jf. artikkel 2.

17.2.3.3 ECRIs fjerde rapport om Norge

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) foretok en eksaminasjon av Norge 2008. Av rapporten fremgår at ECRI anbefaler at norske myndigheter sikrer at den generelle plikten som påligger offentlige myndigheter og private bedrifter i forhold til å fremme likestilling og forhindre diskriminering i forbindelse med utøvelsen av sine funksjoner, inkluderer spesifikke forpliktelser, især i form av overvåking, samt vedtakelse og implementering av programmer for likestilling, som anbefalt i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7, som omhandler nasjonal lovgivning for å bekjempe rasisme og rasediskriminering.¹³

ECRI uttrykker i rapporten at de er fornøyde med at det er innført aktivitets- og redegjørelsesplikt i diskrimineringsloven. ECRI bemerker imidlertid at disse forpliktelsene kun omfatter offentlige virksomheter og private virksomheter med mer enn 50 ansatte, og at plikten ikke innebærer annet enn generelle rapporteringsrutiner.¹⁴

17.2.4 Utenlandsk rett

17.2.4.1 Sverige

Etter den svenske diskrimineringsloven plikter arbeidsgivere å arbeide målrettet for å fremme like rettigheter og motvirke diskriminering uavhengig av kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning. Aktivitetsplikten på diskrimineringsgrunnlaget kjønn går lenger enn for de øvrige grunnlagene. Arbeidsgiver pålegges ikke aktivitetsplikt på grunnlagene kjønnsoverskridende identitet eller uttrykk, seksuell orientering, alder eller nedsatt funksjonsevne. Dette er begrunnet med at effekten av aktivitetsplikten ikke var tilstrekkelig utredet.¹⁵

Aktivitetsplikten er regulert i et eget kapittel 3 i loven. Aktivitetspliktens innhold er presisert og utdypet gjennom en rekke bestemmelser, jf. §§ 4 til 13. Loven oppstiller krav til aktive tiltak angående arbeidsforhold, rekruttering, lønn samt krav om likestillingsplan. Samlet sett innebærer bestemmelsene om aktivitetsplikt en detaljert regulering av aktivitetsplikten.

Aktivitetsplikten skal utøves gjennom et samvirke mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Kapittel 3 § 1 slår fast at arbeidstakere og arbeids-

¹³ ECRIs fjerde rapport om Norge, punkt 27.

¹⁴ ECRIs fjerde rapport om Norge, punkt 21.

¹⁵ Proposition 2007/08:95 punkt 11.1 side 318-319.

givere skal samarbeide om aktive tiltak for å oppnå like rettigheter og muligheter i arbeidslivet uansett kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning, og skal særlig motvirke diskriminering i arbeidslivet av slike grunner. Arbeidsgivere og arbeidstagere skal særlig arbeide for å utjevne og forhindre lønnsforskjeller og ulike arbeidsvilkår for øvrig mellom kvinner og menn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi, jf. § 2.

Når det gjelder arbeidsforhold skal arbeidsgiver under hensyn til tilgjengelige ressurser og omstendighetene for øvrig gjennomføre tiltak for at arbeidsforholdene skal være egnede for alle arbeidstakere uansett kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller annen trosoppfatning. Arbeidsgiver skal også tilrettelegge slik at både kvinner og menn kan kombinere arbeid med familieliv. Videre skal arbeidsgiver forebygge og forhindre trakassering, jf. §§ 4 til 6. Rekrutteringen skal foretas slik at alle skal kunne søke uansett kjønn, etnisk tilhørighet, religion eller trosoppfatning. I tillegg er det særlige forpliktelser på området kjønnslikestilling. Det skal søkes en mest mulig jevn fordeling mellom kvinner og menn i de ulike typer arbeid og stillingskategorier. Dersom det ikke i hovedsak er en jevn fordeling av kvinner og menn innen visse typer arbeid eller stillingskategorier, skal arbeidsgiver tilstrebe at det melder seg søkere av det underrepresenterede kjønn, jf. §§ 7 til 9.

For å oppdage lønnsforskjeller og for å kunne iverksette nødvendige tiltak skal arbeidsgiver kartlegge og analysere bestemmelser og praksis om lønn og øvrige arbeidsvilkår og lønnsforskjeller mellom kvinner og menn som utfører arbeid av lik verdi, jf. §§ 10 til 12. Arbeidsgiver skal vurdere om lønnsforskjellene har direkte eller indirekte sammenheng med kjønn. Hvert tredje år skal arbeidsgiver utarbeide en handlingsplan for likelønn mellom kvinner og menn, planer for lønnsjustering og kostnadsberegninger knyttet til dette. Plikten til å opprette handlingsplaner omfatter ikke arbeidsgivere som ved siste årsskifte sysselsatte færre enn 25 arbeidstakere. Begrunnelsen for dette unntaket er at plikten til å opprette handlingsplaner i liten grad har blitt fulgt opp av små bedrifter, og at det ikke finnes noe klart og entydig bilde på hvordan likestillingen har blitt påvirket av arbeidet med likestillingsplaner.¹⁶

Aktivitetsplikten håndheves av Diskrimineringsombudsmannen og nemnda. Manglende

overholdelse av pliktene til aktive tiltak kan sanksjoneres med et gebyr, jf. kapittel 4 § 5.

17.2.4.2 Finland

Etter den finske likestillingsloven har arbeidsgivere plikt til å fremme likestilling mellom kvinner og menn i all sin virksomhet, jf. §§ 6 og 6 a.

Enhver arbeidsgiver plikter etter § 6 å arbeide målrettet og planmessig for å fremme likestilling mellom kjønnene, og skal blant annet arbeide for at både kvinner og menn søker på ledige stillinger, fremme jevn fordeling av arbeidsoppgaver og muligheter for karriereutvikling. Arbeidstaker skal også tilpasse arbeidsforholdene slik at de er egnede for både kvinner og menn og gjøre det lettere for kvinner og menn å forene arbeid og familieliv.

Arbeidsgivere som regelmessig sysselsetter mer enn 30 arbeidstakere plikter å utarbeide en likestillingsplan, jf. § 6 a. Loven oppstiller nærmere krav til planens innhold, som særlig skal omfatte lønn og arbeidsvilkår. Dersom Jämställdhetsombudsmannen finner at arbeidsgiver ikke har oppfylt sine plikter til å utarbeide likestillingsplan, kan det gis pålegg om at likestillingsplan skal utarbeides innen en rimelig frist, jf. § 19.

Arbeidsgiver pålegges ikke aktivitetsplikt etter likebehandlingsloven, som forbyr diskriminering på grunn av alder, etnisk eller nasjonal opprinnelse, nasjonalitet, språk, religion, overbevisning, meninger, helsetilstand, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering eller noen annen årsak som gjelder hans eller hennes person. Finland er således et eksempel på land hvor ikke alle diskrimineringsgrunnlag er omfattet av aktivitetsplikt.

17.2.4.3 Danmark

Etter dansk rett plikter arbeidsgivere med minst 35 ansatte å utarbeide en kjønnsoppdelt lønnsstatistikk hvert år, jf. likelønnsloven § 5 a.

17.2.4.4 Irland

Den irske loven om likebehandling i arbeidslivet gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, ekteskapeleg status, familiestatus, seksuell orientering, religion, alder, funksjonsevne, etnisitet og tilhørighet til «Traveller Community» (omreisende folk).

The Equality Authority, som er et særskilt organ med oppgave å fremme likhet og informere

¹⁶ Proposition 2007/08:95 punkt 11.2.5 side 339.

om og overvåke regelverket. Myndigheten kan pålegge at virksomheter gjennomgår situasjonen med hensyn til likestilling og like muligheter i virksomheten, gjennomgår praksis, prosedyrer og andre relevante faktorer og vurderer hvorvidt disse fremmer likestilling og like muligheter, jf. section 69. The Equality Authority kan dessuten pålegge virksomhetene å utarbeide og implementere en handlingsplan for å fremme likestilling og like muligheter.

The Equality Authority kan i tilfeller hvor det anses formålstjenlig selv utføre slike gjennomganger i virksomheten. Denne myndigheten gjelder ikke overfor virksomheter med færre enn 50 ansatte.

17.2.5 Utvalgets vurderinger og forslag

17.2.5.1 Behovet for aktive tiltak

Utvalget mener at et diskrimineringsforbud, hvor reaksjoner ved overtredelse forutsetter at det fremmes en klage, ikke er tilstrekkelig for å hindre at diskriminering skjer. Det er heller ikke tilstrekkelig for å fremme likestilling uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forhold i samsvar med lovens formål. Diskriminering er ofte utslag av underliggende strukturelle forhold og utbredte holdninger, ofte slik at oppfatningen i en virksomhet er at den ikke har noe diskrimineringsproblem.

Klagebasert lovgivning, slik som gjeldende diskrimineringsforbud, er derfor ikke tilstrekkelig. Den fanger ikke opp diskriminering som ikke fører til en klagesak. Klagesaker forutsetter både at den som har blitt utsatt for diskriminering har nødvendig kunnskap om hva diskriminering i lovens forstand er, og at vedkommende fremmer en klage. Det er grunn til å tro at mange kvier seg for å ta opp slike saker av frykt for konsekvenser senere i arbeidsforholdet.

Praksis og organisasjonskultur kan ha diskriminerende virkning som arbeidsgiver ikke nødvendigvis er bevisst på, og som kan være vanskelig for arbeidstaker å identifisere og konkretisere som en diskrimineringssak i enkelttilfeller. Nettopp derfor er det av stor betydning at arbeidsgiver foretar en egenaktivitet med å kartlegge hvordan praksis og organisasjonsstruktur virker for ulike grupper ansatte.

Mange arbeidsgivere har motforestillinger mot å ansette personer med minoritetsbakgrunn. De som er synlige på grunn av ytre etniske trekk som hud, hår og øyenfarge, har ukjente (ikke-skandinaviske) navn, har uttale eller formuleringer

som tilkjennegir at de er fra land utenom den vestlige økonomiske sfære eller som på andre måter tydelig har sin bakgrunn i «den fattige del av verden», har problemer med mange arbeidsgivers holdninger. Mange arbeidsgivere ser på innvandrere, eller de som kan antas å tilhøre en stigmatisert minoritetsgruppe, som risikoarbeidskraft. Uten at arbeidsgiverne selv er eller ønsker å fremstå som diskriminerende, kan konsekvensene bli diskriminering når arbeidsgivere ikke ønsker å ansette folk med minoritetsbakgrunn. Det er også arbeidsgivere som er særlig positivt innstilt til å ansette innvandrere, men møter motstand ellers i organisasjonen.

Slike forhold kan det være viktig å få kartlagt i den enkelte bedrift, fagområde og bransje. Det er derfor av stor betydning at det skjer en kartlegging slik at resultatet kan bli at:

- Det blir satt inn tiltak som kan sikre at minoritetsspråklige arbeidstakere og arbeidssøkere ikke blir diskriminert på arbeidsplassen og på arbeidsmarkedet.
- Arbeidsgivere og arbeidskollegaer ser fordelene av at minoritetsspråklige ansatte blir positivt mottatt og får utviklingsmuligheter på arbeidsplassen.
- Det blir utviklet et arbeidsmiljø som aksepterer mangfoldet og som motvirker motsetninger og konflikter mellom folkegrupper (majoritet og minoritet).
- Det foretas en gjennomgang av lønn og lønnsystemer for å fremme likelønn.

Utvalget mener at liknende problemer gjør seg gjeldende også med hensyn til andre former for diskriminering enn etnisk diskriminering.

Det er i diskrimineringslovgivningen en rekke prinsipper og virkemidler som gjør det mulig å unngå diskriminering og fremme likestilling. På mange områder kan det likevel være et utilfredsstillende gap mellom den hverdag folk som har krav på beskyttelse møter og de mål og krav lovgivningen stiller. En av årsakene til denne mangel på balanse kan være at det i noen virksomheter brukes for lite ressurser til likestillingstiltak, mens en annen årsak også kan være at de tilgjengelige ressurser utnyttes dårlig.

På denne bakgrunn er det viktig å finne mekanismer som mer automatisk settes i gang for å rette opp en ubalanse mellom mål/krav og den faktiske situasjon. Dette er den tilnærmingen som er tatt i tilsynet med tekniske forhold, arbeidsmiljø og i helse- og sosiallovgivningen. På disse områder hvor man har lang erfaring med å sette

klare krav til offentlig og privat virksomhet, har man oppnådd mye gjennom å stille krav til den aktiviteten som enhver som er underlagt rettslige plikter må utøve for å sørge for at lover og forskrifter ikke blir brutt. Ved vurdering av de offentlige virkemidlenes effektivitet med sikte på å forbedre etterlevelse er det viktig at søkelyset rettes mot virkemidlenes dynamiske sider, det vil si om det er slik at mangel på balanse mellom mål/krav og tilstand medfører en nødvendig bevegelse mot den ønskede situasjon.

Utvalget vil dessuten understreke viktigheten av forebyggende arbeid. Klagebaserte prosesser forandrer ikke nødvendigvis organisasjonskultur og praksis. Aktivitetsplikten er derimot en vedvarende forpliktelse, som fordrer tiltak i hele virksomheten, ikke bare der hvor det er fremmet en klage.

Det kan diskuteres hvor omfattende rettslige forpliktelser en kan utlede av menneskerettighetskonvensjonene for så vidt gjelder å pålegge arbeidsgivere en aktivitetsplikt. Sikkert er det likevel at det også i menneskerettighetskonvensjonene ligger en forventning om aktivitetsplikt fra private for å sørge for at diskrimineringsforbudet blir respektert og gjennomført. En aktivitetsplikt for arbeidsgivere vil være i overensstemmelse med konvensjonenes krav om at staten sørger for at diskrimineringsforbudet også etterleves privatpersoner imellom.

17.2.5.2 Svakheter ved gjeldende regler

Gjeldende aktivitets- og redegjørelsesplikt er kritisert fra flere hold, både fra de som støtter lovens krav til aktivitets- og redegjørelsesplikt og fra de som er i mot slike krav.

Likestillings- og diskrimineringsombudet håndhever redegjørelsesplikten. Ombudet har påpekt at lovteksten er for generelt utformet og at det er behov for klargjøring av pliktens innhold. Etter ombudets syn er det derfor behov for en standardisering av innholdet i denne plikten. Ombudet har også påpekt behovet for kontroll og veiledning. Ombudet erkjenner at etaten kun har mulighet til å foreta begrensede kontroller, og at dette kan føre til en nedprioritering av denne plikten hos virksomhetene. Ombudet mener kontroller er viktige for å sikre at brudd på aktivitets- og redegjørelsesplikten får konsekvenser.¹⁷

Kritikerne til aktivitets- og redegjørelsesplikten mener redegjørelsesplikten virker byråkratiserende, samt at årsberetningen i utgangspunktet ikke er egnet for rapportering om slike forhold. Av disse grunner ble redegjørelsesplikt ikke innført i lov mot etnisk diskriminering og ble heller ikke foreslått av lovutvalget som la frem forslag til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.¹⁸

17.2.5.3 Grunnprinsipper for utforming av aktivitetsplikten

Alle bedrifter er tjent med å ha en arbeidsstyrke som består av personer med ulike bakgrunn og kompetanse. Mangfold i arbeidslivet dannes av individuelle forskjeller, for eksempel geografisk tilhørighet og utdanning, og forhold som den enkelte selv ikke har valgt, slik som kjønn, alder, rase/etnisk bakgrunn, seksuell orientering og psykiske og fysiske kjennetegn. Det er et mål å skape økt mangfold i arbeidslivet og en absolutt forutsetning å unngå diskriminering av arbeidssøkere og arbeidstakere på grunn av kjønn, rase eller andre forhold. Arbeidsgivere i både privat og offentlig sektor må ha et bevisst forhold til hvordan mangfold kan oppnås gjennom gode prosedyrer for rekruttering, karriereplanlegging og kompetanseutvikling. I Norge er det både for offentlig og privat sektor spesielle utfordringer knyttet til rekruttering av arbeidstakere med ikke-vestlig bakgrunn og til rekruttering av kvinner til ledende stillinger og styreverv.

Som nevnt er hovedpunktene i kritikken mot aktivitetsplikten slik den er utformet i dag at den er for generelt utformet, og at den oppfattes på en måte som virker byråkratiserende. En viktig premisse for utformingen av lovens regel må være at den er så konkret at den kan gi veiledning for virksomhetene. Samtidig må reglene ivareta hensynet til fleksibilitet slik at de ikke stenger for gode løsninger som virksomhetene utvikler selv basert på de konkrete forholdene i virksomheten. Det beste likestillingsarbeidet får man i de virksomheter som på eget initiativ ser at et godt og systematisk arbeide med likestilling og integrering bidrar til lønnsomhet og styrker bedriftens omdømme. Aktivitetsplikten må bygge på at det ikke er lover i seg selv som skaper et godt og inkluderende arbeidsmiljø. Det kreves bevisste holdninger og aktiv innsats fra ledere og ansatte på den enkelte arbeidsplass. Aktivitetsplikten i

¹⁷ Likestillings- og diskrimineringsombudet: Kontroll av kommuners redegjørelse for likestilling 2007, punkt 4.3 side 17-18.

¹⁸ NOU 2005: 8 punkt 10.11 side 181 og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 18.1.6 side 194-195.

loven må stimulere til dette i bedrifter som ikke ser dette av seg selv, og gi veiledning til de bedriftene som selv ser verdien av å arbeide systematisk og bevisst med diskrimineringssspørsmål.

Aktivitetsplikten bør stimulere til at en generell tilrettelegging for mangfold på arbeidsplassen med tanke på etnisitet, alder, kjønn, funksjonsnedsettelse osv. er en del av virksomhetenes generelle planarbeid, som virksomhetsplaner, strategiplaner og liknende. Ved utforming av krav til aktivitet må man ta i betraktning at arbeidsgivere er en sammensatt målgruppe. Noen av virksomhetene er konserner med titusener ansatte i inn- og utland, mens andre har et fåtall medarbeidere hvor arbeidsgiveren selv er aktiv i produksjonen. Det er om lag 173 000 arbeidsgivere i Norge, og tre fjerdedeler av dem har færre enn ti ansatte. Det sier seg selv at det arbeidet som er nødvendig i en diskrimineringsammenheng vil være ulikt i forskjellige virksomheter, og at loven må åpne for en slik variasjon. Et felles grunntrekk i den aktivitet som er nødvendig for å motvirke diskriminering er likevel gode rutiner, vurderinger av utfordringer og problemer og systematisk forebyggende aktivitet. Likestillingsarbeidet må være til stede i bevisstheten i ledelsen av bedriften og i alle sammenhenger hvor det kan foreligge fare for diskriminering.

I en liten bedrift vil aktivitetsplikten i første rekke dreie seg om å se hver enkelte ansatt og ha tillit til og tiltro til hver enkelte medarbeider. Det handler om å rekruttere medarbeidere og fordele oppgaver og tilrettelegge for gjennomføring med utgangspunkt i den enkeltes individuelle forutsetninger, ressurser og kompetanse. I en større bedrift må man gå mer systematisk til verks med klare rollefordelinger mellom bedriftens ledere på alle nivåer, personalfunksjon, verneombud og tillitsvalgte.

En viktig del av aktivitetsplikten er at bedriften skaffer og holder oversikt over de utfordringer den står overfor i forbindelse med likestilling og integrering. I noen tilfeller er det snakk om synlige indikasjoner som for eksempel kjønn, etnisitet eller enkelte fysiske funksjonsnedsettelse i andre tilfeller er indikasjonene skjulte som andre typer av funksjonsnedsettelse, seksuell orientering eller religion. Det er viktig at bedriftens aktivitet bygger på respekt for den enkeltes valg med hensyn til å vise frem eller skjule slike forhold. I tilnærmingen til diskriminering må bedriften være åpen for at problemene kan være både større eller mindre enn hva man først antar eller er blitt fremstilt av ledere, ansatte eller de tillits-

valgte. Det er av stor betydning at kartleggingen ikke graver frem, forsterker eller utdypet bagatellmessige forhold som lett kan ordnes internt. Det finnes eksempler på at problemer i forhold til etnisk diskriminering og integrering har blitt forsterket og nærmest blitt beskrevet som uløselige ved at kartleggingen har utdypet personlige motsetninger forklart som motsetninger mellom innvandrere og nordmenn – altså kulturforklart. Dette betyr ikke at man skal dekke over problemer som ikke oppfattes som viktige, men at man skal være handlingsrettet og løsningsorientert.

17.2.5.4 *Aktivitetsplikt på alle diskrimineringsgrunnlag*

Utvalget har vurdert om arbeidsgivers aktivitetsplikt bør utvides til nye diskrimineringsgrunnlag, det vil si ikke bare kjønn, etnisitet (inkludert religion og livssyn) og funksjonsnedsettelse som i dag, men også diskriminering på grunn av seksuell orientering, alder og politisk syn.

Aktivitetsplikten etter diskrimineringslovgivningen er knyttet til grupper hvor det foreligger strukturell underrepresentasjon. Det kan derfor hevdes at aktivitetsplikten er et særlig tiltak som bør forbeholdes nettopp disse diskrimineringsgrunnlagene. For enkelte diskrimineringsgrunnlag kan det dessuten være tale om svært små grupper eller svært få tilfeller i den enkelte virksomhet. Det kan derfor være et spørsmål om aktivitets- og redegjørelsesplikt på slike grunnlag kan innebære en uforholdsmessig byrde for virksomhetene.

Arbeidsgiver har etter gjeldende rett allerede 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. Forebygging av trakassering omfattes også av arbeidsgivers plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og innebærer at arbeidsgiver skal gjøre en risikovurdering av det psykososiale arbeidsmiljøet og innføre systemer og rutiner for oppfølgingen av dette.

Dette viser at for den delen av aktivitetsplikten som omfatter beskyttelse mot trakassering vil en utvidelse av en eventuell aktivitetsplikt til nye grunnlag ikke påføre virksomhetene nye plikter. Utvalget vil understreke at aktivitetsplikten innebærer mer enn å iverksette rutiner og tiltak mot trakassering. På den annen side vil en aktivitets-

plikt i utgangspunktet ikke innebære annet enn å gjennomgå virksomheten for å kartlegge barrierer mot likestilling som hindrer realisering av lovens formål. En slik kartlegging må baseres på den konkrete virksomheten ut fra hva slags aktiviteter den har og hvordan arbeidsstokken konkret er sammensatt.

Utvalget mener dessuten at det er vanskelig å begrunne hvorfor enkelte diskrimineringsgrunnlag skal ha den beskyttelse en aktivitetsplikt innebærer, mens andre ikke skal ha samme vern. Dette særlig tatt i betraktning det som er sagt over.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at arbeidsgivers aktivitetsplikt bør gjelde på alle lovens oppramsede diskrimineringsgrunnlag. Det vises til lovforslaget § 26 første ledd.

17.2.5.5 Særlig om aktivitetsplikt knyttet til sekkekategori

Utvalget har også vurdert om aktivitetsplikten skal omfatte diskrimineringsgrunnlag som kan påberopes under sekkekategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person», jf. forslaget til samlet diskrimineringslov § 4 og denne innstillingen punkt 13.4. Utvalget vil bemerke at sekkekategorien uansett vil være en sikkerhetsventil som skal fange opp tilfeller av forskjellsbehandling som har sammenheng eller likheter med diskriminering som omfattes av lovens liste. Slike former for forskjellsbehandling vil til en stor grad kunne innfortolkes i lovens liste over diskrimineringsgrunnlag. Det vil være tale om få tilfeller der sekkekategorien vil kunne påberopes.

Pliktene til systematisk arbeid med arbeidsmiljø og forebygging mot trakassering er helt generelle, og ikke avgrenset til diskrimineringsgrunnlag. Det gjelder derfor en plikt til å utvise aktivitet på uspesifiserte grunnlag allerede. Det kan også vises til at planlegging og iverksettelse av tiltak forutsetter en foregående vurdering av situasjonen i virksomheten. Det vil alltid være slik at beslutninger om hvilke tiltak som skal settes i verk i en virksomhet må bygge på en vurdering av hvordan arbeidsstokken er sammensatt, faktiske arbeidsmiljøproblemer osv., for å identifisere hva slags former for diskriminering som forekommer eller kan forekomme i virksomheten. Tilsvarende vurderinger må gjøres av offentlige virksomheter som har aktivitetsplikt. Arbeidsgiver eller offentlige virksomheter vil med andre ord ikke ha en plikt til å sette i verk tiltak på alle mulige grunnlag som kan tenkes å kunne påberopes under en sek-

kekategori, men kun rette disse mot faktiske forhold i virksomheten. Plikten til å iverksette tiltak går altså ikke lenger enn det situasjonen i virksomheten krever.

Når det gjelder sekkekategorien er det likevel betenkeligheter med å pålegge aktivitetsplikt. Aktivitetsplikt knyttet til diskrimineringsgrunnlag som ikke er identifisert reiser spørsmål både om innholdet i virksomhetens plikter og om håndhevingen av plikten. Det kan for eksempel være vanskelig for virksomhetene å utvikle tiltak for likestilling, når det ikke er presisert i loven hvilke kategorier av ansatte som skal omfattes av disse tiltakene. Pliktens innhold vil derfor bli uklart, noe som igjen kan svekke aktivitetspliktens legitimitet, etterlevelse og effektivitet som virkemiddel for å fremme lovens formål.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at arbeidsgivers aktivitetsplikt ikke omfatter forhold som eventuelt kan påberopes under lovens sekkekategori. Det vises til lovforslaget § 26 andre ledd.

17.2.5.6 Aktivitetsplikt for alle virksomheter

Utvalget har vurdert om aktivitetsplikten skal gjelde alle virksomheter, eller om den skal gjelde kun virksomheter av en viss størrelse. Utvalget viser til at lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har en grense på virksomheter med mer enn 50 ansatte. Likestillingslovens plikter gjelder derimot alle virksomheter. Hensynet til harmonisering av de ulike diskrimineringsgrunnlagene og lovens formål taler for at det ikke oppstilles noen nedre grense for hvilke virksomheter som omfattes av aktivitetsplikten, da noen slik grense ikke følger av likestillingsloven i dag.

En plikt til aktiv forebygging av trakassering gjelder etter både diskrimineringslovgivningen og arbeidsmiljøloven kapittel 4, uavhengig av antall ansatte i virksomheten, jf. likestillingsloven § 8 a tredje ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 fjerde ledd, lov mot etnisk diskriminering § 5 tredje ledd og arbeidsmiljøloven § 4-3. Når det gjelder beskyttelse mot trakassering vil det altså ikke påføre virksomhetene noen nye plikter dersom gjeldende grense på 50 ansatte oppheves.

Dersom aktivitetsplikten implementeres i virksomhetenes helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid bør spørsmålet om gjeldende grense på 50 ansatte vurderes også i lys av dette regelverket. Dette regelverket omfatter samtlige virksomheter som sysselsetter arbeidstakere. Det gjelder ingen nedre grense.

Gjeldende grense på 50 ansatte etter lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven må ses i lys av at ECONs beregninger av de administrative kostnadene per ansatt viser at virksomheter med færre enn 50 ansatte må bære de største administrative byrdene ved innføringen av en aktivitetsplikt med rapportering.¹⁹

Utvalget vil understreke at aktivitetsplikten vil kreve mindre ressurser i små og oversiktlige virksomheter. Aktivitetsplikten krever, på tilsvarende måte som helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, at arbeidsgiver kartlegger utfordringene knyttet til likestilling og like muligheter som gjør seg gjeldende i sin virksomhet, og utarbeider planer og tiltak med bakgrunn i dette. Lovens krav kan sikre at bedriftene behandler likestillingsspørsmål på en forsvarlig måte og styrer ressursene der det er mest hensiktsmessig ut fra de konkrete forholdene.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at alle virksomheter skal være omfattet av aktivitetsplikten, uavhengig av antall ansatte. Det vises til lovforslaget § 26.

17.2.5.7 Aktivitetsplikten konkretiseres i forskrift

Utvalget har vurdert om aktivitetspliktens innhold bør utfylles og konkretiseres i loven eller i forskrift, eller om det er tilstrekkelig om aktivitetspliktens innhold konkretiseres i forarbeidene og Likestillings- og diskrimineringsombudets veiledning som i dag.

Ombudet gir gratis veiledning til virksomhetene om kravene som ligger i aktivitetsplikten. Utvalget har likevel grunn til å tro at det i dag rår stor usikkerhet og uklarhet om aktivitetspliktens innhold. Denne usikkerheten kan igjen svekke aktivitetspliktens effektivitet. Dette er også påpekt av Likestillings- og diskrimineringsombudet.²⁰

En konkretisering av aktivitetsplikten kan skape større klarhet om aktivitetspliktens innhold. Utvalget mener dette er et tungtveiende argument for å konkretisere aktivitetspliktens innhold i loven.

En særlig problemstilling ved å konkretisere aktivitetspliktens innhold i lovteksten er at de samme tiltakene ikke er like godt egnet i alle virk-

somheter og i alle bransjer. De enkelte tiltaks effekt og egnethet kan variere med type virksomhet, størrelse, hva som er likestillingsutfordringene i de ulike bransjer mv. Lovteksten må derfor gi rom for fleksibilitet, slik at den åpner for at virksomhetene på bakgrunn av sin gjennomgang av virksomheten, kan benytte ressursene der hvor tiltakene har størst effekt.

Utvalget foreslår at innholdet i aktivitetsplikten skal gjelde generelt for alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere. Aktivitetsplikten skal også gjelde for virksomheter med mindre enn 50 ansatte. Når det gjelder små og oversiktlige virksomheter vil kravet i hvert fall innebære at virksomhetens ledelse må være bevisst på lovens krav om ikke-diskriminering, kommunisere dette til sine ansatte og sørge for at formålstjenlige tiltak settes inn ved ansettelse og behandling av personalet der det foreligger fare for at arbeidssøkere eller noen av personalet kan bli direkte eller indirekte diskriminert. Det vil for disse virksomhetene ikke være krav om å utvikle administrative systemer eller administrasjonsbyrder. Dette er begrunnet i hensynet til regelverkets fleksibilitet, og at det vil stilles andre krav til store enn til små virksomheter.

For virksomheter med 50 ansatte eller mer foreslår utvalget at aktivitetspliktens innhold konkretiseres, jf. punkt 17.2.5.8. Konkretiseringen som gjelder for virksomheter med 50 ansatte eller mer kan imidlertid tjene som en veiledning for mindre virksomheter.

17.2.5.8 Konkretisering og eksemplifisering av utvalgets forslag

Aktivitetsplikten innebærer at arbeidsgiver skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og like muligheter. Utvalget har tatt utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 4-1 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid som modell for en konkretisering av aktivitetsplikten. Konkretiseringen av plikten skal etter utvalgets forslag i punkt 17.2.5.7 gjelde virksomheter med 50 ansatte eller mer, men kan tjene som veiledning for mindre virksomheter.

Utvalget foreslår at aktivitetsplikten konkretiseres nærmere ved at arbeidsgiver skal:

- fastsette mål for likestillingsarbeidet,
- foreta en gjennomgang av organisasjonens praksis og kultur for å identifisere barrierer for likestilling,

¹⁹ ECON 2007 punkt 10.3 side 59.

²⁰ Likestillings- og diskrimineringsombudet: Kontroll av 50 kommuners redegjørelse for likestilling, 2007, punkt 4.3 side 17-18.

- ha oversikt over hvordan ansvar, oppgaver og myndighet for arbeidet med likestilling er fordelt,
- kvalitetssikre virksomhetens aktiviteter, prosesser og rutiner i forhold til forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, og utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen,
- sørge for systematisk arbeid med forebygging og oppfølging av påstander om diskriminering og trakassering,
- sørge for systematisk overvåking og gjennomgang av likestillingsarbeidet for å sikre at det fungerer som forutsatt,
- utarbeide dokumentasjon om den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling mellom kjønnene i virksomheten, og
- utarbeide dokumentasjon om tiltak som er iverksatt og som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og motvirke diskriminering.

Forslaget innebærer at virksomheten må ha et kvantitativt og kvalitativt analytisk verktøy for å identifisere barrierene mot likestilling og like muligheter. Dette bør inkludere en gjennomgang av personalpolitikk og organisasjonskultur. Synliggjøring av diskriminering (barrierene mot likestilling) er viktig for at arbeidsgiveren skal bli motivert til å forebygge den. Moderne former for diskriminering er ofte subtile og vevet inn i «nøytral» praksis og kultur. Dette verktøyet synliggjør for arbeidsgiveren at noen typer praksis og kultur innebærer ulemper for noen grupper og fordeler for andre grupper.

Virksomhetene må sette seg tidfestede mål for likestillingsarbeidet. Tidsfesting av konkrete mål er et klart uttrykk for ledelsens forpliktelse og for ønske om endring. Uten konkrete mål er det vanskelig å måle prestasjonen til mellom- og linjeledelsen i forhold til likestillingsarbeidet. Uten konkrete mål er det heller ikke mulig for mellom- og linjeledelsen å vite hva som konkret sett er forventet av dem med hensyn til likestillingsarbeid. Arbeidsgiver bør dessuten vise at bedriftens ledelse er engasjert i likestilling. Dette kan demonstrere på forskjellige måter, som for eksempel i form av vedtakelsen av en ikke-diskriminerings- og likestillingspolitikk for bedriften, allokering av ressurser og personell til likestillingsarbeidet, og involvering av mellomledelsen og linjeledelsen i forberedelsen og implementeringen av likestillingsplanen.

Virksomheten må utarbeide en plan for hvordan barrierene for likestilling og like muligheter som er funnet skal nedbygges, og for allokering av rutiner, ressurser, ekspertise og ansvar. Ideen om en likestilt arbeidsplass må oversettes til daglig rutine. En likestillingsplan bidrar til å sikre at arbeidsgiveren har tenkt systematisk gjennom og funnet svar på følgende spørsmål:

- Hvilke korrigerende tiltak skal tas i bruk for å redusere de identifiserte barrierene mot likestilling?
- Hvem skal implementere dem? Når? Hvordan?
- Er nødvendige ressurser og ekspertise allokert?
- Hvordan skal man håndtere motstand?
- Hvilke indikatorer skal brukes for å måle fremgang?
- Hvordan skal målingen skje? Hvem skal måle? Hvor ofte?
- Hva skal skje dersom målingen ikke viser fremgang?

Planen for likestilling og like muligheter bør utarbeides etter drøfting med arbeidstakernes representanter. Effektiv kommunikasjon mellom de ansatte og ledelsen har minst tre viktige oppgaver:

- den hjelper arbeidsgiveren til å identifisere barrierer mot likestilling,
- den bidrar til å redusere eventuell motstand fra arbeidstakere mot likestillingsprogrammet og
- den hjelper arbeidstakere til å forstå hva slags atferd og holdning bedriftens ledelse forventer av dem.

Bedriftene må inkorporere tilstrekkelig gjennom-siktighet, veiledning og kontroll i seleksjonsprosesser (nyansettelser, forfremmelser, karriereutvikling mv.) for å motarbeide ubevisste stereotypiseringer og generaliseringer. Ubevisste stereotypiseringer og generaliseringer spiller en stor rolle i evalueringprosesser og mellommenneskelige forhold. De påvirker hvordan vi overhode oppfatter og tolker ting, hva vi husker og ikke husker og hva vi legger vekt på. Samfunnsvitenskapelige studier bekrefter dette. Arbeidsgiveren må derfor ta de forholdsregler som er nødvendig for å motarbeide denne tendensen. Virksomhetene bør for eksempel spørre seg om det er enkelte grupper av søkere som systematisk ikke kalles inn til intervju.

Virksomhetene må etablere rutiner i bedriften som sikrer at diskrimineringsklager blir tatt seriøst og behørig etterforsket. Rutinene må også

sørge for å beskytte klageren mot gjengjeldelse. Folk flest assosierer diskriminering med en handling som er ondskapsfull og gjort med hensikt. Derfor føles det helt urimelig for mange arbeidsgivere og arbeidstakere å bli konfrontert med en klage om diskriminering. Erfaringer viser at arbeidsgivere går i forsvarsposisjon når de blir anklaget og at klageren fort blir utpekt som problemet. Denne tendensen kan brytes dersom det eksisterer etablerte rutiner for håndtering av diskrimineringsanklager og dersom disse følges i praksis. Det vises for øvrig til eksisterende krav om å legge til rette for varsling av kritikkverdige forhold etter arbeidsmiljøloven § 3-6.

Virksomhetene må ha et verktøy for å systematisk kontrollere og vurdere om målene for likestillingsarbeidet er oppnådd, og revidere mål eller tiltak dersom det viser seg å være nødvendig. Kontroll og evaluering av fremgang eller tilbakegang (og revidering av tiltak hvis nødvendig) sikrer en løpende og fleksibel problemløsningstilnærming til likestillingsmålet. Kontroll, evaluering og revidering er nødvendig for å finne frem til de mest effektive korrigerende tiltak.

17.2.5.9 Implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet

Konkretiseringen av aktivitetsplikten er som nevnt i punkt 17.2.5.8 bygget over samme lest som arbeidsmiljøloven § 4-1 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Utvalget foreslår at arbeidsgivers aktivitetsplikt implementeres i virksomhetenes eksisterende systemer og rutiner for helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.

En regulering av aktivitetsplikten knyttet opp til helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet i virksomhetene kan etter utvalgets vurdering være en hensiktsmessig måte å konkretisere aktivitetspliktens innhold på. Virksomhetene har gjennom dette systemet erfaring med å anvende de generelle reglene tilpasset risikoforholdene i den enkelte virksomhet. Virksomhetene skal allerede foreta en gjennomgang av virksomhetene, kartlegge de konkrete utfordringene som gjør seg gjeldende i deres virksomhet og iverksette tiltak der behovene er størst. Ved implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet sikres dessuten en mer systematisk oppfølging av arbeidet for likestilling og like muligheter. Utvalget mener det er avgjørende for realisering av lovens formål å sikre at aktivitetsplikten blir mer systematisk implementert i virksomhetenes akti-

viteter, i motsetning til en årlig øvelse i forbindelse med årsberetningen.

Tradisjonelt sett har det i arbeidsretten vært et skille mellom den offentligrettslige delen som består av kravene til helse-, miljø og sikkerhet og den privatrettslige delen som består av reglene om stillingsvern mv. Diskrimineringsvernet utgjør en del av den privatrettslige delen av arbeidsretten og håndheves ikke av Arbeidstilsynet, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6.

Det er imidlertid i praksis en nær sammenheng mellom vernet mot diskriminering og trakassering etter diskrimineringslovgivningen og arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og plikt til å utføre systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Et klart eksempel på overlapp mellom diskrimineringsvernet og kravet til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er plikten til å forebygge trakassering, jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd og § 13-1 andre ledd, likestillingsloven § 8 a, lov mot etnisk diskriminering § 5 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6.

Ved arbeidsmiljøloven av 2005 ble det dessuten innført en varslingsplikt for arbeidstaker. Etter arbeidsmiljøloven § 2-3 andre ledd bokstav d skal arbeidstaker sørge for at arbeidsgiver eller verneombud blir underrettet så snart arbeidstaker blir kjent med at det forekommer diskriminering eller trakassering på arbeidsplassen. Arbeidstakers varslingsplikt settes i lovens forarbeider i sammenheng med behovet for å tydeliggjøre og styrke lovens krav knyttet til det psykososiale arbeidsmiljøet. Det presiseres i forarbeidene at arbeidstakers plikter er ment å være et instrument slik at arbeidsgiver lettere skal kunne ivareta sitt arbeidsgiveransvar på området.²¹

Ved arbeidsmiljøloven av 2005 ble dessuten lovens formål utvidet. Etter arbeidsmiljøloven § 1-1 er lovens formål blant annet å sikre likebehandling i arbeidslivet, å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetning og livssituasjon samt å bidra til inkluderende arbeidsliv. Lovens formålsbestemmelse sikter til å motvirke diskriminering, tilrettelegging for arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne og tilpasning til den enkeltes livssituasjon, som er særlig viktig for kvinners muligheter til å inkluderes i arbeidslivet.²²

Både aktivitetsplikten og plikten til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er bestå-

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 7.1.4 side 89-91.

²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 5 side 68-72.

ende plikter, og det er i en viss utstrekning en overlapp av regelverkene. Implementering av aktivitetsplikten ved å bygge på eksisterende rutiner for helse-, miljø og sikkerhetsarbeid kan derfor gi effektiviseringsgevinster.

Effektiviseringsgevinster kan dessuten oppnås gjennom vekselvirkninger av ulike tiltak. Tiltak for å fremme et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter kravene i arbeidsmiljøloven kapittel 4 om krav til arbeidsmiljøet kan motvirke trakassering og diskriminering. Samtidig kan tiltak for å motvirke trakassering etter aktivitetsplikten som er hjemlet i diskrimineringslovgivningen bidra til et bedre arbeidsmiljø.

Etter utvalgets syn bør aktivitetsplikten sees i nær sammenheng med det eksisterende systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet i virksomhetene. Reguleringen bør derfor ligge nært opp til kravene til gjeldende plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, slik at aktivitetsplikten kan implementeres i dette systemet dersom arbeidsgiver finner det hensiktsmessig.

Utvalget foreslår at aktivitetsplikten fastsettes i diskrimineringsloven og med tilhørende forskrift. Det vises til forskriftshjemmel tatt inn i lovforslaget § 26 tredje ledd og forslag til forskriftsbestemmelse tatt inn i denne innstillings kapittel 26.

17.2.5.10 Medvirkning av arbeidstakers representanter

Arbeidstakers representanter skal medvirke ved etablering, utførelse og vedlikehold av virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid som kreves etter arbeidsmiljøloven § 3-1. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 3-1 og internkontrollforskriften § 4 andre ledd. Også verneombud og arbeidsmiljøutvalg skal medvirke, jf. arbeidsmiljøloven § 6-2 fjerde ledd og § 7-2 andre ledd bokstav e. Ved implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet vil dermed de tillitsvalgte få en rolle ved utarbeidelse av rutiner for å arbeide for likestilling og mot diskriminering. I en del virksomheter kan dette trolig innebære en utvidelse av de oppgaver som tradisjonelt tillegges de tillitsvalgte. Utvalget mener imidlertid en involvering av de tillitsvalgte vil være en styrke da de tillitsvalgte gjennom sitt apparat i mange tilfeller kan ha gode forutsetninger for å vite «hvor skoen trykker». Effektiv etterlevelse av forpliktelsene er betinget av tilstrekkelig kompetanse og bevisstgjøring. Likestilling og ikke-diskriminering bør

derfor inngå i opplæringen om helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.

17.2.5.11 Håndheving

Ved implementering av arbeidsgivers aktivitetsplikt i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet reises spørsmålet om hvilken myndighet som skal håndheve lovens krav. Alternativene er Likestillings- og diskrimineringsombudet, som i dag håndhever redegjørelsesplikten, eller Arbeidstilsynet som håndhever virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid og arbeidsmiljølovens krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Etter utvalgets vurdering er det både fordeler og ulemper knyttet til å legge håndhevingsmyndigheten til begge disse etatene.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke et tilsynsapparat. Kontakten med virksomhetene skjer gjennom skriftlig korrespondanse. Ombudet har kun et kontor i Oslo, og er således ikke representert i hele landet med personell som oppsøker virksomhetene og fører tilsyn med bedriftene. Ombudet fører i dag kun kontroll med redegjørelsesplikten, en kontroll som utføres gjennom innhenting av årsrapportene. Ombudet fører ikke kontroll med og håndhever ikke aktivitetsplikten. Ombudet har heller ikke myndighet til å gi bindende pålegg ved avvik fra lovens krav. Dersom der skal gis pålegg ved manglende overholdelse av redegjørelsesplikten må saken bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Ombudet har imidlertid kompetanse på diskrimineringssspørsmål og håndheving av redegjørelsesplikten etter gjeldende rett. Ombudet har derimot ikke kompetanse på krav til eller håndheving av arbeidsgivers systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og vil måtte tilegne seg ny kompetanse på feltet. Disse hensynene taler mot at ombudet bør håndheve arbeidsgivers aktivitetsplikt dersom reformforslaget gjennomføres.

Arbeidstilsynet har i motsetning til ombudet et tilsynsapparat over hele landet. Arbeidstilsynets personell har tilgang til virksomhetene, jf. arbeidsmiljøloven § 18-4. Kontroller i bedriftene utføres både etter varslet tilsyn og i form av uvarslede stikkkontroller. Ved avvik fra lovens krav har Arbeidstilsynet myndighet til å gi bindende pålegg om iverksetting av tiltak, som kan gjennomdrives med tvangsmulkt. Dersom det kan føres tilsyn med arbeidsgivers aktivitetsplikt gjennom dette systemet vil man etter utvalgets vurdering kunne oppnå en mer effektiv etterlevelse av regelverket, og det kan også gis pålegg om å utføre tiltak.

Etter utvalgets vurdering vil tilsyn med aktivitetsplikten kunne medvirke til at aktivitetsplikten blir mer effektiv. Et effektivt tilsyn forutsetter at bedriftene underlegges en reell kontroll, og at det kan gis bindende pålegg ved avvik fra regelverkets krav. Disse hensynene taler for at Arbeidstilsynet bør håndheve arbeidsgivers aktivitetsplikt. Et slikt forslag vil imidlertid forutsette både en kompetanseheving om likestilling og ikke-diskriminering, samt at Arbeidstilsynet innretter seg organisatorisk slik at denne kompetansen opprettholdes og at tilsynet med regelverket følges opp. Det vil dessuten være en forutsetning at det tilføres ressurser til Arbeidstilsynet da dette vil innebære utvidet tema for tilsynet. Petroleumstilsynet vil i så tilfelle ha tilsvarende myndighet innen sine tilsynsområder.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at arbeidsgivers aktivitetsplikt skal håndheves av Arbeidstilsynet som ledd i det ordinære tilsynet av virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Det vises til lovforslaget § 48.

17.2.5.12 Gjeldende redegjøringsplikt oppheves

Dersom aktivitetsplikten implementeres i det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet er det spørsmål om virksomhetene fremdeles skal foreta en rapportering i årsberetningen om slike forhold etter diskrimineringslovgivningen, samtidig som slik informasjon skal inngå som en ny plikt i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet og tilhørende dokumentasjonskrav til dette.

Etter utvalgets vurdering bør dobbeltrapportering og en redegjøringsplikt som ikke kan sies å være tilstrekkelig formålstjenlig unngås, både av hensyn til mest mulig hensiktsmessig ressursbruk og regelverkets legitimitet. Spørsmål som må vurderes er derfor hvilke behov redegjøringsplikten skal ivareta, og om de behovene fremdeles i tilstrekkelig grad gjør seg gjeldende ved gjennomføring av forslaget.

Etter regelverket om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er det krav til at arbeidsgiver oppretter systemer for internkontroll av arbeidsmiljøet, og at dette dokumenteres skriftlig. Arbeidstilsynet foretar revisjoner av virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og gjør en vurdering av om foreliggende systemer knyttet til risikovurderinger, tiltak og handlingsplaner tilfredsstillende lovens krav.

Ved å oppheve gjeldende redegjøringsplikt for arbeidsgiver ved innlemming av aktivitetsplikten i det systematiske helse-, miljø- og sikkerhets-

arbeidet blir det mindre byråkrati ved at virksomhetene slipper en rapportering, og får dessuten en myndighet mindre å forholde seg til dersom tilsynet skal utføres av Arbeidstilsynet.

Utvalget har i sin vurdering lagt vekt på at virksomhetene ikke skal pålegges ytterligere plikter enn det som er formålstjenlig. Ved implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet er det etter utvalgets vurdering ikke tilstrekkelig formålstjenlig å opprettholde gjeldende rapporteringsplikt i årsberetningen. Dokumentasjonen som utarbeides i forbindelse med helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet vil gi et bilde av virksomhetenes oppfølging av pliktene. Det vil derfor være denne dokumentasjonen håndhevende myndighet (Arbeidstilsynet eller ombudet) må innhente som ledd i sin kontroll av aktivitetsplikten.

Når arbeidsgiver pålegges nye plikter i henhold til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet kan dessuten hensynet til næringslivets samlede byrder tale for en lemping eller opphevelse av redegjøringsplikten etter diskrimineringslovgivningen. En slik lempning innebærer at virksomhetene kun plikter å levere én rapportering og forholde seg til én myndighet om «samme forhold». Hensynet til næringslivets samlede byrder gjør seg desto sterkere gjeldende når gjeldende redegjøringsplikt ikke vurderes som særlig formålstjenlig ved implementering av aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet og utarbeidelse av dokumentasjon som ledd i dette.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at gjeldende redegjøringsplikt oppheves.

17.3 Aktivitetsplikt for andre pliktsubjekter

17.3.1 Offentlige myndigheter

17.3.1.1 Innledning

Etter utvalgets vurdering bør offentlige myndigheter ha et særlig ansvar for å fremme likeverd og likestilling, samt å fremme diskrimineringslovens formål. Utvalget foreslår derfor at offentlige myndigheters aktivitetsplikt skal omfatte alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

17.3.1.2 Gjeldende rett

Offentlige myndigheter har aktivitets- og redegjøringsplikt for diskrimineringsgrunnlagene kjønn,

etnisitet og funksjonsnedsettelse, jf. likestillingsloven § 1 a, lov mot etnisk diskriminering § 3 a og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3.

Aktivitetsplikten innebærer en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovenes formål. For det offentlige innebærer aktivitetsplikten ikke bare en plikt til å gjennomføre konkrete likestillingstiltak, men også å se til at likestillingshensynet integreres i *all offentlig virksomhet*. Dette innebærer for eksempel å påse at forslag til nytt regelverk er i samsvar med likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, og iverksetting av forvaltningstiltak som har som konkret siktemål å fremme likestilling. Videre innebærer det en plikt til å påse at øvrige forvaltningsvedtak som gjennomføres er i samsvar med likestillingspolitiske hensyn.²³

Redegjøringsplikten er en plikt til å redegjøre for virksomhetens likestillingsarbeid i årsbudsjettet. Når det gjelder offentlige myndigheters redegjøringsplikt er det noe uklart hvilke forhold redegjørelsen omfatter. Forarbeider til likestillingsloven omtaler og eksemplifiserer kun det offentliges funksjon som arbeidsgiver, og ikke dens funksjon som for eksempel tjenesteyter eller som lovgivende og bevilgende myndighet.²⁴ Ombudets veiledning fra 2008 om kommunenes redegjørelser for likestilling omhandler kun kommunenes personalpolitikk. I veiledningen uttales det også at det er «foreløpig noe uklart» hvorvidt redegjøringsplikten også gjelder for offentlige virksomheters tjenesteproduksjon.²⁵ Forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og bestemmelsen om aktivitetsplikt etter lov mot etnisk diskriminering kan imidlertid tolkes slik at redegjøringsplikten også omfatter øvrige tiltak for å fremme de respektive lovenes formål.²⁶ Barne- og likestillingsdepartementet uttaler i sin veileder om aktivitets- og redegjøringsplikten etter alle tre lovene, at offentlige myndigheter skal rapportere om hva de gjør og har gjort for å følge opp aktivitetsplikten innenfor sine virkefelt.²⁷

17.3.1.3 Utvalgets vurderinger og forslag

Spørsmålet for utvalget er hvorvidt offentlige myndigheter bør ha *aktivitetsplikt* på flere av eller alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget finner ikke gode grunner til å stille de ulike diskrimineringsgrunnlagene ulikt i denne sammenheng. En lovfestet aktivitetsplikt for offentlige myndigheter på alle lovens grunnlag er også i samsvar med utvalgets forslag om et grunnlovsfestet vern mot diskriminering, jf. kapittel 25. Utvalgets forslag til grunnlovsbestemmelse vil ikke bare innebære en forpliktelse for statens myndigheter til å sikre at ingen utsettes for diskriminering, men vil etter omstendighetene også måtte forstås som en form for aktivitetsplikt for staten til å arbeide mot diskriminering.

Utvalget viser dessuten til at 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 prinsippet om ikke-diskriminering ivaretas (såkalte positive plikter). Nærmere redegjørelse om positive forpliktelser etter menneskerettskonvensjonene er gitt i punkt 4.2 om internasjonale regler.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at offentlige myndigheter skal ha aktivitetsplikt på alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Aktivitetsplikten vil omfatte det offentlige som lovgiver, tjenesteyter og bevilgende myndighet. Plikten omfatter statlige organer, kommuner og fylkeskommuner. Det vises til lovforslaget § 14.

Offentlige myndigheters aktivitetsplikt vil som i dag innebære en plikt til å utrede likestillingsmessige konsekvenser av lovforslag, og å oppheve lover og forvaltningsvedtak som er i strid med diskrimineringsloven, ivareta hensynet til likestilling og mangfold ved det offentlige tjenestetilbudet, ved vedtak om bevilninger mv.

Utvalget mener derimot at det ikke bør lovfestes en særlig *redegjøringsplikt* knyttet til offentlige myndigheters likestillingsarbeid. Utvalget viser til at det er noe uklart om offentlige myndigheter har en slik plikt etter gjeldende regler, se punkt 17.3.1.2. Utvalget viser også til forslaget om å erstatte *arbeidsgiveres* særlige redegjøringsplikt med en ordning der slik informasjon skal inngå som en ny plikt i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet og tilhørende dokumentasjonskrav til dette, jf. punkt 17.2.5.12.

Utvalget vil bemerke at departementene i dag likevel i statsbudsjettet redegjør for de statlige organenes kjønnslikestillingsarbeid. Med statlige

²³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 4.7 side 19-20 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.4 side 209-211.

²⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 5.6.3 side 25-26.

²⁵ Likestillings- og diskrimineringsombudet: Veiledning til bedre redegjørelse for likestilling, 2008 side 16.

²⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 17.4.3.4 side 247.

²⁷ Barne- og likestillingsdepartementet: Hvordan fremme likestilling og hindre diskriminering, 2009 side 11.

organer menes departementene og underliggende etater som direktorater, råd, ombud mv. Statsbudsjettet er en viktig kilde til informasjon når det gjelder statens aktiviteter og prioriteringer. En rapport fra 2009 utført av Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), om integrering av kjønns- og likestillingsperspektiv i budsjettarbeidet, viser at det har skjedd en utvikling i retning av at kjønnsperspektivet kommer klarere til uttrykk i statsbudsjettet.²⁸ I budsjettene gjøres det rede for departementenes interne personalpolitikk (som arbeidsgiver) i samsvar med likestillingsloven § 1 a. I tillegg gjøres det i varierende grad rede for tiltak som er tenkt gjort for å bidra til likestilling i den aktuelle samfunnssektoren. Sektorpolitikk og ekstern personalpolitikk har fått en mer fremtredende plass enn intern personalpolitikk, men her er det variasjoner mellom departementene. Noe av variasjonene har sammenheng med at kjønns- og likestillingsperspektivet ikke har samme relevans for alle departementers sektoransvar. Kjønns- og likestillingsperspektivet kommer klarest til uttrykk i budsjettproposisjonene til departementer som har ansvar for velferdsstatens tjenester og departementer som har mye tilskuddsforvaltning.

Utvalget vil bemerke at redegjørelsene for kjønnslikestillingsarbeidet utover intern personalpolitikk kan se ut til å være et resultat av en politisk beslutning og likestillingslovens aktivitetsplikt, snarere enn av en vid fortolkning av likestillingslovens redegjørelsesplikt. Siden aktivitets- og redegjørelsesplikten for andre diskrimineringsgrunnlag nettopp har trådt i kraft, har vi ikke tilsvarende undersøkelser med hensyn til etnisitet og funksjonsnedsettelse.

Utvalget mener at tilsvarende redegjørelser som en følge av den utvidede aktivitetsplikten bør gjennomføres også for andre diskrimineringsgrunnlag i loven. Utvalget mener imidlertid at det ikke er hensiktsmessig å lovfeste dette.

17.3.2 Utdanningsinstitusjoners aktivitetsplikt. Krav til læremidler

17.3.2.1 Innledning

Regler som skal sikre likestilling og like muligheter følger av både diskrimineringslovgivningen og lovverket som regulerer skole- og utdanningssektoren. Diskrimineringslovgivningen inneholder både krav om aktivitetsplikt og krav om at læremidler skal bygge på likestilling mellom kjønnene. Lovverket som regulerer skole- og utdan-

ningssystemet inneholder flere bestemmelser om tilrettelegging og likestilling på diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og funksjonsnedsettelse.

Utdanningssystemet er en viktig arena for likestilling. Det er derfor viktig at lovverket er tilstrekkelig til å realisere dette formålet. Utvalget mener det bør foretas en helhetlig utredning av reglene som gjelder for å oppnå likestilling og like muligheter innen utdanningssystemet, som omfatter både sektorlovgivningen og diskrimineringslovgivningen. Utredningen bør inkludere både spørsmålet om det bør innføres en egen aktivitetsplikt for utdanningsinstitusjoner samt om reglene om at læremidler skal bygge på likestilling bør utvides til nye diskrimineringsgrunnlag.

17.3.2.2 Gjeldende rett

Aktivitetsplikt for offentlige myndigheter

Offentlige myndigheter skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling uavhengig av kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne på alle samfunnsområder. Dette følger av likestillingsloven § 1 a, lov mot etnisk diskriminering § 3 a og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3. Aktivitetsplikten for offentlige myndigheter innebærer at likestillingshensyn integreres i all offentlig virksomhet.²⁹ Offentlige utdanningsinstitusjoner har derfor aktivitetsplikt overfor studentene. Dette omfatter skoler i alle trinn, fra grunnskolen til videregående opplæring og studier på universitets- og høyskolenivå.

Når det gjelder redegjørelsesplikten er det uklart hvilke forhold redegjørelsen skal omfatte. Det er uklart hva redegjørelsesplikten for offentlige myndigheter innebærer. Forarbeider til likestillingsloven omtaler og eksemplifiserer kun det offentliges funksjon som arbeidsgiver, og ikke dens funksjon som for eksempel tjenesteyter og lovgivende og bevilgende myndighet.³⁰ Forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og bestemmelsen om aktivitetsplikt etter lov mot etnisk diskriminering kan tolkes slik at redegjørelsesplikten også omfatter øvrige tiltak for å fremme de respektive lovenes formål.³¹ Etter hva utvalget er kjent med er det ikke tatt endelig stilling til dette spørsmålet.

²⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 4.7 side 19-20 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.4 side 209-211.

³⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 5.6.3 side 25-26.

³¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 17.4.3.4 side 247.

²⁸ Difi 2009.

Likestillingslovens krav til læremidler

I skole og annen undervisningsinstitusjon skal læremidler som nyttes bygge på likestilling mellom kjønnene, jf. likestillingsloven § 7.

Bestemmelsen omfatter både offentlige og private skoler og undervisningsinstitusjoner. Også barnehager er forutsatt omfattet av bestemmelsen. Hva som skal regnes for undervisningsinstitusjon beror i noen grad på kjønn, hvor det blant annet legges vekt på hvor fremtredende undervisningsformålet er og om det dreier seg om opplæring som har betydning for videre skolegang.³²

Bakgrunnen for bestemmelsen er at en av skolens oppgaver er å fremme menneskelig likeverd og likestilling. Forbudet mot forskjellsbehandling av kvinner og menn etter likestillingslovens generalklausul etter § 3 omfatter ikke ytringer. Noen generell bestemmelse om forbud mot diskriminerende omtale av det ene kjønn ble ikke foreslått i likestillingsloven. Når det likevel ble foreslått og vedtatt en bestemmelse om dette innen skoleverket skyldes dette at denne sektoren står i en særstilling når det gjelder kjønnsdiskriminerende ytringer.

Lovens krav innebærer et påbud om ikke å omtale det ene kjønn på en nedsettende måte. Kvinner må for eksempel ikke omtales som dumme og menn som voldsomme. Utover dette kreves at lærebøker ved en totalvurdering ikke støtter opp om de tradisjonelle kjønnsrollemønstrene på en ukritisk måte. Hvorvidt lovens krav er oppfylt beror på en skjønnsmessig totalvurdering. Målet er balanse i boka som helhet, ikke nødvendigvis innenfor hvert enkelt kapittel.³³

Likestillingsloven § 7 omfatter bruken av læremidler. Bestemmelsen innebærer ikke et forbud mot verken fremstilling eller salg av læremidler med et innhold som er i strid med lovens krav. Som en følge av dette kan et pålegg fra nemnda kun rettes mot skolen eller undervisningsinstitusjonen som bruker et læremiddel i strid med loven i undervisningen.³⁴

Krav etter skole- og utdanningslovgivningen

Lovverket som regulerer opplærings- og undervisningsvirksomhet inneholder flere spredte

bestemmelser om likestilling og likeverd, samt krav om tilrettelegging. Disse bestemmelsene gjelder for diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og funksjonsnedsettelse.

Som eksempler kan nevnes opplæringslovens formålsbestemmelse, § 1-2 tredje ledd, som fastslår at opplæringen i grunnskolen og den videregående opplæringen skal fremme blant annet menneskelig likeverd og likestilling. Opplæringsloven omfatter grunnskoleopplæring og videregående opplæring i offentlige skoler og lærebedrifter, dersom ikke annet er fastsatt ved lov, jf. § 1-1 første ledd.

Etter privatskoleloven er formålet å utvise respekt for menneskerettighetene, grunnleggende friheter, og å forberede elevene 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 og urfolk, jf. § 1-1 andre ledd bokstav b og d.

Opplæringsloven inneholder også bestemmelser om plikt for skolen til å gripe inn dersom en elev blir utsatt for diskriminering, jf. § 9 a-3. Etter denne bestemmelsen skal skolen aktivt og systematisk arbeide for å fremme et godt psykososialt miljø der den enkelte eleven kan oppleve trygghet og sosial tilhørighet. Dersom noen som er ansatt ved skolen får kunnskap om at en elev blir utsatt for krenkende ord eller handlinger som mobbing eller diskriminering, vold eller rasisme, skal vedkommende snarest undersøke saken og varsle skoleledelsen, og dersom det er nødvendig og mulig, selv gripe direkte inn. Opplæringslovens kapittel 9 a gjelder også for elever i private skoler godkjent etter privatskoleloven, jf. privatskoleloven § 2-4 andre ledd.

Opplæringsloven forbyr inndeling av elever på grunnlag av kjønn og etnisk tilhørighet, jf. § 8-2. Tilsvarende bestemmelse er inntatt i privatskoleloven § 3-4 andre ledd.

Universitetsloven, som gjelder for universiteter og høyskoler, jf. § 1-2, stiller krav til læringsmiljø, jf. § 4-3. Ved utformingen av det fysiske læringsmiljø skal det, så langt det er mulig og rimelig, sørges for at lokaler, adkomstveier, sanitæranlegg og tekniske innretninger er utformet på en slik måte at funksjonshemmede kan studere ved institusjonen, at læringsmiljøet er innrettet for studenter av begge kjønn, og læringsmiljøet er utformet etter prinsippet om universell utforming, jf. § 4-3 andre ledd bokstavene g til i.

³² Ot.prp. nr. 33 (1974-75) kapittel 4 side 59-60.

³³ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) kapittel 3.4 side 39-43.

³⁴ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) kapittel 3.4 side 42-43.

Utredning av minoritetsspråkliges opplæringstilbud

Oktober 2008 satt Kunnskapsdepartementet ned et utvalg som har i mandat å foreta en helhetlig gjennomgang av opplæringstilbudet for minoritetsspråklige i barnehage, skole og høyere utdanning. Gjennomgangen skal blant annet legge forholdene bedre til rette for at minoritetsspråklige barn, unge og voksne i grunnopplæringen får en likeverdig opplæring, et best mulig læringsutbytte og læringsmiljø, samt at det legges et godt grunnlag for at minoritetsspråklige kan delta i arbeidsliv og/eller høyere utdanning.

Utvalget skal vurdere om nåværende ansvarsforhold, virkemidler og tiltak sikrer inkluderende og likeverdig opplæringstilbud/utdanning. Dette innebærer blant annet en gjennomgang av organiseringen og innholdet i opplæringen, samt juridiske og økonomiske rammebetingelser for opplæring av minoritetsspråklige barn, unge og voksne. På bakgrunn av vurderingene skal det foreslås eventuelle endringer og tiltak som bidrar til å øke kunnskapen om, og som skal gi bedre læringsutbytte for minoritetsspråklige på alle nivåer.³⁵ Utvalget skal levere sin utredning innen 1. juni 2010.

17.3.2.3 Utvalgets vurderinger og forslag

Innen utdanningssystemet har vi en rekke bestemmelser som skal fremme likestilling og like muligheter. Bestemmelsene er spredt på ulike lover og har ulikt anvendelsesområde. Bestemmelsene omhandler diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og funksjonsnedsettelse, ikke lovens øvrige diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget foreslår at offentlige myndigheter skal ha aktivitetsplikt på alle lovens diskrimineringsgrunnlag, jf. punkt 17.3.1. Dersom dette følges opp vil offentlige skoler få aktivitetsplikt på alle lovens grunnlag. Private skoler faller imidlertid utenfor reglene om aktivitetsplikt.

Utvalget foreslår ikke nye regler om aktivitetsplikt for utdanningsinstitusjoner eller krav til læremidler. Gjeldende krav etter likestillingsloven om at læremidler skal bygge på likestilling mellom kjønnene videreføres. Det vises til lovforslaget § 17.

Utvalget mener imidlertid at det bør foretas en særskilt utredning av regelverket innen utdanningssystemet, hvor det gjøres en samlet vurde-

ring av sektorlovgivningen og diskrimineringslovgivningen.

Utredningen bør inkludere spørsmålet om det bør innføres en særlig aktivitetsplikt for utdanningsinstitusjoner, og på hvilke diskrimineringsgrunnlag en slik aktivitetsplikt skal gjelde. Det bør også vurderes i hvilket lovverk reglene skal plasseres, spørsmålet om håndheving, og hvorvidt det skal inntas regler i sektorlovgivningen som korresponderer med diskrimineringslovgivningen. Utredningen bør omfatte sammenhengen mellom diskrimineringslovgivningen og skole- og utdanningslovgivningen, og påse at eventuelle «huller» i lovgivningen tettes.

Kravet om at læremidler skal bygge på likestilling mellom kjønnene er en viktig bestemmelse som etter utvalgets vurdering ikke bør oppheves. Bestemmelsen er viktig for å sikre at skolen ivaretar sin oppgave med å fremme menneskelig likeverd og likestilling. Bestemmelsen har også blitt håndhevet av ombudet og nemnda.³⁶ Likestillingsloven § 7 er avgjørende for at ombudet og nemnda kan gripe inn overfor skoler som benytter læremidler i strid med bestemmelsen, da det generelle diskrimineringsforbudet ikke omfatter ytringer.

Når det gjelder krav til læremidler er det etter utvalgets vurdering flere spørsmål som reises. Et spørsmål er hvorvidt kravet til at læremidler skal bygge på likeverd bør utvides til alle eller flere av lovens diskrimineringsgrunnlag. Utvalget vil ikke se bort fra at det kan være et behov for et slikt vern for enkelte diskrimineringsgrunnlag. Et annet spørsmål er hvor kravet til læremidler bør reguleres. Alternativer er etter utvalgets oppfatning diskrimineringslovgivningen eller sektorlovgivningen. Utredningen bør også omfatte tilrettelegging av læremidler for å gjøre disse tilgjengelige for flere, for eksempel personer med funksjonsnedsettelse og minoritetsspråklige. Dette reiser imidlertid problemstillinger knyttet til opphavsrettigheter til åndsverk som også bør utredes. Det vises for øvrig til punkt 18.5.4.2 om universell utforming i utdanningsinstitusjoner.

17.3.3 Arbeidslivets organisasjoner

17.3.3.1 Innledning

Utvalget har vurdert om den særlige aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner skal videreføres. Etter utvalgets vurdering er det viktig med aktivitet fra alle partene i arbeidslivet, da de

³⁵ http://www.regjeringen.no/upload/KD/Vedlegg/Grunnskole/minoritetssprakutvalg_mandat.pdf

³⁶ Se eksempel nemndas saker nr. 1/2001 og 1/2003.

står i ulike posisjoner og har påvirkningsmulighet innenfor sine respektive områder. Utvalget har vurdert aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner i sammenheng med utvalgets forslag om at arbeidsgivers aktivitetsplikt skal implementeres i det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. Utvalget mener at aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner bør utøves i sammenheng med dette arbeidet, og foreslår derfor at aktivitetsplikten oppheves i sin gjeldende form.

17.3.3.2 Gjeldende rett

Arbeidslivets organisasjoner har aktivitetsplikt på diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og funksjonsnedsettelse. Dette følger av likestillingsloven § 1 a andre ledd, lov mot etnisk diskriminering § 3 a andre ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 andre ledd.

Aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner omfatter deres virksomhet som part i tariffavtaler eller som interesseorganisasjon for arbeidsgivere og arbeidstakere. Aktivitetsplikten må ses i sammenheng med avtaleforhandlinger og muligheter til å drive holdningsskapende arbeid overfor egen medlemsmasse.³⁷ Et eksempel på tiltak arbeidslivets organisasjoner kan gjennomføre er kartlegging av lønnsforskjeller mellom kvinner og menn, med sikte på å avdekke eventuelle kjønnsdiskriminerende forskjeller.³⁸ Andre eksempler på aktivitetspliktens innhold for arbeidslivets organisasjoner er å avholde kurs, seminarer og annen informasjonsvirksomhet til medlemmene.³⁹

Aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner ble lovfestet i likestillingsloven i 2002. Da likestillingsloven ble vedtatt hadde den en bestemmelse om at offentlige myndigheter skulle legge forholdene til rette for likestilling. Lovendringen innebar at også arbeidslivets parter ble ilagt en aktivitetsplikt, samt at plikten ble skjerpet fra å legge forholdene til rette for likestilling til å arbeide aktivt for likestilling. Lovendringen var begrunnet i at arbeidslivet er ansett som en viktig arena, hvor muligheten for å gjennomføre likestilling mellom kjønnene henger tett sammen med situasjonen og utviklingen på området. Det ble vist til at partene i arbeidslivet derfor har store muligheter til å legge føringer på og skape fremdrift i likestillingsarbeidet.⁴⁰

Aktivitetsplikt etter lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ble innført med virkning fra 1. januar 2009. Reglene tilsvarende aktivitetsplikten etter likestillingsloven.

17.3.3.3 Utvalgets vurderinger og forslag

Utvalget foreslår at organisasjonenes likestillingsarbeid for alle lovens grunnlag bør utøves som ledd i det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet og arbeidstakernes medvirkning til dette, se punkt 17.2.5.10. Aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner i sin nåværende form oppheves.

Organisasjonenes arbeid for likestilling som ledd i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet blir som en følge av dette forslaget utvidet til alle lovens oppregnede diskrimineringsgrunnlag. Forslaget innebærer at arbeidstakers representanter skal medvirke ved etablering, utførelse og vedlikehold av virksomhetenes helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid hvor aktivitetsplikten implementeres. Gjennom dette reformforslaget tillegges de tillitsvalgte og arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene en rolle i arbeidet for likestilling og like muligheter i arbeidslivet.

Etter utvalgets vurdering er det flere problemer knyttet til aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner, slik den er utformet i dag. Ombudet har ikke myndighet til å håndheve aktivitetsplikten. I tillegg er innholdet i plikten etter utvalgets vurdering uklart og lite konkret. Disse forholdene kan svekke aktivitetspliktens effektivitet.

Forslaget vil føre til at arbeidslivets organisasjoner involveres i arbeidet som del av sin virksomhet, gjennom rådgivning til og opplæring av tillitsvalgte og medlemsbedrifter, utarbeiding av retningslinjer med videre, slik at intensjonen om at arbeidslivets parter kan og skal legge føringer på og skape fremdrift i likestillingsarbeidet ivaretas. Det er derfor utvalgets oppfatning at en opphevelse av aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner i sin gjeldende form ikke vil svekke dagens diskrimineringsvern i strid med mandatet.

Utvalget vil dessuten tilføye at partene i arbeidslivet uansett må se hen til lovgivningen og holde seg innenfor lovens rammer ved inngåelse av tariffavtaler. En tariffavtale i strid med ufravikelig lovgivning er ugyldig. Arbeidslivets organisasjoner må derfor, uavhengig av aktivitetsplikten,

³⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 4.7.1 side 19.

³⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 4.7.1 side 20.

³⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.4 side 210.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 4.7.1 side 19.

sørge for å ikke inngå tariffavtaler i strid med diskrimineringslovgivningen.

17.4 Representasjon i offentlige utvalg

17.4.1 Innledning

Regler om kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg er tatt inn i likestillingsloven. Tilsvarende krav er ikke lovfestet på øvrige diskrimineringsgrunnlag. Etter utvalgets vurdering bør det være en målsetning at de grupper en utredning eller liknende angår, så langt mulig bør være representert i utvalg mv. Utvalget foreslår imidlertid ikke at denne målsetningen lovfestes.

17.4.2 Gjeldende rett

17.4.2.1 Likestillingsloven

Likestillingsloven § 21 stiller krav til kjønnsrepresentasjon når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder med videre. Dersom utvalget har to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert. Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to. Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre. Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har utvalget flere enn ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent. Reglene gjelder både for medlemmer og varamedlemmer.

Det kan gjøres unntak fra kravet til kjønnsrepresentasjon når det foreligger særlige forhold som gjør det åpenbart urimelig å oppfylle kravene, jf. § 21 andre ledd. Likestillingsloven § 21 gjelder ikke for utvalg mv. som etter lov bare skal ha medlemmer fra direkte valgte forsamlinger. For utvalg mv. valgt av folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner gjelder bestemmelsene i kommuneloven.⁴¹

Likestillingsloven § 21 håndheves av Barne- og likestillingsdepartementet. Håndhevingen av bestemmelsen baseres på at det søkes om dispensasjon hvis lovens krav til kjønnsrepresentasjon skal fravikes. Loven inneholder ingen sanksjoner

for tilfeller hvor det er oppnevnt utvalg som ikke fyller kravene til kjønnsbalanse og hvor søknad om dispensasjon ikke er forelagt departementet.

Kravet til kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg mv. kom inn i likestillingsloven ved en lovendring i 1981. Bestemmelsen ble begrunnet med at økt kvinnerepresentasjon var et rettferdskrav og et samfunnsbehov. Det ble understreket at kvinners særinteresser stort sett ivaretas bedre av kvinner enn av menn, og at kvinner ofte har en annen erfaringsbakgrunn enn menn.⁴²

17.4.2.2 Øvrige regler om kjønnsrepresentasjon

Også i øvrig lovverk har vi regler som stiller krav til kjønnsrepresentasjon. Aksjeloven § 20-6 og allmennaksjeloven § 6-11 a stiller krav om at hvert kjønn skal være representert med minst 40 prosent. Aksjeloven § 20-6 gjelder tilsvarende for styrets sammensetning i statsforetak, jf. statsforetaksloven § 19.

Etter stiftelsesloven § 27 a gjelder likestillingsloven § 21 tilsvarende når staten, en fylkeskommune eller kommune oppnevner hele styret i en stiftelse. Når staten, en fylkeskommune eller kommune oppnevner deler av styret i en stiftelse, gjelder første punktum tilsvarende i forhold til de styremedlemmene dette gjelder.

Kommuneloven inneholder krav til kjønnsrepresentasjon i komiteer og utvalg. Etter kommuneloven § 10 a skal kommunestyrekomiteer og fylkestingskomiteer sammensettes forholdsmessig etter den kjønnsmessige fordeling blant de som skal velges. Kommuneloven § 16 inneholder regler om kjønnsrepresentasjon ved opprykk og nyvalg.

17.4.3 Utvalgets vurderinger og forslag

Utvalget har vurdert hvorvidt gjeldende krav til kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg bør utvides til nye diskrimineringsgrunnlag.

Likestillingsloven § 21 har nylig blitt evaluert etter oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet.⁴³ Evalueringen avdekker blant annet at dispensasjonsadgangen er lite brukt. 37 prosent av alle utvalg som er oppført i Fornyings- og administrasjonsdepartementets organbase oppfyller ikke likestillingslovens krav til kjønnsbalanse. De fleste departementer har utvalg som på innrappor-

⁴¹ Fortolkningen og praktiseringen av likestillingsloven § 21 er utdypet ved forskrift 2. februar 1996 nr. 110 om representasjon av begge kjønn i statlige utvalg, styrer, råd, delegasjoner m.v. – regler om håndheving og rapportering, og rundskriv Q-4/2005 om representasjon av begge kjønn i offentlig oppnevnte utvalg, styrer, råd, delegasjoner mv – regler om håndheving.

⁴² Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 10.2 side 60.

⁴³ Mc Climans og Langvassbråten 2009.

teringstidspunktet til organbasen ikke var i samsvar med likestillingsloven § 21.

Som ledd i evalueringen av likestillingsloven § 21 ble det foretatt spørreundersøkelser blant departementene, hvor det ble stilt spørsmål om ulike sider ved praktiseringen av bestemmelsen. Spørreundersøkelsen viste at praktiseringen ikke er helt uten problemer. Nær halvparten av de spurte sier seg nokså enig i en påstand om at det er problematisk å etterleve kravene. Flest respondenter oppgir større problemer med å rekruttere kvinner enn menn. Departementene balanserer også kravene etter likestillingsloven § 21 mot andre hensyn og interesser, som i enkelte tilfeller kan komme i konflikt. Både hensynet til andre utvalgsmedlemmers kvalifikasjoner, hensynet til at nødvendige interesser blir representert og hensynet til geografisk spredning blant utvalgsmedlemmene er de hensyn som i størst grad kan komme i konflikt med likestillingsloven § 21.

Evalueringen skal følges opp av Barne- og likestillingsdepartementet.

Utvalget mener det bør være en målsetning at grupper som blir berørt av en utredning, vedtak eller liknende så langt mulig bør være representert i de utvalg og råd som behandler slike saker. Dette er et viktig prinsipp av hensyn til utsatte gruppers deltakelse i demokratiet, og at deltakelsen skal være reell og ikke formell. Utvalget er imidlertid ikke kjent med statistikk eller annen oversikt over representasjon i offentlige utvalg mv. for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn.

Med berørte grupper menes de det direkte angår, eller de som har en særlig interesse i de spørsmål det enkelte utvalg skal utrede eller arbeide med. For eksempel vil personer med funksjonsnedsettelse være en berørt gruppe når spørsmål knyttet til levekårene for personer med funksjonsnedsettelse og inkluderende arbeidsliv skal vurderes. Dette gjelder også når for eksempel spørsmål knyttet til plan- og bygningsloven skal utredes, da det kan ha stor betydning for tilgjengelighet.

Personer med funksjonsnedsettelse er en særlig underrepresentert gruppe i offentlige utvalg, styrever og råd. Hensynet til universell utforming, tilgjengelighet og deltakelse vil være viktig på de fleste samfunnsområder. Vi vet også at blant annet fysiske barrierer, tilgjengelighet til informasjon og holdninger er med på å stenge personer med funksjonsnedsettelse ute fra slik deltakelse. I diskusjonen om diskriminerte gruppers deltakelse og eventuelt kvotering i demokratiske organer som kommunestyre, fylkesting og Storting

er personer med funksjonsnedsettelse så å si usynliggjort. Dette til tross for at de fleste undersøkelser anslår at denne gruppen utgjør nærmere 20 prosent av befolkningen.

Utvalget mener at en bred representasjon, som omfatter alle diskrimineringsgrunnlag, i offentlige utvalg mv. bør være en målsetning. Utvalget innser imidlertid at det vil være vanskelig å lovfeste slik representasjon i styrever, råd, utvalg og politiske organer. Etter utvalgets vurdering vil en slik bestemmelse være vanskelig å regulere, da det kan være tale om veldig ulike grupper som vil være å anse som berørte i ulike sammenhenger. Videre kan for mange rigide krav til sammensetning, som skal ivareta flere hensyn, gjøre etterlevelse av regelverket vanskelig. Dette poenget er også påpekt i den nylig gjennomførte evalueringen av likestillingsloven § 21.⁴⁴

Noe av den eksisterende skjevheten kan imidlertid avhjelpest ved at det tas inn i utredningsinstruksen at forholdet til alle diskrimineringsgrunnlagene skal utredes ved vurdering av nye forslag, i tillegg til nåværende bestemmelse som kun omfatter likestilling mellom kjønnene. Det bør stilles krav om at utelatelse av likestillingsmessige konsekvenser skal grunngis.

Utvalget vil dessuten påpeke at offentlige myndigheter etter utvalgets forslag skal ha aktivitetsplikt på alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Et naturlig element i aktivitetsplikten vil være å vurdere sammensetningen av de utvalg det offentlige nedsetter, herunder gjøre bruk av bred rekruttering fra ulike grupper.

På denne bakgrunn vil utvalget ikke foreslå en lovfestet representasjonsregel for offentlige utvalg mv. for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn. Gjeldende regel om kjønnsrepresentasjon videreføres. Det vises til lovforslaget § 15.

17.5 Offentlige anskaffelser

17.5.1 Innledning

Offentlig sektor har i kraft av sin posisjon som innkjøper en mulighet for å stille krav til de bedriftene de offentlige kjøper varer og tjenester fra. Å stille krav til leverandører av varer og tjenester til offentlig sektor om at leverandører ikke diskriminerer på grunn av for eksempel kjønn, etnisitet eller funksjonsnedsettelse, er et virkemiddel i noen land. Utvalget drøfter på denne bakgrunn om diskrimineringsvernet kan styrkes ved å stille

⁴⁴ Mc Climans og Langvassbråten 2009 side 11.

krav i forbindelse med offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår at leverandørens egenerklæring om helse-, miljø og sikkerhet i forbindelse med tilbud blir utvidet til å omfatte oppfyllelse av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven.

17.5.2 Gjeldende rett

Regelverket om offentlige anskaffelser skal sikre at offentlige midler blir best mulig utnyttet gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser er med på å utvikle et konkurransedyktig norsk næringsliv.

Lov om offentlige anskaffelser gir regler om fremgangsmåten ved offentlige anskaffelser. Loven skal sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, jf. lovens § 1. Lovens regler er utfyllt i forskrifter, blant annet forskrift om offentlige anskaffelser.

Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, jf. § 2. For rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektoren (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) gjelder loven i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt til loven. Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, jf. § 3.

Oppdragsgiveren har rett og, i nærmere angitte situasjoner plikt, til å avvise tilbud på visse grunnlag, blant annet på grunn av forhold ved tilbudet.

Oppdragsgiver *skal* avvise tilbud der dokumentasjon (egenerklæring) om oppfyllelse om at krav til helse, miljø og sikkerhet (HMS) ikke er oppfylt, jf. forskriften § 3-4, § 8-8, § 17-15, § 11-10 første ledd bokstav c og § 20-12 første ledd bokstav c. Oppdragsgiver har ifølge egenerklæringen adgang til å gjennomgå og verifisere leverandørens HMS-system. Oppdragsgiver skal også avvise leverandører som oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, jf. forskriften § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e.

Oppdragsgiveren *kan* avvise leverandører på andre grunnlag, blant annet er det adgang til å avvise leverandører som i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse av faglige og etiske krav, jf. forskriften § 11-10 andre ledd bokstav e og

§ 20-12 andre ledd bokstav e. Det er ikke krav om at det må foreligge rettskraftig dom, men det må foreligge objektive bevis for bruddene.⁴⁵ Det er også adgang til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, jf. forskriften § 11-10 andre ledd bokstav c og § 20-12 andre ledd bokstav c.

Det er adgang til å ta sosiale hensyn ved gjennomføring av kontrakten, jf. forskriften § 3-11 andre ledd og § 3-12.

Offentlige oppdragsgivere skal ta hensyn til universell utforming når de planlegger den enkelte anskaffelsen, jf. lovens § 6 og forskriften § 3-1 åttende ledd. Det er sentralt at plikten til å ta hensyn til universell utforming blir pålagt nettopp i planleggingsfasen, da det er i denne delen av anskaffelsesprosessen oppdragsgiver har best forutsetning for å vurdere hvilke hensyn og funksjoner anskaffelsen skal oppfylle. Bestemmelsen legger ikke føringer på bestemte fremgangsmåter eller løsninger, men overlater til oppdragsgiver å vurdere hvordan hensynet til universell utforming best kan ivaretas.

17.5.3 EUs regler om offentlige anskaffelser

EUs direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhetsdirektivet) og EUs direktiv 2004/18/EF om offentlige anskaffelser inngår i EØS-avtalen. Disse direktivene er gjennomført i norsk rett i lov om offentlige anskaffelser. Reglene bygger på prinsippene om fri konkurranse, forutsigbarhet, gjennomsiktighet og etterprøvarhet. Utvelgelse av kvalifiserte tilbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive kriterier. Leverandører eller oppdragstakere har krav på å bli behandlet likt ut fra på forhånd fastlagte kriterier.

Det er etter EU-retten mulighet for å ta hensyn til sosiale aspekter ved offentlige anskaffelser. Oppdragsgiverne har stor frihet til å bestemme hva de skal kjøpe, herunder å velge varer, tjenestetelser eller arbeider som svarer til deres ideer på det sosiale området, så lenge dette valget ikke begrenser adgangen til markedet til skade for tilbudsgivere fra andre medlemsstater. EU-direktivene muliggjør utelukkelse av tilbudsgivere på grunnlag av de kriterier som er oppregnet, blant annet på grunn av alvorlige feil i yrkesutøvelsen. Begrepet alvorlig feil er ikke definert i EU-lovgivningen eller i rettspraksis. Det er opp til medlemsstatene å avgrense begrepet i nasjonal rett og

⁴⁵ Se Rettleiar om offentlege anskaffingar punkt 13.2.2. Fornyings- og administrasjonsdepartementet, P-0933 N side 159.

blant annet avgjøre om manglende overholdelse av sosiale forpliktelser skal utgjøre en alvorlig feil.⁴⁶

For øvrig er det først og fremst på utførelsesstadiet, det vil si etter kontraktstildeling, at en offentlig kontrakt kan være middel til å fremme sosiale målsettinger. Sosiale målsettinger kan fremmes ved å anvende kontraktsbestemmelser eller betingelser for utførelse av kontrakten, forutsatt at dette skjer innenfor fellesskapsretten og især at de verken har direkte eller indirekte diskriminerende virkninger i forhold til tilbydere fra andre medlemsstater.⁴⁷

17.5.4 Utenlandsk rett

Bruk av vilkår om ikke-diskriminering i forbindelse med offentlige anskaffelser er kjent fra flere andre land. Nedenfor gis en kort oversikt over regler mv. om dette i noen utvalgte land.

17.5.4.1 Sverige

I Sverige ble det 20. april 2006 innført en forordning («förordning om antidiskrimineringsvilkår i opphandlingskontrakt», 2006:260). Gjennom forordningen pålegges 30 statlige myndigheter å anvende ikke-diskrimineringsvilkår i sine kontrakter. Forordningen ble gjort gjeldende både for offentlige anskaffelser og anskaffelser innen forsyningssektoren. Formålet med reglene var å øke bevisstheten og etterlevelsen av diskrimineringslovene. Vilkårene skal stilles for utførelsesfasen av kontrakten. Konkurrentverket har gitt veiledning om anvendelsen av reglene, blant annet om hvilke vilkår som bør settes, hvordan vilkårene kan følges opp, sanksjoner ved brudd på vilkårene, mv.⁴⁸

Forordningen ble imidlertid opphevet 1. januar 2009 etter en evaluering utført av Konkurrentverket.⁴⁹ Evalueringen viste at regelen ikke hadde blitt etterlevd etter forutsetningene. Konkurrentverket viste også til at forordningen hadde visse negative effekter, særlig for små og mellomstore foretaks mulighet til å komme med tilbud. Ifølge Konkurrentverket fulgte flertallet av myndighetene ikke opp vilkårene.

⁴⁶ KOM (2001) 566 endelig, punkt 1.3.1 side 11.

⁴⁷ KOM (2001) 566 endelig, punkt 1.6 side 15-17.

⁴⁸ Konkurrentverkets författningssamling KKV FS 2008: 1, 15. juli 2008.

⁴⁹ Konkurrentverket: Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen, desember 2008.

17.5.4.2 USA

I USA er det lovfestet at alle foretak som inngår en avtale med den føderale regjeringen om en offentlig anskaffelse av en verdi av mer enn 10 000 USD per år, skal binde seg til ikke å diskriminere arbeidssøkere eller arbeidstakere på grunn av kjønn, rase, hudfarge, religion eller nasjonal opprinnelse. Dette følger av Executive Order 11246. Dessuten er det krav om at alle leverandører og underleverandører med anskaffelse for en verdi på mer enn 50 000 USD og med over 50 ansatte, skal utarbeide mangfoldsplaner for sine virksomheter. Office of Federal Contract Compliance Program håndhever reglene. Det er tilgang til flere sanksjoner, blant annet å utelukke leverandører fra å delta i senere konkurranser om offentlige kontrakter.

Vilkår om ikke-diskriminering er også vanlig på delstatsnivå. Denne lovgivningen speiler stort sett de føderale reglene.

Vilkår om ikke-diskriminering har vært brukt i USA siden 1941, da det ble innført i forsvarsindustrien for å hindre diskriminering av svarte arbeidstakere. I begynnelsen var vilkåret at leverandøren/entreprenøren erklærte at han ikke hadde til hensikt å diskriminere, uten at det konkret var gitt råd om hvordan diskriminering skulle forhindres. Etter hvert utviklet avtalevilkårene seg til å omfatte mulighet for å heve kontrakten samt et krav om såkalte «affirmative actions», det vil si at virksomhetene skulle ta i bruk aktive tiltak for å fremme like ansettelsesmuligheter. Vilkårene om ikke-diskriminering ble styrket når rase- og kjønnsdiskriminering ble forbudt da Civil Rights Act ble vedtatt i 1964. Kjønnsdiskriminering ble da tatt inn i vilkårene. Det ble etter hvert oppstilt krav om bestemte mål om like ansettelsesmuligheter og tidsfrister for å oppnå målene. Ordren ble også utvidet til å gjelde personer med funksjonsnedsettelse. Dette virkemiddelet ble nevnt som USAs føderale Contract Compliance Program. Forskningsanalyser viser at USAs føderale Contract Compliance Program har hatt stor betydning for å fremme like ansettelsesmuligheter for kvinner og etniske minoriteter.⁵⁰

17.5.4.3 Canada

Som et supplement til den canadiske Employment Equality Act (EEA), loven om likebehandling i arbeidslivet, er det utarbeidet et program for føde-

⁵⁰ Integrationsverkets rapportserie 2000:7 Ingen diskriminering med skattemedel! side 10.

rale leverandører om at de skal følge EEA. Alle organisasjoner med mer enn 100 ansatte og som vil delta i en føderal anbudskonkurranse verdt 200 000 CAD eller mer, må erklære at EEAs retningslinjer er en del av deres anbud. Oppfyllelsen av dette vilkåret kan granskes. Viser gransknin-gen brist i oppfølgingen, kan dette resultere i ulike sanksjoner, blant annet utestengning fra fremtidige anbudskonkurranser.

På samme måte som i USA finnes lover og til-syn også på provinsnivå. Iblant kan provinsene ha den strengeste lovgivningen, mens lovgivningen på provinsnivå i andre tilfeller speiler den føderale lovgivningen. I provinsen Ontario angir eksempel-vis loven et vilkår om at leverandøren ikke bryter forbudet mot diskriminering i arbeidslivet. Det samme gjelder delstatlige bidrag, donasjoner, lån eller garantier. En overtredelse av diskrimine-ringsforbudet som bryter med vilkåret angis der-etter som tilstrekkelig grunn til å heve avtalen, bidraget, donasjonen, lånet eller garantien. Over-tredelsen gir også delstaten rett til å unnlate å inngå nye avtaler med denne leverandøren eller yte andre bidrag, donasjoner, lån eller garantier til denne personen.

17.5.4.4 Storbritannia

Siden 1969 har alle statlige avtaler i Storbritannia inkludert et vilkår om at alle leverandører skal treffe rimelige tiltak for å se til at deres ansatte og underleverandører følger reglene i Race Relations Act. Det har imidlertid ikke vært etablert noe sys-tem for oppfølging og tilsyn med slike avtalevilkår.

På lokalt nivå introduserte Greater London Council «contract compliance», ved at leverandø-rer skulle påta seg å følge diskrimineringslovene som da gjaldt for kjønn og etnisitet. I 1988 ble den lokale retten til å bruke slike vilkår begrenset til å følge reglene i Racial Equality Act. Ifølge Commis-sion for Racial Equality (CRE)⁵¹ bør lokalpoliti-kerne først bestemme om de vil utvikle en inn-kjøpsstrategi for like ansettelsesvilkår uavhengig av etnisk bakgrunn. I strategien skal det inngå et tydelig krav på tiltak for å gjennomføre like anset-telsesmuligheter, kvalitet og valuta for pengene i en innkjøpssammenheng. Klare regler og krav skal settes, og man skal være objektiv og konse-kvent i anvendelsen av reglene. CRE foreslår et sett av avtalevilkår. CRE har publisert to veiledere

⁵¹ Human Rights Commission har fra 2007 overtatt arbeidsom-rådene til Commission for Racial Equality, Disability Rights Commission og Equal Opportunities Commission.

om hvordan lokale myndigheter og andre offent-lige oppdragsgivere kan bruke avtalevilkår for å stimulere til etnisk likestilling.⁵²

17.5.5 Utvalgets vurdering

17.5.5.1 Problemstilling

Utvalget mener at offentlige anskaffelser bør benyttes for å styrke etterlevelsen av diskrimine-ringsreglene. Store deler av fellesskapets midler brukes i offentlige anskaffelser. I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for over 250 milliarder kroner hvert år.⁵³ Det offentlige har derfor gjen-nom sine innkjøp en stor mulighet til å påvirke markedet. Ved å sette krav i sine anskaffelser vil det offentlige gjennom denne markedskraften kunne bidra til å styrke bedriftenes likestillingsar-beid. Offentlige anskaffelser bør bygge opp under hensyn til likestilling og ikke-diskriminering som en etisk standard.

På den annen side er det også betenkeligheter knyttet til å innarbeide samfunnsmessige krav i reglene om offentlige anskaffelser. Oppdragsgi-ver i det offentlige skal først og fremst ivareta de grunnleggende forretningsmessige og innkjøps-faglige hensyn. Å ivareta samfunnsmessige hen-syn vil kunne komme i strid med disse hensy-nene, og påføre oppdragsgiverne ekstraarbeid og økt ressursbruk. Oppdragsgiver kan også mangle faglig kompetanse som er nødvendig for å ivareta samfunnsmessige hensyn.

17.5.5.2 Mulige tiltak

Utvalget har vurdert hvordan ikke-diskriminering kan fremmes gjennom reglene om offentlige anskaffelser. Utvalget har vurdert flere mulige løsninger. I dag er det lovfestet at oppdragsgi-verne skal ta hensyn til universell utforming. En viktig premis for utvalget er at tiltak mot diskri-minering i sammenheng med offentlige anskaffel-ser bør knyttes til flere av diskrimineringsgrunn-lagene i en samlet diskrimineringslov.

Hensyn til ikke-diskriminering i diskrimine-ringslovens forstand kan tas i flere faser av en anskaffelsesprosess. Slike hensyn kan tas når det

⁵² Commission for racial Equality, Race Equality and Public Procurement: A guide for Public Authorities and Contractors (published July 2003) and Commission for Racial Equality, Race Equality and Public Procurement in Local Govern-ment: A guide for Authorities and Contractors (published July 2003).

⁵³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/Tema/konkurransopolitikk/Listeside-konkurransopolitikk/regelverket-for-anskaffelser.html?id=445762>.

gjelder konkurranseform og konkurransegrunnlag, utlysning, tilbud, utvelgelse og eventuell avvisning av leverandører. Det samme gjelder kontraktsinngåelse og utførelse av oppdraget eller leveringen av den ytelsen oppdraget omfatter.

En mulighet er å legge til rette for at sosiale hensyn kan tas i utførelsesfasen, det vil si etter kontraktsinngåelsen. EF-domstolen har i en prejudisiell avgjørelse uttalt at et kontraktsvilkår som stiller krav, men som ikke følges av en mulighet for kontroll med at informasjonen i anbudet er korrekte, strider mot prinsippene i EU-retten.⁵⁴ Erfaringer fra Sverige viste at vilkårene ikke ble fulgt opp av oppdragsgiverne. Det bør ifølge de svenske erfaringer være frivillig for oppdragsgiverne om de vil ta i bruk slike kontraktsvilkår. De oppdragsgivere som velger å innføre slike vilkår må forventes å ha et insitament til også å følge opp. Utvalget vil derfor ikke forslå noen endringer i regelverket for utførelsesfase, men vil peke på at det kan legges til rette for en slik praksis ved at det gis ut veiledning. Slik veiledning vil kunne gis av ombudet eller av Fornøyings- og administrasjonsdepartementet.

Etter gjeldende regler har oppdragsgiveren en mulighet til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske yrkesmessige krav. Det er imidlertid uklart hvor langt denne hjemmelen går, og om overtredelse av diskrimineringsloven kan falle inn under bestemmelsen.

En annen mulighet er å presisere i regelverket en plikt til å avvise tilbud på grunn av brudd på diskrimineringsloven. Utvalget har ikke vurdert et slikt forslag nærmere. Utvalget ser imidlertid at en slik regel kan stille oppdragsgivere overfor vanskelige og skjønnsmessige vurderinger. Det vil derfor by på store utfordringer for oppdragsgivere å håndheve en slik regel. En slik regel reiser spørsmål om hva som skal kreves for at det skal være tale om et brudd på loven. Skal det kreves rettskraftig dom eller eventuelt uttalelse eller avgjørelse i ombudet eller i nemnda? I motsatt fall, hva slags dokumentasjon skal da kreves? Skal det legges til grunn et krav om forholdsmessighet mellom lovbruddet og avvisningen? Et annet spørsmål er om brudd skal være avvisningsgrunn kun om det gjelder den aktuelle virksomheten som deltar i anbudskonkurransen, eller om for eksempel datterselskap, morselskap eller en annen virksomhet som har tilknytning til den

aktuelle leverandøren skal identifiseres med den denne. Videre må det tas stilling til hvor lang tid tilbake innkjøperen må se. Vil det være forholdsmessig å avvise tilbud fra en virksomhet hvor bruddet ligger langt tilbake i tid? Disse spørsmålene vil måtte avklares før en slik regel eventuelt vedtas. Uansett kommer en likevel ikke unna at en slik regel vil stille innkjøperen overfor vanskelige og til dels skjønnsmessige avveininger på saksfelt der de mangler fagkompetanse. Videre vil den kreve at det innhentes informasjon og gjøres undersøkelser, noe den enkelte innkjøper sjelden vil ha ressurser til. Hvis oppdragsgiveren gjør feil kan vedkommende dessuten pålegges erstatningsansvar.

En tredje mulighet som utvalget har sett nærmere på er å ivareta diskrimineringsvernet gjennom en utvidelse av dagens regler om egenerklæring for helse-, miljø- og sikkerhetskrav (HMS-krav). Denne muligheten innebærer at manglende egenerklæring skal føre til avvisning av et tilbud. Dette forslaget drøftes nærmere i punkt 17.5.5.3.

17.5.5.3 Egenerklæring om oppfyllelse av arbeidsgivers aktivitetsplikt

Utvalget har vurdert om hensynet til ikke-diskriminering kan og bør ivaretas ved leverandørers egenerklæring ved levering av tilbud i anbudskonkurranser.

Utvalget viser til at offentlige anskaffelser tradisjonelt har vært brukt til å ivareta samfunnsmessige hensyn, for eksempel distriktpolitiske hensyn og HMS-hensyn. Ivaretakelse av hensyn til ikke-diskriminering på grunn av etnisitet mv. er et kjent virkemiddel fra land som USA, Canada og Storbritannia.

Det er særlig to årsaker til at slike samfunnsmessige krav blir stilt: For det første er offentlige anskaffelser et stort og viktig marked for bedriftene, og det vil innebære et sterkt virkemiddel for å påvirke bedriftenes handlingsmønster. For det andre har offentlige virksomheter et stort ansvar for at lover og regler følges. Det vil derfor gi en uheldig signaleffekt dersom det offentlige foretar anskaffelser fra bedrifter som ikke følger lover og regler.

Forslaget fra 2005

I forbindelse med revisjonen av forskriftene sendte Moderniseringsdepartementet i 2005 på høring et forslag om at leverandører sammen med tilbudet

⁵⁴ Sak C-448-01 mellom EVN AG, Wienstrom GmbH og Republikken Østerrike, premiss 72.

skal avgi egenerklæring om oppfyllelse av diskrimineringsforbudene. Forslaget omfattet tiltak for å hindre diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, religion, livssyn, seksuell orientering, funksjonshemming, politisk syn, alder, midlertidig ansettelse, deltid og medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, det vil si alle diskrimineringsgrunnlag som var omfattet av gjeldende diskrimineringslovgivning. Det ble foreslått å stille krav til leverandører av offentlige anskaffelser om å levere inn en egenerklæring om oppfyllelse av bestemmelsene om forbud mot diskriminering i arbeidsmiljøloven, lov mot etnisk diskriminering og likestillingsloven. Manglende innlevering av egenerklæring skulle gi grunnlag for avvisning.

Forslaget møtte imidlertid motstand i høringsrunden fra Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og andre arbeidsgiverorganisasjoner. Disse høringsinstansene mente at det foreslåtte kravet ikke hadde noen kopling til formålet med offentlige anskaffelser, verken for oppdragsgivere eller leverandører. Det ble videre vist til at bedrifter som ignorerer HMS- og skatteregler, frigjør kapital til å utkonkurrere på pris bedrifter som etterlever disse reglene. Egenerklæringer er ifølge høringsinstansene likevel ikke egnet til å sikre lik konkurranse fordi oppdragsgiverne ikke gjør bruk av egenerklæringene og attestene ved at ulovlige forhold avdekkes. Inntak av nye områder innenfor HMS-egenerklæring ville derfor kun ha en byråkratiserende effekt.⁵⁵ På den annen side var det mange høringsinstanser som støttet forslaget, blant dem Likestillingsombudet, Kontaktutvalget mellom innvandrere og myndighetene (KIM), Statens råd for likestilling av funksjonshemmede og Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon.

Knyttes til egenerklæring om HMS-arbeid

Utvalget har vurdert om en egenerklæring kan knyttes til diskrimineringsloven på en annen måte enn ved at leverandøren erklærer at forbudene mot diskriminering oppfylles. En mulighet er at en egenerklæring heller blir knyttet til virksomhetenes plikt til å arbeide aktivt for likestilling i arbeidslivet. Det vises til utvalgets forslag i punkt 17.2 om at arbeidsgivers aktivitetsplikt knyttes til det systematiske HMS-arbeidet.

En erklæring om oppfyllelse av arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling vil være mer

presis enn en erklæring om manglende brudd på diskrimineringsforbudene. Det forutsettes at aktivitetsplikten blir presisert i en forskrift. Som påvist i punkt 17.5.5.2 ser utvalget en rekke betenkeligheter med å knytte avvisning til brudd på forbudene mot diskriminering i diskrimineringsloven. For en oppdragsgiver vil det være mer krevende å følge opp og kontrollere om det foreligger brudd på diskrimineringsforbudene enn om det foreligger manglende oppfyllelse av aktivitetsplikten. Aktivitetsplikten vil dermed være bedre egnet for egenerklæring i sammenheng med reglene og prosessene for offentlige anskaffelser.

Utvalget mener at en erklæring om oppfyllelse av arbeidsgiveres aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven bør inntas i innkjøpsforskriften på tilsvarende måte som for HMS-krav, slik at manglende egenerklæring gir plikt til å avvise leverandøren. Erklæringen kan utformes enkelt, ved at virksomheten kun må bekrefte at den oppfyller arbeidsgivers plikt til å arbeide aktivt for likestilling i samsvar med diskrimineringsloven og tilhørende forskrifter. Denne egenerklæringen bør tas inn i det samme skjemaet brukes for egenerklæring om oppfyllelse av HMS-krav.

I NOU 1997: 21 om offentlige anskaffelser ble det oppstilt en analysemetode for å vurdere eventuelle nye obligatoriske samfunnmessige krav, med vekt på samsvar mellom formålet med det nye kravet og formålet med regelverket for offentlige anskaffelser.⁵⁶ Nærings- og handelsdepartementet sluttet seg til utvalgets vurdering, og anbefalte at metodikken blir anvendt også overfor eventuelle senere forslag om å innta nye samfunnmessige krav.⁵⁷

Utvalget drøfter i det følgende virkningen av å utvide egenerklæringen for oppfyllelse av HMS-krav til å omfatte aktivitetsplikten i diskrimineringsloven i lys av metodikken i NOU 1997: 21 og Ot.prp. nr. 71 (1997-98) om offentlige anskaffelser.

Formålet med å utvide dokumentasjonskravet til å omfatte fremleggelse av en egenerklæring om aktivitetsplikten er å sette fokus på dette regelverket og dermed bidra til en bedre etterlevelse av reglene på diskrimineringsfeltet. Dette formålet er ikke i strid med de forretningsmessige og innkjøpsfaglige prinsippene om effektive anskaffelser.

⁵⁵ Jf. blant annet NHOs høringsuttalelse til Moderniseringsdepartementet av 29. august 2005.

⁵⁶ NOU 1997: 21 punkt 7.1.3 side 44-45 om en analysemetode for vurdering av eventuelle nye obligatoriske samfunnmessige krav.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) punkt 11.1 side 48. Nærings- og handelsdepartementet hadde da ansvaret for loven om offentlige anskaffelser.

Utvalgets forslag i punkt 17.2 om arbeidsgivers aktivitetsplikt ligger tett opp til kravene til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, slik atplikten kan implementeres i det eksisterende helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet i virksomhetene. Utvalget viser til atplikten til å motvirke for eksempel trakassering på grunn av kjønn, etnisitet mv. har nær sammenheng med arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og plikt til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.

Da egenerklæring om HMS-krav ble innført i anskaffelsesregelverket i 1998, ble det fremhevet at leverandører som unnlater å oppfylle HMS-kravene ikke skulle få noen konkurransefordel ved at de får mindre utgifter enn de andre leverandørene og dermed kan tilby en gunstigere pris. Videre ble det vist til at det er grunn til å tro at når det vektlegges HMS-faktorer ved tildeling av offentlige kontrakter, kan dette bidra til å heve den generelle kvaliteten på tjenester og produkter. Utvalget viser til at en utvidet egenerklæring om oppfyllelse av aktivitetsplikten på tilsvarende måte vil bidra til at bedrifter som ikke etterlever denneplikten får et konkurransefortrinn. Dernest vises det til at aktivitetsplikten skal følges opp i nær sammenheng med HMS-kravene, som allerede er innarbeidet i egenerklæringen.⁵⁸

Et slikt presisert krav vil være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, såfremt kravet fremgår av reglene om offentlige anskaffelser.

Utvalget mener at manglende egenerklæring bør føre til tilbudet skal avvises. Dette vil gi klare kriterier for avvising av leverandører som ikke oppfyllerplikten. Dermed unngår en vanskelige skjønnsmessige avveininger knyttet til oppfyllelsen av kravet.

Oppdragsgiver har etter gjeldende regler adgang til å gjennomgå og verifisere leverandørens HMS-system. Dette bør gjelde tilsvarende for arbeidsgivers aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven. Utvalget foreslår derfor at det tas inn i egenerklæringen et vilkår om at oppdragsgiver kan gjennomgå bedriftenes dokumentasjon når det gjelder oppfyllelse av aktivitetsplikten. Dersom det er nødvendig med kontroll, bør oppdragsgiver først og fremst kreve dokumentasjon av opplysningene i egenerklæringen. Det er ikke forutsatt at oppdragsgiver skal være tilsynsmyndighet.

Utvalget mener at kravet om egenerklæring ikke vil stille store kompetansekrav til innkjøper utover det rent innkjøpsfaglige. En etterlevelse av

kravene vil heller ikke bli særlig byrdefullt, verken for oppdragsgiverne eller for leverandørene. Oppdragsgiver må påse at det er fremlagt egenerklæring, og skal avvise tilbudet dersom egenerklæring ikke er fremlagt, på samme måte som innkjøperne etter dagens regelverk skal avvise tilbudet hvis HMS-erklæring i samsvar med forskriftens krav ikke er fremlagt. Utvalget viser til at egenerklæringen vil være knyttet til plikter som allerede er pålagt bedriftene.

På samme måte som for kravet til egenerklæring om oppfyllelse av HMS-krav mener utvalget at kravene bør knyttes til den norske diskrimineringsloven. Dermed vilplikten gjelde for de leverandørene som er forpliktet til å følge norsk lov som arbeidsgivere. Et slikt krav vil være enkelt og lite byrdefullt for norske leverandører som uansett må oppfylle aktivitetsplikten i diskrimineringsloven. Utenlandske leverandører som driver eller skal drive virksomhet med arbeidstakere i Norge og som skal utføre oppdrag på norsk territorium, vil være underlagt norsk lovgivning for det arbeidet som skal utføres i Norge. En forskriftsendring om egenerklæring vil ikke påføre virksomhetene noen nye krav.

Utvalget mener at tiltaket vil kunne gjennomføres uten vesentlig merarbeid for oppdragsgivere eller tilbydere. Tilknytningen til gjeldende krav om HMS-egenerklæring tilsier dette. Samtidig viser erfaringer fra andre land at et slikt tiltak vil kunne få en positiv effekt gjennom en økt bevissthet, og fokus på leverandørens seriositet.

17.5.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at leverandører som ønsker å levere varer og tjenester, samt utføre bygge- og anleggsarbeider for offentlige virksomheter skal innlevere egenerklæring der det bekreftes at virksomheten som arbeidsgiver oppfyllerplikten til å arbeide aktivt for likestilling etter diskrimineringsloven. Det foreslås at egenerklæringen leveres på samme skjema som benyttes til å bekrefte overholdelse av kravene til helse-, miljø- og sikkerhet i forskrift om internkontroll.

Utvalget foreslår at egenerklæring om at arbeidsgiver oppfyller aktivitetsplikten i diskrimineringsloven kommer til anvendelse på de områdene det etter gjeldende rett er plikt til å gi egenerklæring om overholdelse av HMS-krav. Det vil si atplikten skal gjelde ved anskaffelser for over 100 000 kr. ekskl. mva.

Det foreslås at forskriften om offentlige anskaffelser endres slik at oppdragsgiver skal

⁵⁸ Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) punkt 11.3 side 51 flg.

avvise tilbud fra leverandører der dokumentasjon (egenerklæring) om oppfyllelse av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven mangler. Forslag om endringer i forskriften er tatt inn i punkt 27.4.

I tillegg anbefaler utvalget at det utarbeides en veileder som legger til rette for at oppdragsgivere ved inngåelse av tjenestekontrakter eller bygge-

og anleggskontrakter kan kreve at leverandører tar sosiale hensyn i utførelsesfasen av kontrakten. Et eksempel på sosiale hensyn i utførelsesfasen kan være krav til kvinneandel i mannsdominerte yrker. Andre eksempler er vilkår om sysselsetting av personer med funksjonsnedsettelse eller personer med innvandrerbakgrunn.

Kapittel 18

Tilgjengelighet: Universell utforming og individuell tilrettelegging

18.1 Innledning

I dette kapitlet gir utvalget en oversikt over reglene om tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Utvalget viser også kort til pågående utredningsarbeid på nasjonalt nivå på dette området og til regler i EU, EØS og internasjonalt.

Reglene om tilrettelegging omfatter plikt til universell utforming (generell tilrettelegging) og individuell tilrettelegging. Formålet med reglene er å sikre tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse. Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig. Eksempler på fysiske forhold er bygninger og IKT-løsninger. Med individuell tilrettelegging menes individuelt tilpassede tiltak for å sikre en konkret person tilgjengelighet til en bygning, en tjeneste e.l. Manglende tilrettelegging kan også være i strid med lovens alminnelige diskrimineringsforbud.

Utvalget foreslår at reglene om tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven blir videreført i en samlet diskrimineringslov. Utvalget foreslår noen presiseringer og tydeliggjøringer i lovteksten. Utvalget har også sett nærmere på enkelte mer prinsipielle spørsmål som har vært reist etter at loven ble vedtatt. Utvalget peker særlig på spørsmålet om universell utforming av arbeidsplasser og universell utforming av IKT på arbeidsplasser og innen skole- og utdanning. Utvalget er delt i spørsmålet om plikten til individuell tilrettelegging skal gjelde for barnehage og skole- og utdanning på Svalbard. Et flertall foreslår at dagens regel om unntak mv. på Svalbard blir videreført, mens et mindretall foreslår at det skal gjelde plikt til individuell tilrettelegging på disse

områdene. Videre foreslår utvalget noen lovtekniske presiseringer i bestemmelsene.

18.2 Gjeldende rett

18.2.1 Universell utforming

I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 er det innført en plikt til universell utforming (generell tilrettelegging). Med universell utforming menes i loven utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 første til tredje ledd lyder slik:

«Offentlig virksomhet skal arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innenfor virksomheten. Tilsvarende gjelder for privat virksomhet rettet mot allmennheten.

Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig.

Offentlig og privat virksomhet rettet mot allmennheten har plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon så langt det ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten. Ved vurderingen av om utformingen eller tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig 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.»

18.2.1.1 Aktivitetsplikt

Det følger av § 9 første ledd at alle offentlige virksomheter skal arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innen virksomheten.

Det samme gjelder private virksomheter rettet mot allmennheten. Det gjøres rede for vilkåret «rettet mot allmennheten», se punkt 18.5.4.1. Målsettingen er at fellesskapets tilbud skal nå flest mulig.¹

18.2.1.2 Plikt til universell utforming

Det følger av § 9 tredje ledd at offentlige og private virksomheter rettet mot allmennheten har plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon. Plikten gjelder så langt det ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten.

I tillegg til reglene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, har vi også regler om universell utforming i sektorlovgivningen. De viktigste reglene her er plan- og bygningslovgivningen, se nedenfor punkt 18.2.2.

Brudd på plikten til universell utforming etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven regnes som diskriminering, jf. § 9 fjerde ledd. Dersom virksomheten oppfyller nærmere bestemmelser om universell utforming i lov og forskrift, regnes det derimot ikke som diskriminering, jf. § 9 femte ledd.

Plikten til universell utforming etter § 9 gjelder for offentlig og privat virksomhet *rettet mot allmennheten*. Uttrykket «rettet mot allmennheten» sikter til områder der universell utforming er vesentlig for å sikre en likeverdig samfunnsdeltakelse uavhengig av funksjonsevne. Som eksempel på offentlig virksomhet rettet mot allmennheten, kan nevnes skoler, barnehager, sykehus, NAV-kontorer, fritidsklubber, idrettsanlegg og kulturbygg. Private virksomheter som henvender seg til allmennheten med tilbud og tjenester, som butikker, restauranter og transportmidler omfattes også. Arbeidsplasser regnes i seg selv ikke som rettet mot allmennheten, men kan gjøre det hvis arbeidstakerne benytter eller oppholder seg i deler av arbeidsgivers virksomhet som er rettet mot allmennheten, slik som for eksempel inngangspartier og møterom. Således vil det ofte være deler av en arbeidsplass som skal være universelt utformet. Avgrensningen til virksomheter rettet mot allmennheten drøftes i punkt 18.5.4.1.

Det er de *fysiske forholdene* som er gjenstand for plikten. Plikten til universell utforming retter seg først og fremst mot det menneskeskapte fysiske miljøet. Det vil derfor være de menneskeskapte fysiske forholdene som er gjenstand for

universell utforming, typisk bygg, anlegg, innretninger og visse uteområder der disse bearbeides og omformes av mennesker i særlig grad, for eksempel fortau, torg og parkanlegg. Loven skiller ikke mellom fastmonterte og løsrevne produkter.

Tjenester som sådan anses ikke som fysiske forhold. Imidlertid vil fysiske forhold ofte utgjøre de grunnleggende forutsetningene for å kunne benytte en tjeneste, som for eksempel bankautomater.

Videre kan produkter som informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT) være slike fysiske forhold, for eksempel en minibank, datautstyr på en internettkafé mv. Dette er i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) foreslått presisert i lovteksten. IKT rettet mot allmennheten er omfattet av særreglene i § 11, se punkt 18.2.3. Informasjon og kommunikasjonsuttrykk som er en forutsetning for tilgang til fysiske forhold er ifølge forarbeidene også omfattet.² Dette vil typisk være informasjon om stoppesteder under transport, manøverknapper i heiser og skilting av nødutganger. Annen informasjon rettet mot allmennheten og som inngår i virksomhetens alminnelige funksjon er ifølge forarbeidene ikke omfattet. Dette gjelder for eksempel offentlig informasjon om lover og regler, tjenester og tilbud.³

Plikten til universell utforming er knyttet til *virksomhetens alminnelige funksjon*. Grensen mellom hva som omfattes av virksomhetens alminnelige funksjon og hva som faller utenfor, trekkes med utgangspunkt i hvilken eller hvilke av funksjonene som er rettet mot allmennheten og hvilke som faller utenfor. Dette betyr at noen deler av virksomheten må utformes universelt, for eksempel trapperom, inngangspartier, møterom og skranke for betjening av kunder, mens andre deler der kundene ikke skal betjenes, for eksempel adskilte kontorlokaler, faller utenfor.

Universell utforming skal ivaretas ved utforming eller tilrettelegging av *hovedløsningen*, og ikke gjennom særløsninger eller individuelle hjelpetiltak. Kjernen i plikten til universell utforming er at virksomhetene har ansvar for å tilrettelegge og tilpasse de fysiske omgivelsene slik at flest mulig brukerforutsetninger ivaretas uten særløsninger.

² Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.3 side 138.

³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.3 side 138. Se likevel motsatt i merknadene til § 11 på side 259. Sistnevnte uttalelse må antakelig betraktes som en inkurie.

¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknadene til § 9 side 258.

Plikten innebærer at virksomhetene skal sikre universell utforming så langt det ikke medfører en *uforholdsmessig byrde* for virksomheten. En rekke momenter vil være relevante i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen. De viktigste av disse er nevnt i bestemmelsen: tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, hvorvidt virksomhetens alminnelige funksjon er av offentlig art, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn. Tilretteleggingens effekt er et særlig viktig moment i vurderingen.⁴

Universell utforming er en overordnet og fleksibel rettslig standard der innholdet i plikten endres og skjerpes over tid i takt med samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen.

For å skape klarhet og forutberegnelighet er det forutsatt i forarbeidene at det skal utarbeides *konkrete funksjonskrav*.⁵ Det skal vedtas presiserende forskrifter som hjemles i sektorlovgivning. Slike regler er gitt blant annet i bygningslovgivningen, jf. § 10. Det skal utarbeides forskrifter om universell utforming av IKT, jf. § 11 og punkt 18.2.3. Det kan gis forskrift om innholdet i plikten til universell utforming på områder som ikke er omfattet av krav i eller i medhold av annet lovverk, jf. § 9 sjette ledd. Det foreligger ingen planer om forskrifter etter denne bestemmelsen.

Nemnda kan i utgangspunktet 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 enkeltvedtak truffet av andre forvaltningsorganer, jf. § 9. Dette betyr at nemnda for eksempel ikke kan endre eller overprøve plan- og bygningsmyndighetenes vedtak om universell utforming. I slike tilfeller kan nemnda likevel gi en uttalelse om forholdet til diskriminerings- og tilgjengelighetslovens krav.⁶

18.2.2 Henvisning til plan- og bygningsloven

Fysiske forhold i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 omfatter bygninger. Det er tatt inn

en henvisning til plan- og bygningsloven i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 10:

«For bygninger, anlegg og uteområder rettet mot allmennheten gjelder kravene til universell utforming i eller i medhold av plan- og bygningsloven.»

Det fremgår av forarbeidene at hensikten med bestemmelsen er å synliggjøre kravene om universell utforming som følger av plan- og bygningslovgivningen.⁷ Henvisningen til kravene i plan- og bygningslovgivningen skal ikke innskrenke virkeområdet for plikten til universell utforming etter § 9.

Endringer i plan- og bygningsloven (byggesaksdelen) ble vedtatt i 2009. Kravene til universell utforming av bygninger og uteareal ble i den forbindelse skjerpet. Det ble blant annet vedtatt regler om universell utforming av arbeidslokaler (se punkt 18.5.4). Stortinget besluttet også å be regjeringen om å legge til rette for at eksisterende bygg, anlegg og uteområder skal være universelt utformet fra 1. januar 2020.⁸ Ikrafttredelsesdato for de nye reglene i plan- og bygningsloven er ikke fastsatt.

18.2.3 Universell utforming av IKT rettet mot allmennheten

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 gir hjemmel for å vedta særlige krav til universell utforming med hensyn til IKT-løsninger. Bestemmelsen setter videre særlige frister for når disse kravene kan gjøres gjeldende. Bestemmelsen i § 11 gjelder som i § 9 kun IKT-løsninger rettet mot allmennheten.

Med IKT menes etter § 11 teknologi og systemer av teknologi som anvendes til å uttrykke, skape, omdanne, utveksle, lagre, mangfoldiggjøre og publisere informasjon, eller som på annen måte gjør informasjon anvendbar. Det er IKT-løsninger som underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner, og som er hovedløsninger rettet mot eller stillet til rådighet for allmennheten, som er regulert. Det er hovedløsningen i virksomhetens alminnelige funksjon som bestemmelsen regulerer. Bestemmelsen omfatter ikke utformingen av IKT-løsninger som reguleres i annet lovverk, eksempelvis heis i bygg som reguleres av plan- og bygningsloven.

⁴ Se nærmere i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kommentarene til § 9 side 261, Innst.O. nr. 68 (2007-2008) og Besl.O. nr. 90 (2007-2008).

⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.3 side 140 og punkt 10.2.4.9 side 146-147.

⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.11 side 147-148.

⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.3.4.1 side 153.

⁸ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) kapittel 17 side 195 flg. og Innst.O. nr. 50 (2008-2009) punkt 13.2 side 24-26.

Reglene i § 11 gjelder ifølge forarbeidene ikke IKT i skole og utdanning. IKT-løsninger på arbeidsplasser er ifølge forarbeidene heller ikke omfattet.⁹ Utvalget drøfter denne avgrensningen nærmere i punkt 18.5.4.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 angir tidsfrister for det tidspunktet kravene skal gjelde fra. Plikten skal gjelde fra 1. juli 2011 for ny IKT og fra 1. januar 2021 for eksisterende IKT. Plikten gjelder likevel tidligst tolv måneder etter at det eventuelt er etablert standarder/retningslinjer, jf. forskriftshjemmelen i § 11 fjerde ledd.

Hjemmelen til å gi regler med nærmere krav om universell utforming av IKT følger av § 11 fjerde ledd. Det skal ifølge denne bestemmelsen gis forskrifter med nærmere bestemmelser om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten til universell utforming av IKT. Fornyings- og administrasjonsdepartementet tar sikte på å fastsette forskrift innen 1. juli 2010, det vil si ett år før tidsfristen for ny IKT utløper. Det følger av § 9 femte ledd at virksomhet som har oppfylt kravene i slike forskrifter, også har oppfylt kravene i § 9.

Plikt til universell utforming av IKT skal ifølge forarbeidene også kunne utledes av den generelle plikten til universell utforming i § 9.¹⁰ Dette gjelder også IKT-løsninger som omfattes av § 11 og uavhengig av om det er vedtatt særlige forskrifter. Dette kan få betydning ved at krav om universell utforming av IKT-løsninger som ikke omfattes av særbestemmelser, vil kunne omfattes av den generelle plikten. Dette kan for eksempel være IKT-løsninger som brukes i opplæringsformål. Utvalget drøfter dette nærmere i punkt 18.5.3.

Bestemmelsen i § 11 om universell utforming av IKT skal håndheves av det organ Kongen utpeker, jf. § 16 andre ledd første punktum. I forarbeidene er det forutsatt at Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), som er underlagt Fornyings- og administrasjonsdepartementet, skal håndheve denne bestemmelsen.¹¹ Håndhevingsorganet kan pålegge retting der plikten til universell utforming ikke er oppfylt, jf. § 16 andre ledd.

18.2.4 Individuell tilrettelegging

Plikt til individuell tilrettelegging følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12. Plikten til individuell tilrettelegging i diskriminerings- og

tilgjengelighetsloven gjelder arbeidsplasser, barnehager, skoler og utdanningsinstitusjoner og kommuner som yter helse- og sosialtjenester. Denne plikten utfyller plikten til universell utforming på områder der universell utforming ikke har vært ansett tilstrekkelig for å sikre like muligheter. Brudd på plikten til individuell tilrettelegging etter § 12 regnes som diskriminering i strid med loven, jf. sjette ledd.

18.2.4.1 Krav om «rimelig» og «ikke uforholdsmessig byrde»

Plikten til individuell tilrettelegging gjelder så fremt det er «rimelig» og «ikke medfører en uforholdsmessig byrde».

Hva som er *rimelig* individuell tilrettelegging skal vurderes i forhold til den enkelte person med nedsatt funksjonsevne. I denne vurderingen skal varigheten av relasjonen mellom pliktsubjektet og individet med nedsatt funksjonsevne være et relevant moment. Funksjonsnedsettelsens grad og varighet vil det også være relevant å legge vekt på. I hvilken utstrekning arenaen for tilrettelegging utgjør en vesentlig del av den aktuelle persons liv, vil være et annet moment i vurderingen. Nytteverdien for personen med nedsatt funksjonsevne må også tillegges vekt.

Ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en *uforholdsmessig byrde* skal det blant annet legges vekt på tilretteleggingens effekt for å bygge ned funksjonshemmende barrierer, kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

Kostnadene vil alltid være et grunnleggende moment i vurderingen av om tiltaket må anses som en uforholdsmessig byrde. Offentlige støtteordninger må også vektlegges. Vektlegging av virksomhetens ressurser betyr at det må stilles strengere krav til en stor og ressurssterk virksomhet enn til en mindre med dårlig økonomi. Det samme må gjelde i forhold til kommuner med ulik størrelse og økonomisk situasjon.

Hva som kan anses som en uforholdsmessig byrde, må ses i sammenheng med at tilretteleggingen skal være rimelig. Kostnadene skal ikke ses isolert i forhold til virksomhetens ressurser, men også ses i forhold til den enkelte som nyter godt av tilretteleggingen. Det må også tas med i vurderingen om andre kan ha nytte av tiltaket. Et tiltak som bare bedrer situasjonen marginalt, vil lettere fremstå som en uforholdsmessig byrde, enn hvis det dreier seg om et tiltak som har avgjørende betydning for om personen med nedsatt

⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknadene til § 11 side 263.

¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknadene til § 9 side 259 og til § 11 side 263.

¹¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.5.6.5 side 171.

funksjonsevne kan dra nytte av for eksempel et skoletilbud eller av helse- og sosialtjenester.¹²

18.2.4.2 Forholdet til sektorlovgivningen

På de områdene som § 12 omfatter er det også plikter til individuell tilrettelegging hjemlet i sektorlovgivningen, for eksempel på skole- og utdanningsområdet. For eksempel har elever som ikke har eller som ikke kan få tilfredsstillende utbytte av det ordinære opplæringsstilbudet rett til spesialundervisning etter opplæringsloven § 5-1. Et annet eksempel er universitetsloven, der det i § 4-3 heter at institusjonen, så langt det er mulig og rimelig, skal legge studiesituasjonen til rette for studenter med særskilte behov. Når det gjelder helsetjenester plikter kommunene å gi nødvendig helsehjelp, herunder er det også en viss plikt til å sørge for særlige tilpasninger dersom det er nødvendig for å yte nødvendig helsehjelp til personer med nedsatt funksjonsevne.¹³

Lovfestingen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven var ment å fremheve det menneskerettslige aspektet ved tilrettelegging og gi mulighet for en hensiktsmessig håndheving av tilretteleggingsplikten.¹⁴ Plikten til individuell tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal ifølge forarbeidene ikke bety en innskrenkning av de pliktene som følger av sektorlovgivningen.¹⁵ Heller ikke var det meningen å pålegge nye eller mer omfattende plikter.

Etter ordlyden skal den særlige plikten til individuell tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ikke være betinget av hvor langt plikten til tilrettelegging etter sektorlovgivningen rekker. Bestemmelsen i § 12 skal ifølge forarbeidene virke ved siden av sektorlovene på området. Det fremgår samtidig av forarbeidene at plikten til individuell tilrettelegging i skole- og utdanning som reguleres i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ikke går lenger enn opplæringslovens krav. Det samme er sagt når det gjelder barnehageloven. Dersom sektormyndighetene har gjort en vurdering og anbefaling, skal dette ifølge forarbeidene *normalt* tillegges vekt.

Blir slike anbefalinger fulgt har den ansvarlige for tilretteleggingen normalt oppfylt sine forpliktelser etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det skal mye til før et krav om ytterligere tilrettelegging kan føre frem, med mindre det dreier seg om tilretteleggingsbehov som sektormyndighetene ikke har vurdert.¹⁶ Lovtekst og forarbeider gir altså ikke et entydig svar på hva som er forholdet mellom reglene om individuell tilrettelegging i sektorlovgivningen og i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Utvalget antar at lovtekst og forarbeider må forstås slik at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gir selvstendige rettigheter som kan påberopes uavhengig av sektorlovgivningen. Plikter etter sektorlovgivningen skal samtidig være en sentral tolkningsfaktor i vurderingen av hvor langt plikten rekker i det enkelte tilfelle. Sektorlovgivningen skal være veiledende med hensyn til hva som generelt er forholdsmessig på de enkelte områdene. Sektorlovene gir dermed veiledning med hensyn til hvor langt retten til individuell tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 rekker. Sektorlovgivningen er imidlertid ikke bindende. Hvis spesielle forhold gjør seg gjeldende i det enkelte tilfellet, kan virksomheten ha plikt etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven selv om virksomheten ikke har plikt etter sektorlovgivningen. Ombudet, nemnda og eventuelt domstolene må med andre ord likevel gjøre en selvstendig vurdering av plikten etter § 12.

18.2.5 Forholdet mellom det generelle diskrimineringsforbudet og manglende tilrettelegging

Diskriminering som skyldes mangelfull fysisk tilrettelegging er uttømmende regulert i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 om plikt til universell utforming og § 12 om plikt til individuell tilrettelegging, jf. § 4 siste ledd.

Bakgrunnen for denne unntaksbestemmelsen er at det i utgangspunktet må innfortolkes en viss plikt til tilrettelegging fra forbudet mot diskriminering i § 4.¹⁷ Det å ikke legge forholdene til rette ut fra personer med nedsatt funksjonsevne sin situasjon og behov, kan være diskriminering i strid med diskrimineringsforbudet. Særreglene om generell og individuell tilrettelegging i § 9 og § 12 er ment som en presisering av den tilretteleg-

¹² Om kravet til «rimelighet» og »ikke uforholdsmessig byrde», se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknader til § 12 side 263-265.

¹³ En nærmere gjennomgang av rekkevidden av plikter mv. i de ulike sektorlovene er gitt i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 3.6 side 40-45.

¹⁴ Ot. prp nr. 44 (2007-2008) punkt 10.6.4.1 side 180 og punkt 10.6.4.8 side 186-187.

¹⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.6.4.1 side 180.

¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.6.4.3 side 182-185.

¹⁷ Se nærmere i NOU 2005: 8 punkt 9.5.4 side 147.

gingsplikten som kan utledes av diskrimineringsforbudet. Av hensyn til forutsigbarhet for virksomhetene ble det lagt til grunn at det alminnelige diskrimineringsforbudet ikke skulle kunne påberopes dersom tilretteleggingsplikten etter § 9 og § 12 var oppfylt.¹⁸

Unntaksbestemmelsen gjelder kun tilrettelegging av de fysiske forholdene. Dersom det ikke foreligger fysiske barrierer, men for eksempel en servitør på en restaurant som ikke vil lese fra menyen for en blind, kan det være diskriminerende etter det alminnelige forbudet mot diskriminering.

Det er uklart om denne unntaksbestemmelsen kun gjelder tilrettelegging av de fysiske forholdene innenfor anvendelsesområdet av § 9 og § 12, eller om unntaksbestemmelsen gjelder all tilrettelegging av de fysiske forholdene. Utvalget drøfter dette i punkt 18.5.2.

18.3 Pågående utredningsarbeid

I Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ble det varslet en utredning om tilgjengelighet til varer og tjenester.¹⁹ Denne utredningen ble igangsatt høsten 2008 av Barne- og likestillingsdepartementet i samarbeid med andre berørte departementer. Utredningen, som skal foreligge innen 1. juli 2009, tar også for seg spørsmål knyttet til plikt til universell utforming av informasjon.

Under behandlingen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i Stortinget uttalte et flertall i Arbeids- og sosialkomiteen:

«Flertallet understreker viktigheten av at investeringer i IKT i utdanningssektoren, skoler og annen opplæring er universelt utformet og mener det må arbeides videre med utredning på dette området.»²⁰

Merknadene fra komiteens flertall om IKT i skole- og utdanningssektoren følges opp av Kunnskapsdepartementet. Utredningen vil bli ledet av Utdanningsdirektoratet og vil ventelig foreligge ved årskiftet 2009/2010.

I tillegg vurderer Kultur- og kirke departementet om det bør stilles generelle krav til digitale medier på fjernsynsområdet om plikt til teksting og tegnspråktolkning.

¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.6.4.3 side 103-104.

¹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.10 side 147.

²⁰ Innst. O nr. 68 (2007-2008) punkt 3.11.

18.4 Internasjonale regler

18.4.1 FN-konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne

FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne ble vedtatt i 2006 og trådte i kraft i 2008. Konvensjonen er foreløpig ikke ratifisert av Norge.

Artikkel 5 om likhet og ikke-diskriminering nr. 3 i konvensjonen lyder slik:

«In order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.»

Artikkel 9 fastslår at statene er forpliktet til å iverksette nødvendige tiltak for å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne har tilgang til det fysiske miljøet, transport, informasjon og kommunikasjon, samt andre tilbud og tjenester som er åpne for eller tilbys allmennheten. Dette kan gjennomføres gradvis. Stater skal vurdere hvilke tiltak som er hensiktsmessige for å sikre personer med funksjonsnedsettelse tilgjengelighet.

Det er uttrykkelig presisert i konvensjonen at å nekte en rimelig tilrettelegging er diskriminering i konvensjonens forstand. Rimelig tilrettelegging forstås som en plikt til nødvendig tilrettelegging med mindre dette er uforholdsmessig eller urimelig byrdefullt.

Forbudet mot diskriminering og plikten til rimelig tilrettelegging gjelder alle livs- og samfunnsområder, ikke kun definerte sektorer, jf. «or any other field» i artikkel 2 der diskriminering er nærmere definert.

18.4.2 EU- og EØS-rett

18.4.2.1 Rammedirektivet

EUs rammedirektiv har regler om tilrettelegging i arbeidslivet. Det følger av artikkel 5 at det skal foretas rimelig individuell tilrettelegging («reasonable accommodation») for å sikre at prinsippet om likebehandling overholdes overfor arbeidssøkere og arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Plikten til å tilrettelegge gjelder arbeidsgivere, den gjelder i forhold til et konkret individ og den gjelder allerede fra det tidspunkt en person med nedsatt funksjonsevne søker arbeid. Direktivet definerer ikke hva slags individuell tilrettelegging som må gjøres. Det ligger en begrensning i at tilretteleggingen skal være rimelig. Plikten omfatter ikke tilrettelegging som ville påført arbeidsgiver

en uforholdsmessig byrde. Direktivet omfattes ikke av EØS-avtalen. Norge har likevel valgt å implementere direktivets krav, først i arbeidsmiljøloven og senere i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

18.4.2.2 *Direktivforslag. Om religion, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering*

EUs forslag til direktiv om likebehandling uavhengig av religion og overbevisning, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering gir et diskrimineringsvern blant annet på grunn av funksjonsnedsettelse på følgende samfunnsområder, jf. artikkel 3:

- a) sosial beskyttelse, inkludert trygdeordninger og helsetjenester,
- b) sosiale goder,
- c) utdanning og
- d) tilgang til varer og tjenester tilgjengelige for allmennheten, herunder bolig.

Det foreslås en plikt til rimelig tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse, jf. artikkel 4. Direktivet slår fast en plikt til generell tilrettelegging for å sikre tilgjengeligheten for personer med funksjonsnedsettelser. Tilretteleggingsplikten omfatter ikke tiltak som medfører en uforholdsmessig byrde, fordrer ikke en vesentlig endring av varen eller tjenesten og skal heller ikke innebære krav om alternative varer eller tjenester. Videre regulerer artikkel 4 en plikt til individuell tilrettelegging. Plikten til rimelig individuell tilrettelegging gjelder ikke dersom det vil innebære en uforholdsmessig byrde. Artikkel 4 nr. 2 har en ikke-uttømmende liste over hvilke kriterier som skal legges til grunn ved vurderingen av om tilrettelegging vil være uforholdsmessig byrdefullt. Disse kriteriene er virksomhetens størrelse og ressurser, antatte kostnader, varens eller tjenestens utskiftningstakt og mulig gevinst og økt tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelse.

Brudd på plikten til individuell tilrettelegging skal regnes som diskriminering, jf. artikkel 2 nr. 5. Direktivet skal etter forslaget vike for sektorvis EU-lovgivning og nasjonal lovgivning om tilgjengelighet, jf. artikkel 4 nr. 3.

Direktivforslaget er omstridt. Se nærmere om direktivet i punkt 4.6.5.

18.4.2.3 *Transportsektoren*

EU har ellers vedtatt en rekke regler som har som formål å sikre tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne knyttet til transportsektoren. EØS-avtalen forplikter Norge til å gjennomføre reglene i nasjonal rett når det gjelder vei-, jernbane- og sjøtransport samt luftfart. Forpliktelsen til å gjennomføre kravene i norsk rett fører til at EU spiller en sentral rolle for utviklingen av tilgjengelighetskrav i norsk lovgivning.²¹

18.5 Utvalgets vurderinger og forslag

18.5.1 Utgangspunkter

Utvalget skal ifølge mandatet vurdere hvordan reglene knyttet til tilgjengelighet og tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne kan ivaretas i loven. Utvalget har vurdert om de nærmere kravene til tilrettelegging, herunder tidsfristene for eksisterende IKT-løsninger, bør utredes ytterligere på bakgrunn av at det i lovarbeidet og etter at loven er trådt i kraft, har vært fremmet kritikk av at lovens regler på dette området ikke går langt nok.

Utvalget legger vekt på at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er helt ny og bare har virket i kort tid. Spørsmålet om universell utforming og individuell tilrettelegging har i dette lovarbeidet vært gjenstand for omfattende utredninger og en politisk prosess. Siden loven nettopp har trådt i kraft har vi heller ikke rukket å få erfaringer med hvordan den virker i praksis. Også plan- og bygningslovens regler om universell utforming er nylig revidert og styrket.

FN-konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne angir også plikter til tilrettelegging. Det er noe uklart hvor langt statenes forpliktelser etter konvensjonen rekker. Når det gjelder ratifikasjon av konvensjonen er dette spørsmålet til vurdering. Utvalget viser til dette, og har derfor ikke vurdert om det bør gjøres nye tilpasninger i en samlet diskrimineringslov som følge av konvensjonen.

Den EØS-rettslige statusen til forslaget til nytt EU-direktiv om diskrimineringsvern på grunn av blant annet funksjonsnedsettelse er heller ikke avklart. Dersom direktivet blir vedtatt og skal innarbeides i norsk rett, må det etter utvalgets vurdering tas stilling til om det er behov for lovendringer i sammenheng med implementeringen.

²¹ Se nærmere i Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 6.3 side 61.

Et annet viktig forhold er at Barne- og likestillingsdepartementet har igangsatt en utredning om tilgang til varer og tjenester med sikte på en eventuell utvidelse av diskrimineringsvernet. Utredningen skal etter planene legges fram samtidig med utvalgets innstilling innen 1. juli 2009. Videre er det varslet annet utredningsarbeid, se nærmere omtale i punkt 18.3.

Utvalget mener på denne bakgrunn at det på nåværende tidspunkt ikke er hensiktsmessig å ta opp spørsmålet om plikten til tilrettelegging etter diskrimineringslovgivningen bør utvides. Utvalget tar imidlertid opp enkelte spørsmål der vi allerede nå ser at det er uklarheter og «hull» i diskrimineringsvernet for personer med funksjonsnedsettelse. Utvalget peker i den forbindelse på spørsmålet om universell utforming på arbeidsplasser og i utdanningsinstitusjoner, inkludert IKT-løsninger på disse områdene.

Utvalget foreslår at reglene om tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i all hovedsak blir videreført i en samlet diskrimineringslov. Utvalget drøfter noen spørsmål som har blitt reist i forbindelse med vedtakelsen av den nye loven, og har forslag til enkelte presiseringer og avklaringer.

18.5.2 Forholdet mellom diskrimineringsforbudet og tilretteleggingsreglene

Et spørsmål for utvalget har vært om forbudet mot diskriminering skal kunne påberopes ved manglende tilrettelegging av fysiske forhold. Dette er et spørsmål om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd skal videreføres. I den forbindelse har utvalget vurdert om det generelle forbudet mot diskriminering skal kunne påberopes selv om det ikke er plikt til tilrettelegging etter de særlige tilretteleggingsbestemmelsene, eller om lovens særlige tilretteleggingsbestemmelser skal regulere plikten til tilrettelegging uttømmende. Sistnevnte alternativ reiser spørsmål om en slik uttømmende virkning i tilfelle skal gjelde alle former for tilrettelegging eller kun tilrettelegging innenfor anvendelsesområdet for de særlige tilretteleggingsreglene. I denne sammenheng må det tas høyde for at de særlige reglene om tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven skal innarbeides i en samlet diskrimineringslov som også gjelder andre diskrimineringsgrunnlag.

18.5.2.1 Tilrettelegging og diskriminering

Universell utforming en form for generell tilrettelegging. I dette ligger det et mål om at de løsninger som velges skal passe for flest mulig. I diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er plikten til generell tilrettelegging lovfestet som et krav om universell utforming av fysiske forhold. Universell utforming kan imidlertid også være et tema med hensyn til ikke-fysiske forhold som informasjon og tjenester.

Det er et viktig prinsipp i loven at universell utforming er bedre i et tilgjengelighets- og diskrimineringsperspektiv enn særløsninger slik som individuell tilrettelegging. Universell utforming kommer alle til gode, også andre enn personer med funksjonsnedsettelse, og gir løsninger som ikke er ad hoc pregede og kan oppleves som stigmatiserende. Plikten til universell utforming vil et stykke på vei avhjelpe behovet for individuell tilrettelegging, eller særløsninger, og samtidig bedre tilgjengeligheten på viktige fellesskapsarenaer. Universell utforming er derfor viktig for å oppnå likeverd, deltakelse og fravær av diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse.

I noen tilfeller vil universell utforming ikke være mulig eller innebære en uforholdsmessig byrde for virksomheten. I disse tilfellene vil det være et behov for individuell tilrettelegging. Plikt til tilrettelegging kan utledes av diskrimineringsforbudet. Manglende tilrettelegging er en form for diskriminering. Dette følger av alminnelig fortolkning av diskrimineringsforbudene i menneskerettighetene og i diskrimineringslovgivningen.²² Et eksempel på manglende tilrettelegging er IKT-løsninger som ikke kan benyttes av blinde og svaksynte.

Særlige regler om tilrettelegging overfor personer med nedsatt funksjonsevne er presisert og regulert positivt i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og i sektorlovgivningen. Når det gjelder universell utforming er plikten knyttet til virksomheter rettet mot allmennheten, det vil si til den delen av virksomheten som er særskilt viktig i et deltakelsesperspektiv. Når det gjelder individuell tilrettelegging har lovgiver valgt tre kriterier for å avgrense på hvilke områder vi skal ha positive regler om dette. Det første avgrensningskriteriet er at det er en varighet i relasjonen mellom personen med nedsatt funksjonsevne, pliktsubjektet og omgivelsene. For det andre er plikten avgrenset

²² Se nærmere om forholdet mellom diskriminering og tilgjengelighet i NOU 2005: 8 punkt 9.5.4 side 147.

til virksomheter som kan sies å ha et særlig ansvar for personen med et tilretteleggingsbehov og som derfor kan forventes å bære kostnadene ved en slik plikt. Det tredje avgrensningskriteriet er at plikten til individuell tilrettelegging gjelder arenaer som utgjør en vesentlig del av den enkeltes liv. Det er i forarbeidene lagt til grunn at det er på slike områder behovet for individuell tilrettelegging er størst. På denne bakgrunn gjelder reglene om individuell tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 på områdene skole og utdanning, barnehage og visse andre kommunale tjenester.²³

Behovet for tilrettelegging og sammenhengen med diskrimineringsforbudene er imidlertid ikke bare et spørsmål som gjelder personer med funksjonsnedsettelse og fysiske forhold. Det samme må også legges til grunn når det gjelder andre diskrimineringsgrunnlag. Et eksempel er sosiale velferdsgoder som forutsetter bruk av IKT-løsninger. En slik løsning kan være diskriminering av eldre. For mange eldre er det vanskelig å dra nytte av slike tjenester fordi de mangler tilgang til og kompetanse i bruk av internett.²⁴ Tilsvarende kan viktig informasjon som ikke formidles på flere språk være indirekte etnisk diskriminering. Et annet eksempel er arbeidsgiveres plikt til å legge forholdene til rette for gravide arbeidstakere. Arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig for så vel gravide arbeidstakere som for andre. Dette kan betraktes som en form for generell tilrettelegging. Hvis dette ikke lar seg gjøre, har arbeidstakeren rett til at det tas individuelle hensyn som gjør at arbeidstakeren skal kunne fortsette i arbeid så lenge som mulig frem mot fødselen. Manglende tilrettelegging vil kunne være indirekte kjønnsdiskriminering av gravide arbeidstakere. Et tilsvarende eksempel er en arbeidsgiver som ikke bestreber seg på å legge møter, kurs osv. innenfor den alminnelige arbeidstiden hvis dette er praktisk mulig. Dette kan være indirekte kjønnsdiskriminering av arbeidstakere med omsorgsoppgaver.

Plikten til universell utforming i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kommer ikke bare personer med nedsatt funksjonsevne til gode. Fysiske forhold skal ifølge ordlyden i § 9 utformes slik de skal kunne benyttes av *flest mulig*. I forarbeidene vises det til at reglene kan få betydning også for andre grupper enn personer med nedsatt funksjonsevne. Eksempler som nevnes er eldre,

gravide og personer med små barn. Videre pekes det på at universell utforming også vil gi bedre generell sikkerhet til beste for alle, for eksempel med tydelig merking av nødutganger eller med brede dører.²⁵ Det følger imidlertid av loven for øvrig at kravet om universell utforming skal vurderes kun ut fra hensynet til personer med nedsatt funksjonsevne. Loven kan med andre ord ikke påberopes for eksempel ut fra sikkerhets-hensyn.

Utvalget foreslår at de særlige tilretteleggingspliktene for personer med funksjonsnedsettelse videreføres. Utvalget mener at det ikke er behov for å utvide reglens virkeområde til andre grunnlag. Det er nettopp på de områder der behovet er størst det er vedtatt særregler. I andre tilfeller vil det alminnelige diskrimineringsforbudet eventuelt kunne påberopes.

18.5.2.2 Tilretteleggingsplikten er uttømmende regulert

Avgrensningsregelen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd

Det følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd at diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne som skyldes manglende fysisk tilrettelegging er uttømmende regulert i § 9 og § 12 om universell utforming og individuell tilrettelegging. I forarbeidene begrunner Barne- og likestillingsdepartementet dette slik:

«Departementet viser til at hensynet til klarhet og forutberegnelighet taler for at tilretteleggingsplikter reguleres særskilt. For mange personer med nedsatt funksjonsevne vil tilretteleggingsplikten i praksis kunne utgjøre den viktigste delen av diskrimineringsbeskyttelsen. Etter departementets syn tilsier hensynet til brukervennlighet at en så sentral del av vernet fremgår klart av loven. For de berørte virksomheter vil tilrettelegging kunne medføre kostnader, særlig der det dreier seg om tilrettelegging av de fysiske forhold. Virksomhetene vil ha et legitimt behov for å få klargjort hvilke forpliktelser som følger av loven og kunne planlegge ut fra dette.»²⁶

Når det gjelder fysisk tilrettelegging som er omfattet av plikten til universell utforming i § 9 eller plikten til individuell tilrettelegging i § 12, er det klart at det generelle forbudet mot diskrimine-

²³ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.6.4.1 side 181.

²⁴ Solem 2008.

²⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.4 side 141. Se også Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) punkt 17.5.5 side 204.

²⁶ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.6.4.3 side 103.

ring ikke kommer til anvendelse dersom det konstateres at pliktsubjektet opptrer i samsvar med § 9 eller § 12. Formålet med å innarbeide særskilte bestemmelser om individuell og generell tilrettelegging, var å pålegge positive forpliktelser ut over det som ellers kunne utledes av et generelt diskrimineringsforbud. Fysiske tilretteleggingsplikter utledet av forbudet mot diskriminering har, uavhengig av § 4 syvende ledd, ingen selvstendig betydning på disse områdene.

Bestemmelsen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd gjelder kun tilrettelegging av de fysiske forholdene. Manglende tilrettelegging av *ikke-fysiske* forhold kan derfor være diskriminering i strid med det generelle diskrimineringsforbudet. For eksempel kan det utledes en viss plikt til individuell tilrettelegging av tjenester fra forbudet mot diskriminering.

Et annet spørsmål er om det kan utledes en plikt til tilrettelegging også av *fysiske* forhold i situasjoner som ikke er særlig regulert i § 9 eller § 12. Dette spørsmålet er ikke avklart. Spørsmålene er drøftet av advokat Ann Helen Aarø i hennes utredning om tilgang til varer, tjenester og informasjon rettet mot allmennheten, 8. desember 2008, utført på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet. Hun viser til at ordlyd og forarbeider trekker i retning av en vid fortolkning av uttrykket «uttømmende» i § 4 siste ledd, det vil si at ingen plikt til fysisk tilrettelegging skal kunne utledes av forbudet mot diskriminering. Lovens formål, internasjonale forpliktelser samt formålet om større forutsigbarhet for rettssubjektene taler derimot ifølge Aarø for en snever fortolkning slik at forbudet mot diskriminering skal kunne påberopes hvis det er tale om områder og rettssubjekter som ikke omfattes av de særlige tilretteleggingsreglene. Hennes konklusjon er at bestemmelsen antakelig må forstås slik

«at når et pliktsubjekt har oppfylt forpliktelsen som følger av lovens § 9 og/eller lovens § 12, skal spørsmålet om mangelfull fysisk tilrettelegging ikke vurderes opp mot lovens generelle diskrimineringsforbud. Avgrensingsbestemmelsen i § 4, syvende ledd, må mest sannsynlig tolkes slik at den ikke regulerer uttømmende situasjonen der pliktsubjektet ikke omfattes av oppregningen i lovens § 12, og der virksomheten heller ikke omfattes av plikten til generell tilrettelegging i lovens § 9. I praksis vil dette si virksomhet som ikke er rettet mot allmennheten, og som heller ikke positivt er oppregnet i § 12. I slike situasjoner må behovet for tilrettelegging vurderes opp mot forbudet mot indirekte diskriminering. Resultatet kan være en plikt til tilrettelegging, og av og til, plikt til fysisk tilrettelegging.»

tatet kan være en plikt til tilrettelegging, og av og til, plikt til fysisk tilrettelegging.

Konsekvensene av denne tolkningen er ikke at pliktsubjekt som faller utenfor området til § 12 pålegges omfattende fysiske tilretteleggingsplikter. Utgangspunktet er ... at det av forbudet mot indirekte diskriminering kan utledes visse tilretteleggings- og tilpasningsforpliktelser, men at disse er av en annen karakter enn de positive pliktene etter § 9 eller § 12. Tilretteleggingsplikten som utledes av forbudet mot indirekte diskriminering vil kun gi et minimumsvern, og i utgangspunktet kun et krav på tilrettelegging, ikke nødvendigvis fysisk tilrettelegging. Lovens §§ 9 og 12 fanger i det vesentlige opp behovet for fysisk tilrettelegging, og forbudet mot indirekte diskriminering må kun anses som en sikkerhetsventil i lovverket ved siden av de positivt avgrensede tilretteleggingspliktene i §§ 9 og 12.»

Skal tilretteleggingsplikten reguleres uttømmende?

Utvalget har vurdert om avgrensingsbestemmelsen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd bør videreføres. Det kan i tilfelle være et behov for å klarlegge hvor langt den rekker.

Utvalget legger til grunn at de særskilte tilretteleggingsbestemmelsene er en konkretisering av plikter og rettigheter, som på sine områder går lenger enn det som vil kunne utledes av forbudet mot diskriminering. Utvalget tar utgangspunktet i at anvendelsesområdet til det generelle diskrimineringsvernet bør være omfattende og at begrensninger bør begrunnes særskilt. Hensynet til et mest mulig effektivt vern mot diskriminering kan tilsi at plikten til fysisk tilrettelegging ikke bør være uttømmende regulert, i hvert fall at dette bare skal gjelde innenfor de særlige tilretteleggingsreglenes anvendelsesområde. Dette taler for at utenfor området til de positive tilretteleggingspliktene bør forbudet mot diskriminering kunne påberopes. Forbudet mot diskriminering vil da utgjøre en sikkerhetsventil og et supplement til skjærpede fysiske tilretteleggingsplikter.

Hensynet til harmonisering mellom de ulike diskrimineringsgrunnlagene tilsier at manglende tilrettelegging bør omfattes av det generelle diskrimineringsforbudet i en samlet diskrimineringslov. Som nevnt kan et krav om tilrettelegging også utledes av diskrimineringsforbud generelt, og ikke bare diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Dette kan ikke avskjæres i en samlet lov uten å svekke vernet for andre grupper. Samtidig bør det heller ikke legges til grunn en generell til-

retteleggingsplikt kun overfor andre enn personer med funksjonsnedsettelse.

Utvalget har kommet til at avgrensningen bør videreføres, men kun for de rettssubjekter og på de områder der tilretteleggingsplikten overfor personer med funksjonsnedsettelse i dag er særlig regulert. En slik regel vil ivareta hensynet til forutsigbarhet for pliktsubjektene, kravene i internasjonale regler, samtidig som ulike diskrimineringsgrunnlag blir likestilt og personer med funksjonsnedsettelse beholder gjeldende rett til tilrettelegging. Utvalget mener at det vil være urimelig hvis en virksomhet som oppfyller plikten til tilrettelegging likevel kan bli tatt for å diskriminere. Å la manglende tilrettelegging kunne fanges opp som diskriminering vil gi mindre forutsigbarhet, sammenliknet med mer «skreddersydd» tilretteleggingsplikter. Er det derimot tale om tilrettelegging på områder eller for rettssubjekter som ikke omfattes av tilretteleggingsreglene, vil ikke hensynet til forutsigbarhet ha samme vekt.

Utvalget foreslår at diskriminering som skyldes mangelfull fysisk tilrettelegging skal være uttømmende regulert for de rettssubjekter og på de områder bestemmelsene om generell og individuell fysisk tilrettelegging gjelder, jf. lovforslaget § 6 andre ledd. Det skal altså kunne utledes en viss plikt til tilrettelegging av forbudet mot diskriminering i noen tilfeller, men bare utenfor virkeområdet til lovens særlige regler om universell utforming og individuell tilrettelegging.

En avgrensingsregel med det innhold utvalget foreslår, vil bety at krav om tilrettelegging av fysiske forhold i virksomheter rettet mot allmennheten, blant annet innen arbeidsliv, skole- og utdanning, barnehage og visse andre kommunale tilbud, ikke vil kunne utledes av forbudet mot diskriminering. Eventuelle nye regler, for eksempel om tilgjengelighet til varer, tjenester og informasjon, bør få tilsvarende konsekvenser.

Utenfor området til de positive tilretteleggingsreglene vil derimot det generelle diskrimineringsforbudet kunne påberopes. Dette vil gjelde tilrettelegging av ikke-fysiske forhold som for eksempel service i forbindelse med levering av varer og tjenester. For eksempel vil en blind person med utgangspunkt i forbudet mot diskriminering kunne kreve at menyen på en restaurant leses opp. Dette vil også gjelde fysiske forhold som faller utenfor de områder som er særlig regulert. Utvalget vil imidlertid bemerke at rekkevidden av vernet mot manglende fysisk tilrettelegging som kan utledes av det generelle diskrimine-

ringsforbudet er uklart. Videre vil dette vernet kun utgjøre en minstestandard i særlige tilfeller. Det må også ses hen til den forholdsmessighetsvurderingen som diskrimineringsforbudet alltid vil være betinget av. Krav om generell tilrettelegging vil dermed sjelden være aktuelt på områder som ikke er rettet mot allmennheten, fordi situasjonen ikke vil være like inngripende og skape like store barrierer for samfunnsdeltakelse for personer med funksjonsnedsettelse som på områder rettet mot allmennheten.

Fordi plikten til tilrettelegging som kan utledes av det generelle diskrimineringsforbudet dermed ikke går så langt, og er såpass uklar og vanskelig å håndheve, vil det uansett være av stor betydning at kravene til tilrettelegging reguleres positivt på de områder der tilrettelegging er av særlig betydning.

18.5.3 Informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)

Utvalget har vurdert om det er behov for noen presiseringer av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens regler om universell utforming av IKT. Utvalget har i den forbindelse vurdert sammenhengen mellom den generelle regelen om universell utforming i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 og særregelen om IKT i § 11. Utvalget har også vurdert plasseringen av denne bestemmelsen. Utvalget drøfter spørsmålet om universell utforming av IKT i utdanningssektoren og på arbeidsplasser i punkt 18.5.4.

Plikt til universell utforming av IKT kan ifølge forarbeidene utledes av den generelle plikten til universell utforming, se punkt 18.2.3. Dette er nå foreslått presisert i bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 79 (2008-2009). Reglene er med andre ord bygget opp slik at § 9 slår fast et generelt prinsipp, mens de konkrete pliktene på bestemte områder reguleres i egne regler (som for eksempel § 11). Det følger av § 9 femte ledd at det ikke regnes som diskriminering hvis virksomheten har oppfylt de plikter som følger av slike særregler. Formålet med denne løsningen er at særreglene skal sikre forutsigbarhet for virksomhetene slik at de får mer veiledning i hva som ligger i plikten, samtidig som de ikke skal risikere å bli tatt for diskriminering dersom disse reglene følges. Tilsvarende må det være slik at tilfeller der en virksomhet ikke oppfyller de særlige kravene, etter omstendighetene kan være i strid med § 9.

Den generelle regelen i § 9 kan også påberopes på områder der det ikke er tilretteleggings-

plikt etter egne forskrifter hjemlet i § 11, enten fordi slike forskrifter ikke er ferdige, fordi fristen for oppfyllelse etter § 11 andre ledd ikke er utløpt eller fordi tilfellene faller utenfor § 11. Dette kan få betydning blant annet ved at krav om universell utforming av IKT-løsninger som ikke reguleres i særbestemmelser, vil kunne omfattes av den generelleplikten. Dette kan for eksempel være IKT-løsninger som brukes i opplæringsformål.

Utvalget mener at dette bør fremgå tydeligere av lovteksten. Utvalget foreslår en presisering i lovbestemmelsen om IKT som sier atplikten til universell utforming etter den generelle regelen, gjelder dersom det ikke er plikt til universell utforming etter den særskilte bestemmelsen om IKT. Utvalget antar imidlertid at den generelleplikten antakelig vil ha liten praktisk betydning, ikke minst når det vedtas forskrifter på området. Det er uklart hvilke krav som følger av den generelleplikten og det vil i praksis kunne være vanskelig å påberope seg denne. Plikten etter den generelle bestemmelsen vil uansett være begrenset av en konkret forholdsmessighetsvurdering. Det kan også bemerkes at begge bestemmelser er avgrenset til løsninger som er rettet mot allmennheten, og vil dermed ha samme begrensede rekkevidde. Det vises til lovforslaget § 19 fjerde ledd.

Utvalget foreslår også å oppheve diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11 andre ledd tredje punktum som sier atplikten etter bestemmelsen ikke omfatter IKT-løsninger der utformingen reguleres av annen lovgivning. Denne regelen er ment å avgrense bestemmelsen mot eventuelle krav i sektorlovgivningen.²⁷ Utvalget viser til at slike krav ikke er fastsatt, og at eventuell harmonisering kan gjennomføres ved vedtakelsen av forskrifter. Utvalget viser også til regelen om at det ikke vil være plikt til universell utforming etter diskrimineringsloven dersom virksomheten oppfyller nærmere bestemmelser i lov eller forskrift om innholdet i universell utforming, jf. lovforslaget § 18 fjerde ledd.

Utvalget mener videre at den særlige bestemmelsen om universell utforming av IKT ideelt sett bør flyttes til sektorlovgivningen, på samme måte som kravene til bygg og anlegg reguleres i plan- og bygningsloven. Hvis henvisningen til plan- og bygningsloven tas ut slik utvalget foreslår i punkt 18.5.6.2, kan IKT-bestemmelsen skape enda større uklarhet ved at det kan se ut som om det kun er på IKT-området vi har særlige regler om universell utforming. Dette ble vurdert i lovarbei-

det. Det ble da vist til at det per i dag ikke er noen lov som er særlig egnet til å hjemle disse reglene.²⁸ Utvalget ser ikke at denne situasjonen har endret seg, men forutsetter at dette spørsmålet vurderes på nytt dersom det blir vedtatt ny lovgivning på IKT-området.

18.5.4 Universell utforming på arbeidsplasser og i utdanningsinstitusjoner

18.5.4.1 Rettet mot allmennheten

Plikten til universell utforming etter § 9 og § 11 er avgrenset til den delen av virksomheten som er rettet mot allmennheten. Denne avgrensningen fører til at det er områder som faller utenforplikten til universell utforming, selv om det kan være tale om områder der universell utforming kan ha stor effekt for nedbyggingen av funksjonshemmende barrierer. Avgrensningen er særlig problematisk ut fra behovet for tilrettelegging på arbeidsplasser og i utdanningsinstitusjoner, og da særlig med hensyn til IKT.

Utvalget mener at anvendelsesområdet forplikten etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 og § 11, som foreslås videreført i den nye loven jf. lovforslaget § 18 og § 19, først og fremst må baseres på en fortolkning av uttrykket «rettet mot allmennheten». Eventuelle begrensninger avplikten må være i samsvar med lovteksten og lovens formål.

Det er knyttet en viss uklarhet til fortolkningen av kravet om at virksomheten skal være rettet mot allmennheten. Utvalget mener at fortolkningen av vilkåret «rettet mot allmennheten» i § 9 og § 11 bør fortolkes bredt i lys av lovens formål. Det bør legges stor vekt på at universell utforming skal knyttes til den delen av virksomheten som er særskilt viktig i et deltakelsesperspektiv. Videre mener utvalget at det samme begrepet i de to bestemmelsene må fortolkes likt, slik at anvendelsesområdet blir det samme.

Arbeidsplasser regnes i seg selv ikke som rettet mot allmennheten. En arbeidsplass (eller deler av en arbeidsplass) kan likevel være omfattet av reglene om universell utforming hvis virksomheten der er rettet mot allmennheten. Arbeidstakere i en virksomhet vil på linje med andre benytte seg av og oppholde seg i de deler av virksomheten som er rettet mot allmennheten, slik som for eksempel klasserom på skoler, inngangspartier og møterom. Hvilke deler av virksomheten som

²⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.5.6.3 side 168.

²⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.5.6.1 side 165-166.

dermed omfattes av plikten til universell utforming må fortolkes i lys av deltakerperspektivet.

Når det gjelder arbeidsplasser vil plikten til universell utforming etter § 9 dermed kun gjelde de deler av bygningen og utearealene som er tilgjengelige for publikum. Plikten gjelder dermed inngangspartier, heiser og møterom, men ikke kontorer, kantine, kopirom osv.

I forarbeidene slås det fast at § 11 heller ikke omfatter arbeidsplassens IKT-løsning. Det vises til at disse tilfellene ofte ikke kan sies å være rettet mot allmennheten og til at plikten til individuell tilrettelegging vil gå foran.²⁹

Et annet spørsmål er i hvilken utstrekning plikten til universell utforming gjelder *utdanningsinstitusjoner*, og da særlig med hensyn til IKT. En problemstilling her er skolers kommunikasjon med foreldre til mindreårige elever, med bruk av programvare som er utilgjengelig for blant annet synshemmede.

Skoler er i forarbeidene nevnt som pliktsubjekter etter § 9. Det vises til at selv om en skole driver opplæring for mer spesifiserte målgrupper, vil en skole over tid kunne oppleve variasjon blant elever, foreldre og andre som skal kunne benytte bygninger og arealer ellers. I tillegg brukes skolebygg ofte til andre formål enn opplæring, for eksempel som valglokaler.³⁰ Undervisningslokalene omfattes derfor av plikten til universell utforming.

IKT-løsninger i utdanningssektoren og i opplæringsformål skal ifølge forarbeidene ikke omfattes av særreglene om universell utforming av IKT i lovens § 11. Det blir vist til at disse løsningene i mange tilfeller ikke kan sies å være rettet mot allmennheten.³¹ Videre vises det til opplæringsloven og til plikten til individuell tilrettelegging i medhold av lovens § 12. Plikten til individuell tilrettelegging gjelder imidlertid for elever og studenter, og ikke for elevenes foreldre. Denne fortolkningen av § 11 som slås fast i forarbeidene fremgår ikke klart av lovteksten. Uttalelsen gir ikke noen god sammenheng med forarbeidenes uttalelser om rekkevidden av § 9 når det gjelder hva som er viktig i et deltakelsesperspektiv.

Utvalget mener at IKT-løsninger i undervisningsformål, på samme måte som undervisningslokalene, bør falle inn under lovens begrep «rettet mot allmennheten». Dette vil omfatte informasjon som ligger på skolers og utdanningsinstitusjoners

hjemmesider om for eksempel studietilbud, prosjekter, forskning og opptak. Videre vil det omfatte IKT-løsninger som brukes for å informere og kommunisere med studenter, elever og mindreårige elevers foreldre.

18.5.4.2 Utvidet plikt til universell utforming?

Det følger av gjennomgangen ovenfor at gjeldende plikt til universell utforming ikke omfatter arbeidsplasser og IKT i arbeidslivet samt i skole- og utdanning. Utvalget mener at det i et diskrimineringsperspektiv bør vurderes om kravene til universell utforming bør utvides til fysiske forhold også på områder som ikke er rettet mot allmennheten.

Det kan for eksempel være behov for universell utforming av kontorer, kantiner, personalrom osv. på en arbeidsplass, uavhengig av om virksomheten for tiden har arbeidstakere med funksjonsnedsettelse.

Når det gjelder utdanningssektoren kan studenter, elever og mindreårige elevers foreldre ha tilsvarende behov for tilrettelegging. For eksempel kan manglende universell utforming av IKT-løsninger i undervisningen virke ekskluderende og gir ikke samme muligheter for deltakelse for personer med funksjonsnedsettelse i forhold til andre studenter og elever.

En del situasjoner innenfor arbeid og utdanning faller likevel utenfor de særlige tilretteleggingsreglene. Utvalget viser til at arbeid og utdanning er spesielt viktige områder for likestilling som har stor betydning for samfunnsdeltakelsen til personer med funksjonsnedsettelse. Utvalget viser også til at generell tilrettelegging er en bedre løsning enn individuelle særløsninger. Generell tilrettelegging er mer inkluderende og gir personer med funksjonsnedsettelse muligheter til å delta på en likeverdig måte. Videre vil generell tilrettelegging redusere behovet for hjelpemidler og annen individuell tilrettelegging.

Når det gjelder *utdanningssektoren* viser utvalget til at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 fastsetter plikt til individuell tilrettelegging i utdanningsinstitusjoner. Videre gir sektorlovgivningen individuelle rettigheter på en rekke områder. Det vises til punkt 18.2.4. En viktig begrensning i reglene om individuell tilrettelegging i utdanningssektoren er imidlertid at de retter seg mot elevene, og ikke gir rettigheter til foreldre som skal hjelpe barna sine med lekser osv. Utvalget mener at det med en bred fortolkning av uttrykket «rettet mot allmennheten» likevel vil

²⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknader til § 11 side 263.

³⁰ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.2.4.5 side 14

³¹ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) merknader til § 11 side 263.

være få fysiske forhold innen utdanningssektoren der det er behov for tilrettelegging som ikke omfattes av reglene om universell utforming etter § 9 og individuell tilrettelegging etter § 12. Tilretteleggingsplikten etter sektorlovgivningen har en videre anvendelse enn bare fysiske forhold. Den kan også knytte seg til undervisningen. Utvalget viser også til Kunnskapsdepartementets oppfølging av Stortingets merknader under behandlingen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven om IKT i skole- og utdanningssektoren. Se også punkt 17.3.2 der utvalget anbefaler at spørsmålet om tilgjengelighet og tilrettelegging av læremidler bør utredes nærmere.

Når det gjelder *arbeidsplasser* kan det vises til at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 pålegger plikt til individuell tilrettelegging i arbeidsforhold. Her kan også nevnes arbeidsmiljøloven § 4-1 om at atkomstveier, sanitæranlegg, arbeidsutstyr mv. så langt det er mulig og rimelig skal være utformet og innrettet slik at arbeidstakere med funksjonsnedsettelse kan arbeide i virksomheten. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven tar ikke bare sikte på arbeidstakere som allerede er ansatt i virksomheten, men også at det skal legges til rette for å ansette personer med funksjonsnedsettelse i fremtiden. Bestemmelsen tar først og fremst sikte på fysiske forhold ved arbeidsplassen. Siden bestemmelsen omfatter for eksempel toalett, personalrom og garderobe, har den et noe videre anvendelsesområde enn de deler av bygningen som er åpent for publikum og som dermed omfattes av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9.

Utvalget viser også til at da plan- og bygningsloven ble revidert i 2009³², vedtok Stortinget at hovedkravet om universell utforming skulle utvides til uttrykkelig også å gjelde arbeidslokaler:

«Komiteen viser til at kravet om universell utforming [etter plan- og bygningsloven] gjelder bygninger, anlegg og uteområder rettet mot allmennheten. Det innebærer at kravet ikke omfatter arbeidslokaler. Komiteen mener at målsetningen om et inkluderende arbeidsliv tilsier at nye arbeidslokaler bør omfattes av bestemmelsen. Undersøkelser viser at norske arbeidsgivere er svært skeptiske til å ansette personer med funksjonshemninger. Selv om samfunnet har ulike ordninger med tilskudd for å tilrettelegge arbeidsplasser og arbeidsmiljøloven har enkelte bestemmelser, innebærer denne form for lovgivning at det stort sett må

etableres særordninger. Dette bryter med prinsippet om universell utforming som hovedløsning. Det er også ønskelig at seniorene i arbeidslivet blir stående lengre i arbeid. Universell utforming av arbeidslokaler vil også ha stor betydning for muligheten for dette. Komiteen vil derfor utvide hovedkravet om universell utforming til også gjelde nye arbeidslokaler (bygninger som faller inn under arbeidsmiljøloven). Den store andelen arbeidslokaler som bygges er enten kontorlokaler eller lokaler som også delvis henvender seg til publikum. Komiteen mener imidlertid at det er enkelte arbeidslokaler som det vil være vanskelig å stille slike krav til, for eksempel verksteder, bruk og lignende. Det må derfor etableres unntaksbestemmelser i forskrift.»³³

Det skal etter de nye reglene være krav om universell utforming av nye arbeidsbygg med uteareal.

Utvalget mener at det på samme måte som for skoler, må tas høyde for at arbeidsplassen over tid vil kunne oppleve variasjon blant de ansatte og besøkende som skal kunne benytte bygninger og arealer ellers. Utvalget mener at det må legges vekt på at individuell tilrettelegging fremfor universell utforming på arbeidsplasser vil innebære at kostnadene ved tilretteleggingen knyttes til den enkelte arbeidstaker eller arbeidssøker. Det at selve arbeidsplassen med alle kontorer, kopirom osv. ikke er universelt utformet, skaper en terskel for den enkelte til overhodet å søke. Det kan også føre til at den som likevel søker blir forbigått. Og hvis personen får jobben, kan manglende tilgjengelighet til kollegers kontorer og fellesområder virke ekskluderende og være til hinder for deltakelse i arbeidsfellesskapet på linje med øvrige medarbeidere.

Spørsmålet om universell utforming av arbeidsplasser må ses i sammenheng med at yrkesdeltakelsen blant personer med funksjonsnedsettelse er lav, 30-40 prosent lavere enn andres. Samtidig er det reist tvil om hvorvidt diskrimineringsforbud i seg selv og alene kan bøte på problemet. Dette knyttes særlig til såkalt insider-outsider problematikk. Lovgivningen synes effektiv til å beskytte personer som får funksjonsnedsettelse mens de er i jobb, men utestengningen av de som er utenfor og vil inn er like stor. Dette skyldes dels vansker med bevisførsel, men enda mer at funksjonsnedsettelse lett forbindes med plunder og heft. Dette kan handle om tilpas-

³² Ot.prp. nr. 45 (2007-2008).

³³ Innst.O. nr. 50 (2008-2009) punkt 13.2 side 24.

ninger av arbeid og arbeidsplass, søknader om hjelpemidler og annet. Slike forestillinger kan være reelle eller forestilte, men vil like fullt fungere slik at arbeidsgiveres motivasjon påvirkes i negativ retning. I det lyset vil det være svært viktig å koble spørsmål om tilpasning og tilrettelegging løs fra den enkelte arbeidssøker, og at det i stedet utformes som generelle krav. I så måte vil krav om universell utforming av arbeidsplasser kunne være en nyttig og viktig strategi for å gjøre det lettere for personer med funksjonsnedsettelse å skaffe seg arbeid og motvirke den lave sysselsettingsraten.

Utvalget mener likevel at det ikke er behov for å utvide virkeområdet til reglene om universell utforming i diskrimineringsloven til å omfatte arbeidsplasser generelt. Utvalget viser til plan- og bygningslovens generelle krav til bygninger, anlegg og utearealer, samt de nylig vedtatte reglene om arbeidsplasser. Plan- og bygningsloven er den viktigste loven for å gjøre diskrimineringslovgivningens krav om universell utforming operativ på de områdene der samfunnet skaper funksjonshemmende barrierer. Kravene til universell utforming av bygg og anlegg bør derfor primært forankres i dette regelverket.

Universell utforming av IKT på arbeidsplassen er viktig for å oppnå full deltakelse i arbeidslivet. På mange arbeidsplasser er for eksempel intranett en svært viktig informasjonskanal til og mellom de ansatte. Hvis dette systemet ikke er universelt utformet vil ansatte med funksjonsnedsettelse ikke ha samme mulighet til å arbeide og å delta i det kollegiale fellesskapet på linje med øvrige ansatte.

Utvalget mener på denne bakgrunn at spørsmålet om universell utforming av IKT i arbeidslivet bør utredes nærmere. En slik utredning har ligget utenfor rammene av utvalgets arbeid.

18.5.5 Stedlig virkeområde for reglene om individuell tilrettelegging

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder i riket, inkludert Svalbard, Jan Mayen m.m. Det er imidlertid gjort unntak for reglene om aktivitets- og rapporteringsplikt, samt reglene om generell og individuell tilrettelegging hva gjelder Svalbard, Jan Mayen m.m. Det vises blant annet til at Svalbard ikke er ment å være et livsløpssamfunn og at det kan reises tvil om reglens anvendelse på kontinentalsokkelen og på norske skip og luftfartøyer.

Utvalget har vurdert om unntaket fra lovens stedlige virkeområde fortsatt bør gjelde retten til individuell tilrettelegging i barnehager, skoler og utdanningsinstitusjoner.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Emberland, Graver, Næss og Stabell) har forståelse for at det kan oppfattes urimelig at loven ikke gjelder individuell tilrettelegging av barnehager og undervisning på Svalbard. Utvalget har imidlertid ikke hatt foranledning til å gå inn i begrunnelsen for den någjeldende avgrensningen og har dermed ikke foretatt noen utredning eller vurdering av hva det vil innebære å endre rettstilstanden på dette punktet. Flertallet foreslår derfor å videreføre bestemmelsen i den form den har i gjeldende lovgivning. Det vises til lovforslaget § 2. Flertallet viser også til at bestemmelsen vil gi hjemmel til å vedta forskrifter på de områder som er unntatt hvis det viser seg å være behov for det.

Utvalgets mindretall (Craig, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) mener at det er urimelig at skoler og barnehager på Svalbard skal unntas fra krav om individuell tilrettelegging. Mindretallet foreslår derfor at retten til individuell tilrettelegging i barnehager og skole- og utdanningsinstitusjoner ikke skal omfattes av unntaket. Regelen vil da også formelt få anvendelse på kontinentalsokkelen og på norske skip og luftfartøyer, men vil i slike tilfeller ikke ha noen praktisk betydning.

18.5.6 Noen lovtekniske spørsmål

18.5.6.1 Individuell tilrettelegging

Utvalget foreslår noen lovtekniske endringer i reglene om individuell tilrettelegging, jf. lovforslaget § 20, § 21 og § 27.

Formuleres som en rett

Reglene om individuell tilrettelegging er formulert som pliktregler i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Det at brudd på plikten skal regnes som diskriminering, betyr samtidig at det er en korresponderende rett for den enkelte til ikke å bli diskriminert.

Utvalget foreslår at reglene om individuell tilrettelegging heller utformes som en *rett* til individuell tilrettelegging. Dette vil ikke medføre noen endring i det juridiske forholdet mellom den som har en plikt til individuell tilrettelegging og den personen som har et krav på dette. Men det vil kunne ha en viktig pedagogisk funksjon, og det vil understreke for partene at tilretteleggingen nett-

opp er noe den enkelte har krav på direkte etter loven.

Egnet tilrettelegging

Det følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 andre, tredje og fjerde ledd at plikten til tilrettelegging kun gjelder *rimelig* tilrettelegging. Utvalget mener at bestemmelsen med denne ordlyden gjør regelen uklar.

Utvalget viser til at kriteriene «rimelig» og «ikke uforholdsmessig byrde» tilsynelatende er overlappende og vanskelig å skille fra hverandre. Videre oppfattes uttrykkene ofte i vanlig språkbruk som synonyme. I tillegg skal det under uforholdsmessighetsvurderingen ses hen til om tilretteleggingen er rimelig. Det vises til punkt 18.2.4.1.

Det er vanskelig å forstå ut fra bestemmelsens ordlyd hva som ligger i uttrykket «rimelig». Uttrykket kan ut fra sin ordlyd oppfattes som en begrensning av plikten til individuell tilrettelegging. Utvalget forstår forarbeidene slik at uttrykket tvert imot tar sikte på å si noe om kravene til de konkrete tiltak virksomheten setter i verk, det vil si hva det er rimelig å kreve sett fra den aktuelle personen med funksjonsnedsettelse sin side, mens det tas høyde for hensynet til virksomhetene i begrensningen om at tilretteleggingen ikke skal innebære en uforholdsmessig byrde.

Utvalget foreslår at kravet om rimelig tilrettelegging endres til et krav om *egnet* tilrettelegging. På samme måten som uttrykket «rimelig» skal forstås ifølge forarbeidene, siktes det her til et krav om at konkrete tilretteleggingstiltak skal vurderes i forhold til den enkelte person med funksjonsnedsettelse. Uttrykket «egnet» skal fortolkes på samme måte. Det skal som nå foretas en vurdering av tilretteleggingstiltaket opp mot situasjonen, behovet og nytten for den enkelte. Videre sier det noe om hva slags tilrettelegging som kan kreves og som er tilstrekkelig til å oppfylle plikten. Uttrykket «egnet» peker etter utvalgets syn mer i retning av en slik vurdering enn uttrykket «rimelig». At dette skal veies mot konsekvensene av tilretteleggingen for den aktuelle virksomheten vil som tidligere følge av kravet om at tilretteleggingen ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten.

Utvalget mener at det ikke er nødvendig å ta inn kravet til egnethet i både første og andre ledd slik det er gjort i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12. Det gir en bedre lovtekst om første ledd slår fast retten til egnet individuell tilrettelegging, mens begrensningene (eller vilkårene) følger av andre ledd.

Forslaget innebærer ingen endringer i gjeldende rettigheter.

18.5.6.2 Henvisningen til plan- og bygningsloven oppheves

Utvalget foreslår at henvisningsbestemmelsen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 10 til plan- og bygningslovgivningen ikke videreføres. Det vises til at lovbestemmelsen ikke har noen materiell betydning, og at den kun er tatt inn av hensyn til synlighet.³⁴ Utvalget kan ikke se behovet for en særskilt synliggjøring når det gjelder tiltak etter plan- og bygningsloven. Etter utvalgets vurdering er henvisningsbestemmelsen ikke egnet til å klargjøre forholdet mellom de to lovverkene. Henvisningsbestemmelsen kan tvert imot være egnet til å misforstås dit hen at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 ikke skal omfatte byggetiltak. Plikten til universell utforming i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 gjelder også bygninger mv. som omfattes av plan- og bygningsloven.

En parallell til kravene om universell utforming i plan- og bygningsloven er kravene til universell utforming av nye transportmidler rettet mot allmennheten, som også er hjemlet i ulikt annet lovverk på samferdselsområdet. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har ikke noen tilsvarende henvisningsbestemmelse på disse områdene. Å innarbeide henvisninger i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven til de øvrige aktuelle lovene vil kunne bli omfattende og lite oversiktlig. Samtidig skapes det behov for hyppige oppdateringer. Etter utvalgets vurdering taler også dette mot at henvisningsbestemmelsen til plan- og bygningsloven skal videreføres i samlet diskrimineringslov. Se også punkt 18.5.3 om IKT.

³⁴ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 10.3.4.1 side 153.

Kapittel 19

Særlige regler om ansettelsesforhold

19.1 Innledning

I dette kapitlet drøfter utvalget enkelte regler som kun gjelder i ansettelsesforhold. Alle lovens regler som gjelder ansettelsesforhold foreslås av informasjonshensyn samlet i et eget kapittel i diskrimineringsloven. De reglene som drøftes her gjelder retten til likelønn, arbeidsgivers rett til å innhente opplysninger om arbeidssøkere i forbindelse med ansettelser og arbeidsgivers opplysningsplikt. Andre regler som også særlig gjelder ansettelsesforhold og som utvalget foreslår regulert i samme kapittel, er arbeidsgivers aktivitetsplikt (se punkt 17.2) og retten til individuell tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse (se punkt 18.5.6.1).

19.2 Likelønn

Likestillingsloven har en særlig bestemmelse i § 5 om rett til lik lønn for samme arbeid og arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn. Vern mot lønnsdiskriminering følger også av de generelle diskrimineringsforbudene i likestillingsloven § 3, arbeidsmiljøloven § 13-2, lov mot etnisk diskriminering § 4 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Utvalget foreslår at en samlet diskrimineringslov får en egen bestemmelse tilsvarende likestillingsloven § 5 om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi. Utvalget har vurdert om bestemmelsen også skal gjøres gjeldende for andre av lovens diskrimineringsgrunnlag, men er kommet til at bestemmelsen fortsatt skal gjelde kun ved kjønnsdiskriminering. Utvalget foreslår også å oppheve hjemmelen til å vedta forskrifter om hva som regnes som samme virksomhet i stat og kommune.

19.2.1 Gjeldende rett

19.2.1.1 Likestillingsloven

Kvinner og menn har etter likestillingsloven rett til lik lønn for samme arbeid og for arbeid av lik

verdi. Dette er lovfestet i likestillingsloven § 5 som slår fast at kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for arbeid av lik verdi. Med lik lønn menes at lønnen fastsettes på samme måte for kvinner og for menn uten hensyn til kjønn, det vil si at normene for fastsettelse av lønn ikke skal være direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3.¹

Likestillingslovens likelønnsbestemmelse har følgende ordlyd:

§ 5 Lik lønn for arbeid av lik verdi

Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.

Retten til lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres av ulike tariffavtaler.

Om arbeidene er av lik verdi avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante momenter, som for eksempel anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold.

Med lønn menes det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren.

Kongen kan i forskrifter gi nærmere regler for hva som regnes som samme virksomhet i stat og kommune.

Forholdet mellom likelønnsbestemmelsen i § 5 og generalklausulen i § 3

Likestillingsloven § 5 regulerer ikke spørsmålet om lønn og diskriminering uttømmende. Forbud mot diskriminering med hensyn til lønn følger også av det generelle forbudet mot kjønnsdiskri-

¹ Det er gjort rede for § 5 i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 8 side 51 flg, NOU 2008: 6 kapittel 7 side 100 flg. og Brækhus 2008 side 213 flg.

minering i likestillingsloven § 3. Det følger av § 5 at lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn. Med dette menes at lønnen skal fastsettes på en måte som ikke er direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3.

Lovens § 5 gir en nærmere presisering og utfylling av hvordan forbudet mot lønnsdiskriminering skal forstås, se punkt 19.2.4.4.

At lønnen skal fastsettes på en ikke diskriminerende måte følger også direkte av § 3. Diskrimineringsforbudet i § 3 kan dermed supplere like-lønnsbestemmelsen i saker som ikke omfattes av § 5. Dette gjelder i de tilfeller der det er tale om lønnsdiskriminering mellom arbeidstakere som ikke arbeider i samme virksomhet, for eksempel hvis en tariffavtale har en diskriminerende bestemmelse. Videre kan ulik lønn også være diskriminerende selv om arbeidene ikke har lik verdi. Ombudet har for eksempel i en sak kommet til at ordningen i en kommune med tildeling av smusstillegg ble praktisert slik at det var lettere for mannlige ansatte ved kommunens eiendomsavdeling å få smusstillegg enn for kvinnelige renholdsarbeidere. Det at kommunens praksis hadde en slik kjønnsskjev virkning kunne ifølge ombudet medføre indirekte diskriminering i strid med § 3, uavhengig av om arbeidene hadde lik verdi eller ikke.²

Lønn

Lønn defineres i likestillingsloven § 5 som «det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler i penger eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren». Begrepet lønn skal tolkes vidt. Pensjon, bonusordninger, arbeidstøy, bil, abonnemeter, telefon osv. regnes med som del av lønnen.

Retten til likelønn etter § 5 gjelder arbeidstakere som utfører samme arbeid eller arbeid av lik verdi.

For det første gjelder retten til likelønn etter § 5 dersom en etter en sammenlikning kommer til at arbeidene det er tale om i det ytre fremstår som like; det vil si hvis det er tale om arbeidstakere med samme fagbakgrunn som gjør like arbeidsoppgaver. I disse tilfellene vil arbeidene også ha lik verdi. For det andre gjelder retten til likelønn også hvis arbeidene fremstår som ulike, for eksempel på grunn av ulik fagbakgrunn, men som likevel må anses å ha lik verdi.

Arbeidene som sammenliknes skal være gjenstand for en helhetsvurdering, der alle faktorer som har betydning for det konkrete arbeidets utførelse skal inngå i vurderingen. De sentrale kriteriene for vurderingen er etter § 5 tredje ledd kompetanse, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold. Alle faglige kvalifikasjoner og egenskaper, samt ansvar og belastninger, som skal til for å utføre arbeidet bør tas i betraktning. Det er den totale summen av disse kvalifikasjonene og egenskapene som er avgjørende for om arbeidet er av lik verdi.

Arbeidets verdi er ikke knyttet til verdien for arbeidsgiveren, men til en objektiv vurdering av innholdet og vanskelighetsgraden i det arbeidet som skal utføres. Det er altså arbeidsoppgavene, og ikke hvordan arbeidstaker utfører arbeidet eller hvordan det verdsettes av kunder og brukere, som skal danne grunnlaget for vurderingen.

Det følger av andre ledd at retten til lik lønn for arbeid av lik verdi gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres i ulike tariffavtaler. Dette betyr at to arbeider er sammenliknbare og dermed kan ha lik verdi, selv om stillingene det er tale om krever ulik fagbakgrunn. Avgjørelsen av om to arbeider har lik verdi skal bygge på en helhetsvurdering av de faktorer som fremgår av tredje ledd. Kravet om sammenlikning på tvers av faggrenser kom inn i likestillingsloven i 2002 og var ment som en klargjøring og styrking av reglene som fulgte av praksis.³

En sammenlikning mellom arbeidstakere med ulik fagbakgrunn skal altså danne grunnlag for et krav om likelønn hvis det er likhetstrekk mellom arbeidsoppgavene. Det samme gjelder hvis det er tale om arbeidstakere som omfattes av ulike tariffavtaler; det at lønningene er resultat av separate forhandlinger skal ikke stå i veien for en sammenlikning som grunnlag for et krav om likelønn.

Samme virksomhet

Retten til lik lønn etter likestillingsloven § 5 er begrenset til arbeidstakere ansatt i samme virksomhet. Det betyr at kravet om likelønn ikke kan bygge på sammenlikninger mellom ansatte i forskjellige virksomheter, heller ikke om virksomhetene drives eller eies av samme fysiske eller juridiske person.⁴

Begrepet samme virksomhet skal normalt fortolkes som samme arbeidsgiver. Arbeidsgiver er

² Ombudets sak nr. 06/23, Praksis 2006 side 39.

³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) merknadene til § 5 side 114.

⁴ Se nærmere i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.2.3 side 53-54 og NOU 2008: 6 punkt 7.1.3 side 105-106.

den som har ansatt arbeidstakeren, som kan være en fysisk eller en juridisk person. Når det gjelder konsernforhold, skal hver virksomhet vurderes for seg, selv om selskapene er bundet sammen av felles eierinteresser. Når det gjelder offentlig virksomhet blir staten så vel som hver enkelt kommune ansett som en arbeidsgiver, såfremt det ikke dreier seg om virksomheter som er skilt ut som egne rettssubjekter.⁵ Eksempler på egne rettssubjekter er statseide selskaper, som NRK og helseforetakene. Ansatte i forvaltningsorganer som juridisk og økonomisk er en del av staten og hvor ansettelsesforhold reguleres av tjenestemannslovgivningen, ansees derimot for å ha en og samme arbeidsgiver, det vil si staten. Til slike forvaltningsorganer regnes for eksempel universiteter. Samme mønster gjør seg gjeldende innenfor den enkelte kommune og fylkeskommune.⁶ Spørsmålet om begrensningene til samme virksomhet i § 5 skulle oppheves eller om virksomhetsbegrepet i statlig sektor skulle innsnevres, ble vurdert i forbindelse med revisjonen av likestillingsloven i 2002. Det ble imidlertid vedtatt at gjeldende rett skulle videreføres.⁷

Loven gir adgang til å vedta forskrifter med nærmere avgrensning av arbeidsgiverbegrepet i statlig og kommunal sektor. Slike forskrifter er ikke vedtatt.

Retten til lik lønn. Individuelle forhold

Med lik lønn menes at lønnen skal fastsettes på en måte som ikke er direkte eller indirekte diskriminerende. Bestemmelsen innebærer ikke et direkte krav om utbetaling av samme lønn når arbeidet har lik verdi. Arbeidsgiver kan ha rett til å lønne ulikt, til tross for at arbeidene har lik verdi. I forarbeidene til likestillingsloven heter det at

«(f)orhold som knyttes til den individuelle arbeidstakeren som ansiennitet, utførelse av arbeidet, markedsverdi osv., skal ikke inngå i verdivurderingen. Så lenge slike faktorer kan virke forskjellig for kvinner og menn vil det være en risiko for ulik lønn. For eksempel vil ansiennitetskrav kunne slå ulikt ut for kvinner og for menn, fordi kvinner i større grad enn menn har avbrudd i sin yrkesaktivitet på grunn av ansvar for små barn. En vektlegging av markedsverdi for en bestemt arbeidstaker eller yrkesgruppe

kan videreføre og sementere eksisterende lønnsforskjeller og lav verdsetting av kvinnearbeid. Etter omstendighetene kan en arbeidsgiver likevel ha rett til å begrunne ulik lønn ut fra slike forhold, til tross for at arbeidene har lik verdi.»⁸

Forhold som knyttes til den individuelle arbeidstakeren som ansiennitet, utførelse av arbeidet osv., skal ikke inngå i verdivurderingen. Det samme gjelder argumenter knyttet til den aktuelle arbeidstakerens eller yrkesgruppens markedsverdi, eller det at lønnen er et resultat av kollektive forhandlinger. Slike faktorer kan imidlertid etter omstendighetene begrunne ulik lønn, såfremt vektlegging av faktorene i seg selv ikke er direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3. For å sikre at retten til likelønn ikke uthules skal det stilles strenge krav til arbeidsgivers motbevis eller begrunnelse i disse tilfellene.

Individuelle forhold som arbeidets utførelse, ansiennitet og markedsverdi kan altså være lovlige grunner til å lønne arbeidstakere forskjellig. Dette er ikke uttrykkelig lovfestet. Ifølge forarbeidene skulle disse prinsippene utvikles i forvaltnings- og rettspraksis.⁹ Individuelle eller kollektive forhandlinger er i seg selv ingen lovlig grunn for forskjellsbehandling, men forhandlinger kan gi ulike utslag fordi forhandlingsstyrken henger sammen med markedsverdien, noe som igjen kan gi ulike utslag for kvinner og menn.

Av disse er markedsverdi det mest kompliserte. Utgangspunktet er at § 5 er en begrensning i forholdet til markedets frie lønnsfastsetting fordi markedet kan være kjønnsdiskriminerende enten markedets aktører er det bevisst eller bare benytter seg av de mulighetene som foreligger (for eksempel at kvinner generelt sett ikke krever så høy lønn som menn). I den grad markedet gjennom lønn bare bidrar til å dirigere arbeidskraft dit den trengs, er imidlertid markedet kjønnsnøytralt, og slike lønnsforskjeller er følgelig lovlige.

Praksis i likelønnsaker

Ifølge likelønnskommisjonen viser praksis fra nemnda at det svært sjelden blir gitt medhold i saker hvor det reises spørsmål om vurdering av arbeidets verdi på tvers av yrkes- og tariffgrenser. Én grunn til at det er vanskelig å få medhold, er at

⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 3.3.3 side 39.

⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.2.3 side 53.

⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.7.5.1 side 61-62.

⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.7.4 side 61 og Brækhus 2009.

⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.7.4 side 61.

hensynet til markedsverdi kan tillegges vekt og åpne for ulik avlønning. I tillegg kommer kravet om individualisering av klagesaker. At ansatte heller ikke har rett til opplysninger om kollegers lønn, gjør det vanskelig eller umulig å sammenlikne sin egen lønn med andres. I sum kan dette føre til at enkeltpersoner vegrer seg mot å reise en klagesak, da det kan oppleves som en stor belastning med små utsikter til medhold. I tillegg kommer at lovens virkeområde er begrenset til samme virksomhet, samtidig som arbeidsmarkedet er svært kjønnsdelt. De største lønnsforskjellene følger det kjønnsdelte arbeidsmarkedet, og faller følgelig utenfor lovens virkeområde.

Vurdering av en arbeidstakers eller yrkesgruppes markedsverdi er et av de spørsmål det er uenighet om. Nemnda har stort sett godtatt markedsargumentet når lønn har vært et vilkår for å få fatt i eller beholde kvalifisert personale. Begrunnelsen skal vurderes i lys av de konkrete forhold på arbeidsmarkedet, og om det er nødvendig å etterspørre arbeidskraft på denne måten eller om behovet kunne vært dekket på andre måter. Det er avgjørende i hvilket omfang det er mangel på søkere, og om det er nødvendig å bruke lønn som virkemiddel for rekruttering. Det har ikke blitt ansett som tilstrekkelig å vise til generelle rekrutteringsproblemer. Arbeidsgiver har måttet sannsynliggjøre at det var særlige omstendigheter som gjorde det nødvendig å bruke lønn som virkemiddel i rekrutteringsøyemed i dette konkrete tilfellet. Nemnda pålegger imidlertid arbeidsgiver på sikt å utlikne lønnsforskjellen.¹⁰

To nyere likelønnsaker fra nemnda illustrerer hvordan likelønnsbestemmelsen anvendes i praksis.

Nemndas sak nr. 17/2006 gjaldt en kvinnelig konsulent/seniorkonsulent som krevde samme lønn som en mannlig typograf i samme avisbedrift. Lønningene var regulert av to ulike tariffavtaler. Nemnda mente at arbeidet i stillingen som seniorkonsulent hadde samme verdi som typografen. Det ble særlig sett på kompetansekrav for stillingene, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold. Blant annet ble det vist til at kompetansekravene for stillingene var ulike, men lå på tilsvarende nivå. Nemnda kom imidlertid til at kvinnen og mannen hadde lik lønn på avgjørelsestidspunktet fordi kvinnen hadde fått en ny stilling med høyere lønn etter at saken var brakt inn for ombudet. Lønnen var derfor likevel ikke i strid med likestil-

lingsloven § 5, jf. § 3. Vedtaket ble brakt til domstolene med påstand om at nemndas vedtak feilaktig bygget på lønnen på det tidspunktet saken ble behandlet, og ikke hennes tidligere lønn da saken ble brakt inn. Kvinnen fikk medhold i tingretten og lagmannsretten, som kom til at dette var en saksbehandlingsfeil og opphevet vedtaket.¹¹

Nemndas sak nr. 23/2008 gjaldt to kvinnelige avdelingssykepleiere som krevde samme lønn som fire mannlige fagkoordinatorer ansatt i samme kommune. Ombudet hadde i denne saken kommet til at lønnsforskjellen var i strid med § 5, jf. § 3.¹²

Nemnda mente at arbeidet i de aktuelle stillingene som avdelingssykepleier hadde lik verdi med arbeidet i de aktuelle fagkoordinatorstillingene. Bakgrunn var en helhetsvurdering av kompetansekravene for stillingene, ansvar og arbeidsforhold. Nemnda la i vurderingen vekt på hensynet til likelønnsbestemmelsens effektivitet. Blant annet ble det vist til at de reelle kompetansekravene for stillingene var like. Videre befant begge typer stillinger seg på samme organisasjonsmessige nivå i kommunen. Den viktigste forskjellen mellom stillingene var ifølge nemnda innholdet i lederansvaret. Avdelingssykepleierne hadde i større grad et ledelsesansvar knyttet til arbeidsledelse og ansvaret for beboerne, mens ledelsesansvaret i de aktuelle fagkoordinatorstillingene i hovedsak knyttet seg til koordinering av tekniske operasjoner, herunder koordinering av eget og innleid personell, samt fagansvar. Nemnda viste til at ett av formålene med likelønnsbestemmelsen og arbeidsvurderingen er å oppjustere typiske kvinneyrker, og at ansvar for mennesker derfor bør tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier.

Nemnda fant at lønnsforskjellene ikke var begrunnet i kjønn, men i andre forhold. Nemnda viste imidlertid til at tilsynelatende kjønnsnøytrale normer for lønnsfastsettelse også kan være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering etter likestillingsloven § 3 tredje ledd.

Siden avdelingssykepleierne var en kvinnedominert gruppe og fagkoordinatorene var en mannsdominert gruppe mente nemnda at lønnsforskjellene hadde en kjønnskjev virkning. Lønnsforskjellene var derfor i utgangspunktet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering. Kommunen klarte imidlertid å sannsynliggjøre at lønnsforskjellene var saklig begrunnet, og at den

¹⁰ NOU 2008: 6 punkt 7.1.3 side 105.

¹¹ Borgarting lagmannsrett 27. oktober 2008.

¹² Ombudets sak nr. 06/1834.

høyere avlønningen var et egnet og nødvendig virkemiddel for å kunne beholde de aktuelle fagkoordinatorne. De aktuelle fagkoordinatorne hadde gjennom sitt langvarige arbeidsforhold i kommunen opparbeidet seg en spisskompetanse, og de hadde nøkkelposisjoner i kommunen. Denne kompetansen var det vanskelig for kommunen å erstatte. Siden det var stor konkurranse når det gjaldt å rekruttere og beholde ingeniører generelt, og nivået på de ordinære ingeniørlønnene dermed ble presset opp, var det god personalpolitikk å ta hensyn til dette ved fastsettelse av fagkoordinatorenes lønn.

Flertallet i nemnda mente det ville være urimelig dersom kommunen i dette tilfellet ikke skulle kunne bruke lønn som virkemiddel for å beholde de aktuelle fagkoordinatorne. Flertallet viste også til forarbeidene der det understrekes at likestillingsloven ikke er ment å brukes til generelle oppjusteringer av lønn for hele yrkesgrupper.¹³ Unntaksregelen i § 3 fjerde ledd kom dermed til anvendelse, og forholdet var ikke i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3. Mindretallet pekte på at det ville virke kjønnskjevvt å legge vekt på markedshensyn, og at dette ville få store konsekvenser i et likestillingsperspektiv. Mindretallet mente den ulike avlønningen var i strid med likestillingsloven.

19.2.1.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering omfatter lønns- og arbeidsvilkår, jf. § 13-2 første ledd bokstav c. Lovens diskrimineringsvern omfatter med andre ord en rett til å ikke bli diskriminert med hensyn til lønn. Det følger av bestemmelsen at lønnen skal fastsettes uavhengig av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, alder, deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse. Diskrimineringsforbudet får ikke anvendelse ved forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler, jf. § 13-2 fjerde ledd.

19.2.1.3 Lov mot etnisk diskriminering

Forbud mot diskriminering i lov mot etnisk diskriminering omfatter blant annet en rett til å ikke bli diskriminert med hensyn til lønn. Dette er ikke presisert i lovteksten, men følger av at loven etter § 3 gjelder blant annet ansettelsesforhold. Det følger dermed av loven at lønnen skal fastsettes uavhengig av etnisitet, religion, livssyn mv. Lønnen skal ikke fastsettes på en direkte eller indirekte diskriminerende måte, jf. § 4.

19.2.1.4 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Forbud mot diskriminering i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven omfatter blant annet en rett til å ikke bli diskriminert med hensyn til lønn. Dette er ikke presisert i lovteksten, men følger av at loven etter § 2 gjelder blant annet ansettelsesforhold. Det følger dermed av loven at lønnen skal fastsettes uavhengig av funksjonsnedsettelse. Lønnen skal ikke fastsettes på en direkte eller indirekte diskriminerende måte, jf. § 4.

19.2.2 Internasjonale regler

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 7 bokstav a sier at staten forplikter seg til å sikre

«Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

i) fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work».

Konvensjonen gjelder alle de grunnlag som er aktuelle for en samlet diskrimineringslov.

Etter FNs kvinnekonvensjon artikkel 11 nr. 1 bokstav d skal staten treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre kvinner «retten til samme lønn og vederlag, til lik behandling når det gjelder arbeid av lik verdi».

Etter ILO-konvensjon nr. 100 artikkel 1 skal staten gjennomføre «the principle of equal remuneration for men and women workers for work of equal value.» Konvensjonen slår fast at uttrykket lik lønn for kvinner og menn for arbeid av lik verdi betyr at lønn skal fastsettes uten kjønnsdiskriminering. Denne konvensjonen er fra 1951 og ble

¹³ Her viser nemnda til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 8.7.2 side 59. Det kan imidlertid se ut som nemnda her har misforstått, for her står det at et vedtak fra nemnda bare vil berøre de aktuelle partene: «Resultatet av en sammenlikning på tvers av faggrenser eller tariffavtaler vil bare ha konsekvenser for de enkelte arbeidstakere som er parter i saken; eventuelle oppjusteringer av hele yrkesgrupper må skje i forhandlingene. En eventuell generell oppjustering av lønn for en hel yrkesgruppe vil måtte skje gjennom sentrale forhandlinger mellom partene. Man skal imidlertid ikke se bort fra at avgjørelser i enkeltsaker kan gi argumenter i forhandlingene som taler for heving av enkelte kvinnedominerte yrkesgrupper.»

ratifisert av Norge i 1960. Konvensjonen har i stor grad dannet norm og vært retningsgivende for nasjonal og EU-rettslig lovgivning om likelønn mellom kvinner og menn.

ILO-konvensjon nr. 111 fra 1960 stiller krav om lik behandling i sysselsetting og utøving av yrke. Dette omfatter også lønn. Konvensjonen gjelder diskriminering på grunn av rase, farge, kjønn, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse eller sosial herkomst. Likelønn omfattes av konvensjonen, men er ikke særlig regulert i konvensjonsteksten. I rekommandasjon nr. 111 artikkel 2 bokstav b uttales det at

«all persons should, without discrimination, enjoy equality of opportunity and treatment in respect of ... remuneration for work of equal value».

Det står i EU-traktaten artikkel 141 at staten skal sikre «prinsippet om like løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi». EØS-avtalen artikkel 69 pålegger «lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstakere for samme arbeid». EØS-avtalens ordlyd er her i samsvar med tidligere artikkel 119 i EF-traktaten.

Likebehandlingsdirektivet artikkel 4 har følgende ordlyd:

«For samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling med hensyn til køn».

Når det gjelder diskriminering på grunn av etnisk bakgrunn, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell orientering, sier rammedirektivet og rasediskrimineringsdirektivet at lønn er en del av likebehandlingsprinsippet anvendelsesområde (begge direktiv artikkel 3 nr. 1 bokstav c).

19.2.3 Utenlandsk rett

Den danske lov mot forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, religion, tro, politisk syn, seksuell orientering, funksjonsevne, alder mv. slår fast at en arbeidsgiver ikke skal forskjellsbehandle arbeidstakere med hensyn til lønnsvilkår, det vil si «hvis der ikke ydes like løn for samme arbejde eller for arbejde, der tillægges samme værdi» (§ 2 stk. 1 og 2). En arbeidstaker som har en lønn som er lavere enn andres i strid med forbudet, har krav på forskjellen (§ 2 stk. 3). Bestemmelsene tilsvarer likelønnsloven § 1 stk. 3 og § 2 (kjønn), og skal fortolkes på samme måte.¹⁴ Da forskjellsbehandlingsloven ble vedtatt og senere

utvidet til nye grunnlag ble det lagt til grunn at forbudet ikke hadde ervervsmessige konsekvenser for virksomhetene.¹⁵

I den svenske diskrimineringsloven kapittel 2 § 5 står det at en arbeidsgiver ikke skal diskriminere sine arbeidstakere. Loven gjelder diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, alder mv. Diskrimineringsforbudet er ikke presisert nærmere verken når det gjelder lønnsdiskriminering eller andre former for diskriminering. Opprinnelig var det i SOU 2006: 22 foreslått en nærmere presisering, med en lovtekst som blant annet presiserte at det var forbudt å diskriminere med hensyn til «løne- eller andra anställningsvilkår för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga». Dette var ment å være en videreføring av gjeldende rett, selv om ikke alle dagjeldende lovtekster hadde lovfestet uttrykkelig og at det var tale om arbeid av lik verdi.¹⁶ Loven ble vedtatt uten disse presiseringene. Meningen med dette var å få en enklere og mer kortfattet lovtekst, og ikke at diskrimineringsforbudet skulle forstås på en annen måte enn det som ble lagt til grunn i SOU 2008: 19.¹⁷

I den finske likestillingsloven § 8 nr. 3 står det at det regnes som diskriminering i strid med loven dersom en arbeidsgiver

«tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor så att en eller flera arbetstagare på grund av sitt kön försätts i en mindre fördelaktig ställning än en eller flera andra arbetstagare som är anställda hos arbetsgivaren i samma eller likvärdigt arbete».

I likebehandlingsloven som gjelder etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell legning, helsetilstand mv. står det bare at lovens diskrimineringsforbud gjelder blant annet ansettelsesvilkår, hvilket også omfatter lønn (§ 2 første ledd nr. 2).

I de nederlandske diskrimineringslovene står det at forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, seksuell orientering osv. gjelder ansettelsesvilkår. Dette må antas også å omfatte lønnsvilkår, selv om dette ikke er presisert i lovtekstene.

I den irske loven om likebehandling i arbeidslivet som gjelder diskriminering på grunn av kjønn, funksjonsnedsettelse, etnisitet, alder mv.,

¹⁴ 1995/1 LSF 181 og Andersen mfl. 2005 side 224.

¹⁵ 1995/1 LSF 181 og 2004/1 LSF 92.

¹⁶ SOU 2006: 22 side 405.

¹⁷ Proposition 2007/08: 95 side 138-139.

presiseres det i section 7 at uttrykket samme arbeid («like work») også omfatter arbeid av lik verdi.

19.2.4 Utvalgets vurderinger

19.2.4.1 Prinsipielle spørsmål

Utvalget har vurdert om en samlet diskrimineringslov bør ha en egen likelønnsbestemmelse som viderefører likestillingsloven § 5, og om bestemmelsen i tilfelle bør gjøres gjeldende for alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Det sentrale spørsmålet har her vært om retten til lik lønn for arbeid av *lik verdi* bør gjøres gjeldende også for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn.

I punkt 19.2.4.2 beskriver utvalget den betydning likestillingsloven § 5 har i en historisk og politisk kontekst. Utvalget drøfter i punkt 19.2.4.3 hvorvidt de samme eller tilsvarende hensyn som ligger bak likestillingsloven § 5 gjør seg gjeldende også med hensyn til andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn. Utvalget drøfter i punkt 19.2.4.4 den rettslige betydningen av likelønnsbestemmelsen.

19.2.4.2 Likelønnsbestemmelsens historiske og politiske betydning

Den historiske bakgrunnen for likelønnsbestemmelsen i likestillingsloven § 5 var at kvinner tidligere ble lønnet dårligere enn menn simpelthen fordi de var kvinner. Da lønnsarbeid ble vanlig som følge av industrialiseringen utover 1800-tallet var det en selvfølge at kvinners lønn skulle være lavere enn menns. Kvinner ble lønnet etter egne tariffer. Offisielt ble menns større forsørgelsesbyrde brukt som begrunnelse. På slutten av 1800-tallet kom de første kravene om likelønn. Det ble stilt spørsmål ved menns stilling som forsørgere fordi svært mange menn ikke hadde noen å forsørge, uten at lønnen var lavere av den grunn. I 1951 tiltrådte Norge ILO-konvensjon nr. 100 og i 1959 ble Like lønnsrådet opprettet (senere avløst av Likestillingsrådet). I 1961 vedtok hovedorganisasjonene i arbeidslivet en rammeavtale for gjennomføring av likelønnsprinsippet, noe som innebar at de egne kvinnetariffene ble avskaffet. En regel om likelønn var ikke vanskelig å akseptere fra et mannlige ståsted fordi mannlige arbeidere var redde for at de lave kvinnelønningene kunne føre til at de selv ble utkonkurrert på arbeidsmarkedet.¹⁸

Likelønnsbestemmelsen i EU-traktaten var opprinnelig motivert av det frie markedet og målsettingen om like konkurransebetingelser. Det var ikke like betingelser så lenge noen av EFs medlemsstater hadde en konkurransefordel med lave lønninger til kvinnelige ansatte i industrien. Sosiale rettigheter og likestilling kom inn senere som et selvstendig formål.

I 1959 tjente kvinner ca. 34 prosent mindre enn menn per time. Dette lønnsgapet minsket frem til midten av 1980-tallet, og siden har forskjellen ligget på om lag 15 prosent.¹⁹ I Norge har vi et svært kjønnsdelt arbeidsmarked. Kvinner og menn er ikke bare ulikt representert i ulike sektorer; innenfor samme virksomheter arbeider de også ofte med ulike fag og er ansatt i ulike stillinger.²⁰

Likelønnskommisjonen ble oppnevnt i 2006 for å gi en samlet beskrivelse av lønnsforskjellene mellom kvinner og menn, og å vurdere hva som kan bidra til å redusere lønnsforskjellene. Kommisjonen konkluderer med at lønnsgapet mellom kvinner og menn følger det kjønnsdelte arbeidsmarkedet og at lønnsforskjellene vokser i foreldrefasen.²¹

I dag har likelønnsbestemmelsen i likestillingsloven § 5 dermed betydning fordi kvinnedominerte yrker gjennomgående lønnes lavere enn mannsdominerte yrker. Kvinner får ikke samme uttelling i lønn for sin utdanning, som det menn får. Ulik lønn skyldes at arbeid i kvinnedominerte arbeidsoppgaver og sektorer verdsettes lavere i markedet enn arbeid i mannsdominerte yrker og sektorer. Det er mye som tyder på at kvinners forhandlingskraft er sterkt påvirket av at de har eller forventes å ha hovedansvaret for den ulønnede omsorgen. I omsorgssektoren vil dessuten arbeidsgivere stille spesielt sterkt fordi de i praksis er i en monopolsituasjon ved at nesten all omsorg skjer i regi av det offentlige.²²

19.2.4.3 Likelønn og øvrige diskrimineringsgrunnlag

Vi vet ikke like mye om lønn og lønnsforskjeller når det gjelder andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn.

Vi vet imidlertid at også når det gjelder etnisitet, er arbeidsmarkedet segregert. Ikke-vestlige innvandrere er overrepresentert innen flere sek-

¹⁹ Brækhus 2008 side 215.

²⁰ NOU 2008: 6 kapittel 10 side 140 flg.

²¹ NOU 2008: 6 kapittel 13 side 182 flg. om forklaringer på lønnsgapet mellom kvinner og menn.

²² NOU 2008:6 punkt 10.2 særlig side 152 og punkt 13.4 særlig side 185.

¹⁸ Brækhus 2008 side 215

torer, blant annet rengjøringsvirksomhet, hotell- og restaurantvirksomhet og detaljhandel.²³ Vi har ikke statistikker som angir eventuelle lønnsforskjeller ut fra etnisitet, vi har derimot statistikker om inntektsforskjeller. Inntekt omfatter her ikke bare lønnsinntekt, men også offentlige stønader mv. Undersøkelser viser at det er et inntektsgap mellom innvandrere og majoritetsbefolkningen, som øker utover i karrieren. Det er også forskjeller mellom grupper av innvandrere. For eksempel er personer med afrikansk bakgrunn den gruppen som tjener dårligst. Etterkommere av innvandrere og innvandrere som har bodd lenger i Norge skiller seg ikke like negativt ut.²⁴ I disse tilfellene er det i stor grad tale om at ikke-vestlige innvandrere anses som ufaglært arbeidskraft, og at de har problemer med å få arbeid og å få nyttiggjøre seg utdanningen sin.

Et område hvor det er omfattende lønnsgap mellom norske og utenlandske arbeidstakere er innen tjenesteyting, særlig utsendte arbeidstakere i bygge- og anleggsbransjen. Billig arbeidskraft fra Øst-Europa har blitt benyttet i stadig større utstrekning etter EU-utvidelsen i 2004. Problematikken knyttet til sosial dumping kan imidlertid ikke løses gjennom en likelønnsbestemmelse, da de utsendte utenlandske arbeidstakerne og de norske arbeidstakerne ikke er ansatt i samme virksomhet. For denne problematikken har vi ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler, som skal sikre tarifflønn også for utenlandske arbeidstakere som utfører tjenester i Norge, for eksempel som ledd i underentreprise i bygg- og anleggsbransjen.

Gjennomsnittlig har også personer med funksjonsnedsettelse lavere arbeidsinntekt enn andre. En viktig forklaring er at personer med funksjonsnedsettelse langt oftere er i deltidsarbeid enn andre, men også forskjeller i utdanning og yrkesvalg kan bidra til å forklare disse forskjellene.²⁵ Vi vet ikke om også andre problemer kan være årsaken til lønnsforskjellene.

Når det gjelder alder viser lønnsstatistikker at lønnsnivået øker jevnt opp til ca. 50-årsalderen.²⁶ Slike systematiske lønnsforskjeller kan antakelig forklares ut fra saklige grunner som ansiennitet, erfaring mv. Lønnsnivået etter 50-årsalderen synker litt frem mot pensjonsalderen. Alder har sin egen problematikk ettersom det normale er å

tjene bedre blant annet på grunnlag av ansiennitetstillegg jo eldre man blir.

Undersøkelser viser altså at lønn varierer med etnisitet, alder eller funksjonsnedsettelse. Hva som er årsakene til lønnsforskjellene har vi imidlertid ikke sikre kunnskaper om. Lønnsforskjellene kan ha sammenheng med at det er tale om ulikt arbeid eller diskriminering i ansettelsessituasjoner. Statistikkene kan også være en indikasjon på at det skjer lønnsdiskriminering. Og selv om det ikke kan påvises statistiske forskjeller av betydning med hensyn til lønnsdannelse og lønnsnivå på gruppenivå, vil det selvfølgelig kunne forekomme konkrete tilfeller av individuelle lønnsforskjeller som skyldes at lønnen er fastsatt på en diskriminerende måte, for eksempel ved at arbeidstakere av diskriminerende grunner ikke når frem med lønnskrav i lokale forhandlinger på arbeidsplassen.

19.2.4.4 Likelønnsbestemmelsens rettslige betydning

Det kan spørres om likestillingsloven § 5 går lenger på sitt område enn de generelle diskrimineringsforbudene i likestillingsloven § 3, lov mot etnisk diskriminering § 4, arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd bokstav c og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Herunder kan man spørre om en rett til lik lønn for arbeid av lik verdi uansett må innfortolkes selv om dette ikke står i lovteksten, og om en rett til likelønn er noe mer enn et forbud mot lønnsdiskriminering. Utvalget peker også på at likestillingsloven § 5 har en funksjon i sammenheng med bevisføring og regelen om delt bevisbyrde.

Presisering av sammenlikningsgrunnlaget

Utvalget legger til grunn at termen «samme arbeid eller arbeid av lik verdi» sier noe om hvilke situasjoner som kan sammenliknes for at det skal være tale om forskjellsbehandling i lovens forstand. Som nevnt i punkt 3.2.1 er det tale om forskjellsbehandling når like tilfeller behandles ulikt. Det er klart at hvis to personer har samme arbeid så er det tale om to like tilfeller. I tillegg sier bestemmelsen at også arbeid som i det ytre fremstår som ulike, kan ha lik verdi, jf. § 5 tredje ledd. I slike tilfeller vil det også være tale om like tilfeller som skal lønnes likt.

Termen «arbeid av lik verdi» i likestillingsloven § 5 kan i utgangspunktet ses som en *presisering* av sammenlikningsgrunnlaget etter § 3, det

²³ Daugstad (red.) 2006 side 84.

²⁴ Daugstad (red.) 2006 side 105 og Brekke 2008 side 58 fig.

²⁵ NOU 2001: 22 punkt 7.4 side 66 med videre referanser.

²⁶ SSBs lønnsstatistikk 2007.

vil si en nærmere forklaring av hva slags tilfeller som er så like at ulik lønn vil være forskjellsbehandling i lovens forstand. Utvalget viser til at revisjonene av § 5 har vært en kodifisering av norsk og EF-rettslig rettspraksis. Forholdet mellom § 3 og § 5 har i praksis og teori ikke vært problematisert.

Det kan imidlertid spørres om termen «arbeid av lik verdi» også innebærer en *utvidelse* av sammenlikningsgrunnlaget i forhold til § 3. Det er uklart om en adgang til å sammenlikne mellom arbeid av lik verdi skal eller kan legges til grunn der dette ikke er uttrykkelig lovfestet, det vil si om begrepet «lik verdi» skal innfortolkes i en regel om likelønn/lønnsdiskriminering uavhengig av om dette er presisert i lovteksten eller ikke. Disse spørsmålene er imidlertid ikke avklart eller drøftet i norske forarbeider eller rettspraksis.

Det kan ikke utelukkes at en rett til lik lønn for «arbeid av lik verdi» kan utledes av uttrykket «samme arbeid» selv om dette ikke er lovfestet uttrykkelig. Dette vil i tilfelle bety at forbudet mot lønnsdiskriminering som følger av likestillingsloven § 3 kan fortolkes slik at det åpner for sammenlikninger ikke bare for samme arbeid, men også for arbeid av lik verdi. Det samme vil i tilfelle antakelig måtte gjelde etter lov mot etnisk diskriminering § 4, arbeidsmiljøloven § 13-2 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Utvalget viser til at retten til lik lønn for arbeid av lik verdi ble utviklet fordi det er få tilfeller der to personer faktisk utfører samme arbeid; det vil alltid være visse ulikheter mellom arbeidene som kan påberopes, også om det er tale om samme fag. Det vil derfor være vanskelig å vinne frem med en likelønns sak dersom samme arbeid må påvises. Dette gjelder særlig i de tilfeller der det er tale om ulike fag eller der arbeidene på andre måter fremstår som mer ulike i det ytre. Dette er grunnen til at retten til lik lønn for arbeid av lik verdi i internasjonale og nasjonale diskrimineringsregler enten blir innfortolket i termen «samme arbeid» eller uttrykkelig lovfestet.

Utvalget viser også til at det i internasjonale regler varierer om retten til likelønn er formulert som rett til lik lønn for samme arbeid eller som en rett til lik lønn (også) for arbeid av lik verdi. Det er uklart om disse forskjellene også betyr at reglene har ulikt innhold.

EF-traktaten artikkel 119 omfattet opprinnelig ut fra sin ordlyd kun rett til lik lønn for samme arbeid. På bakgrunn av likelønnsdirektivet, som slår fast en rett til lik lønn for arbeid av lik verdi, slo EF-domstolen fast at traktaten også måtte for-

tolkes som rett til lik lønn for arbeid av lik verdi. Dette ble tatt inn i Amsterdamtraktaten (EU-traktaten) artikkel 141 og EØS-avtalen artikkel 69.

Tilsvarende kan ILO-rekommandasjon nr. 111 artikkel 2 bokstav b tyde på at konvensjon nr. 111 om diskriminering skal fortolkes slik at staten har en plikt til å gjennomføre ikke bare rett til likelønn for samme arbeid i snever forstand, men også for arbeid av lik verdi. At denne formuleringen ikke er tatt inn i konvensjonsteksten, men kun i rekommandasjonen som bare er veiledende og ikke bindende, kan på den annen side tyde på at det tvert imot ikke er ment at dette er en forpliktelse for staten. I rekommandasjoner tas det gjerne inn formuleringer og presiseringer som det har vært vanskelig å komme til enighet om i en bindende konvensjonstekst. Her kan vises til ILO-konvensjon nr. 100 som er eldre og som uttrykkelig omfatter arbeid av lik verdi, jf. artikkel 2 samt artikkel 1 bokstav b som definerer lik verdi som «rates of remuneration established without discrimination based on sex».

Også i andre lands rett varierer det om «lik verdi» er lovfestet uttrykkelig for alle grunnlag eller bare for kjønn. Det er lagt til grunn i svensk og dansk rett at et generelt forbud mot lønnsdiskriminering også omfatter arbeid av lik verdi, uten at dette er gjort gjenstand for omfattende problematisering og vurdering. I svensk rett var det antakelig slik etter de tidligere diskrimineringslovene at samme forståelse skulle innfortolkes selv om dette ikke var uttrykkelig lovfestet. I dansk rett er det lovfestet samme prinsipp for alle grunnlag.

Er retten til lik lønn noe mer enn et forbud mot å fastsette lønnen på en diskriminerende måte?

Likestillingsloven § 5 har etter ordlyden en annen karakter enn forbudet mot diskriminering med hensyn til lønn mv. etter likestillingsloven § 3 og de andre diskrimineringslovene. Likestillingsloven § 5 er positivt formulert som en rett til like lønn. De øvrige reglene er derimot formulert negativt, som et forbud mot diskriminering.

Utvalget mener at en rett til lik lønn må bety det samme som et forbud mot lønnsdiskriminering.

Utvalget viser til at § 5 ikke gir noen ubetinget rett til lik lønn, selv om arbeidene har lik verdi. Bestemmelsen gir kun en rett til at lønnen ikke skal fastsettes på en diskriminerende måte (første ledd andre punktum jf. § 3). Selv om det påvises arbeid av lik verdi, kan arbeidsgiver ha rett til å lønne arbeidstakerne ulikt hvis den ulike lønnen ikke har sammenheng med kjønn.

Utvalget viser også til at vi finner liknende forskjeller i formuleringer i EU-traktaten artikkel 141 sammenliknet med likebehandlingsdirektivet og det tidligere likelønnsdirektivet, uten at det er grunnlag for å si at det er noen innholdsmessig forskjell på disse ulike formuleringene i traktat og direktiv. Siden likestillingsloven skal fortolkes i samsvar med EF-retten, må en regel om likelønn med andre ord uansett fortolkes likt enten den er formulert i loven som en rett eller som et forbud.

I EU-traktaten og EØS-avtalen står det «prinsippet om likelønn», mens i direktivet står det at det at direkte og indirekte forskjellsbehandling med hensyn til lønn skal avskaffes. EF-domstolen har lagt til grunn at ulik ordlyd i traktaten og direktivet ikke skal ha betydning.²⁷ Det samme er uttrykt i ILO-konvensjon nr. 100 artikkel 1 som slår fast at uttrykket lik lønn for kvinner og menn for arbeid av lik verdi, betyr at lønnen skal fastsettes uten kjønnsdiskriminering.

EF-domstolen har i flere dommer lagt til grunn at diskriminerte arbeidstakere har krav på å få samme lønn som sammenlikningsgruppen, som er det eneste referansepunktet inntil ny avtale er fremforhandlet (prinsippet om oppjustering/«leveling up»²⁸). EF-domstolen utleder disse virkningene fra likelønnsprinsippet i traktaten og direktivet. Det samme må antakelig også gjelde ved andre former for diskriminering i arbeidsforhold enn lønnsdiskriminering.²⁹ Dette betyr at retten til å få samme lønn eller andre vilkår som sammenlikningspersonen(e) følger av forbudet mot diskriminering så vel som av prinsippet om likelønn i EU-retten.

Likelønnsbestemmelsens sammenheng med bevisføringen

Likestillingsloven § 5 har også en funksjon i sammenheng med bevisføring og regelen om delt bevisbyrde. Etter § 16 går bevisbyrden over på

arbeidsgiver hvis det kan påvises omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med loven. Disse to bestemmelsene lest sammen betyr at hvis arbeidstaker kan vise til at han eller hun tjener mindre enn en eller flere andre arbeidstakere som har samme arbeid eller arbeid av lik verdi og som er ansatt i samme virksomhet, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at den ulike lønnen ikke er diskriminerende. Bestemmelsen i § 5 sier derfor noe om hvilke omstendigheter som kan føre til at bevisbyrden går over på arbeidsgiver etter § 16.

19.2.5 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at en samlet diskrimineringslov får en egen bestemmelse tilsvarende likestillingsloven § 5 om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi for så vidt gjelder kjønn. Utvalget foreslår også å oppheve hjemmelen til å vedta forskrifter om hva som regnes som samme virksomhet i stat og kommune.

19.2.5.1 Likelønnsbestemmelsen videreføres

Utvalget foreslår at likelønnsbestemmelsen i likestillingsloven § 5 videreføres, se lovforslaget § 24. Utvalget mener at bestemmelsen bør videreføres fordi det kan være en fare for å svekke kvinners reelle rett til likelønn hvis bestemmelsen oppheves.

Utvalget viser til at lovteksten vil bli mindre informativ hvis bestemmelsen oppheves. Retten til lik lønn for arbeid av lik verdi og hva som ligger i dette, vil ikke som i dag kunne leses ut av lovens ordlyd eller en vanlig språklig fortolkning av denne. Dette må en i stedet lese ut av forarbeider og rettspraksis. Å ta bestemmelsen ut vil tvert imot feilaktig kunne oppfattes av de som bruker loven som at retten til lik lønn for arbeid av lik verdi ikke lenger gjelder. Det kan også vises til bestemmelsens betydning i bevisføringen, ved at den sier noe om hvilke omstendigheter som kan føre til at bevisbyrden går over på arbeidsgiver.

Utvalget legger særlig vekt på bestemmelsens politiske og historiske betydning. Å ta bort likelønnsbestemmelsen vil kunne gi et uheldig signal. Bakgrunnen for at bestemmelsen ble vedtatt og senere revidert er at det har vært behov for å presisere, tydeliggjøre og dermed styrke retten til likelønn. Disse endringene innebærer at sammenlikningsgrunnlaget er blitt utvidet. Bestemmelsen har fått flere tillegg som lovfester praksis i EF-domstolen og norske håndhevingsorganer. Situasjonen med hensyn til ulikelønn for kvinner viser

²⁷ Domstolen har i sakene Worringham 69/80 og Jenkins 96/80 uttalt at likelønnsdirektivets formål var å fastsette de nødvendige betingelsene for gjennomføringen av likelønnsprinsippet i traktaten. Direktivet uttrykte de prinsipper som allerede var innfortolket i traktaten. Susanne Fransson konkluderer på samme måte i Fransson 2000 side 198.

²⁸ Kowalska 33/89 og Nimz C-184/89. Se Ellis 2005 side 259-260. Domstolen har i sakene Worringham 69/80 og Jenkins 96/80 uttalt at når en bestemmelse i en tariffavtale fører til indirekte diskriminering, så skal medlemmene i den gruppen som stilles dårligere på grunn av diskrimineringen, behandles på samme måte som øvrige ansatte.

²⁹ EF-domstolens avgjørelse i Kutz-Bauer C-187/00 som gjaldt arbeidsvilkår og likebehandlingsdirektivet, premiss 73-75. Se Ellis 2005 side 259-260.

at vi ikke har kommet dit hen enda at det ikke lenger er behov for en slik presisering.

19.2.5.2 *Likelønnsbestemmelsen skal fortsatt bare gjelde kjønn*

Utvalget foreslår at den særlige likelønnsbestemmelsen om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi fortsatt kun skal gjelde kjønn, se lovforslaget § 24.

Utvalget er kjent med at land som Danmark og Irland har bestemmelser om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi som gjelder ikke bare for kjønn, men også for andre diskrimineringsgrunnlag.

Utvalget legger til grunn at det etter gjeldende rett er uklart hvorvidt en rett til lik lønn for arbeid av lik verdi må innfortolkes i det generelle forbudet mot diskriminering. Mye taler for at bestemmelsene i konkrete saker vil gi det samme vernet. Det kan imidlertid ikke utelukkes at likelønnsbestemmelsen går lenger enn en rett til lik lønn for samme arbeid. Hvis likelønnsbestemmelsen ikke gjøres gjeldende for alle grunnlag, kan vernet mot lønnsdiskriminering med andre ord bli svakere for andre grunnlag enn kjønn.

Utvalget legger vekt på at vi ikke kan forutsi hvordan likelønnsbestemmelsen vil bli fortolket av håndhevingsorganene i fremtiden. Likelønnsbestemmelsen skal virke som et korrektiv til lønnsfastsettelsen i markedet. Vi kan ikke vite hvor langt håndhevingsorganene vil gå i bruke bestemmelsen til å gripe inn i markedet for å eliminere lønnsforskjeller. Hvis håndhevingsorganene legger seg på en restriktiv fortolkning, vil det være uproblematisk å la bestemmelsen gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Det kan imidlertid også være at håndhevingsorganene derimot legger seg på en ekspansiv fortolkningslinje som setter vanlige mekanismer for lønnsfastsettelse til side ved at markedsvurdering ikke kan danne grunnlag for lønnsforskjeller. Hvis reglene fortolkes slik kan en utvidelse av bestemmelsens anvendelsesområde få store og utilsiktede konsekvenser for lønnsdannelsen.

Utvalget viser til vi har lite kunnskap om lønnsdannelsen når det gjelder andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn. Utvalget mener derfor at det ikke er mulig å overskue alle konsekvenser av en utvidelse av bestemmelsens anvendelsesområde.

Det er ikke sikkert at en bestemmelse om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi i samme virksomhet vil kunne løse de faktiske lønnsproblemene når det gjelder øvrige diskrimineringsgrunnlag, fordi vi ikke vet om lønnsforskjellene har andre årsaker enn det som gjelder for kjønn. En slik

bestemmelse vil i tilfelle ikke ha praktisk betydning utover det som følger av det generelle diskrimineringsforbudet. Utvalget utelukker ikke at bestemmelsen dermed tvert imot kan bidra til å skape falske forhåpninger eller signal om bedre rettigheter enn det som er reelt.

Utvalget vil presisere at loven uansett vil gi et uttrykkelig forbud mot lønnsdiskriminering på alle lovens diskrimineringsgrunnlag, jf. lovforslaget § 22 første ledd bokstav d. Det vil følge av denne bestemmelsen at lønnen ikke skal fastsettes på en måte som er diskriminerende på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige forhold ved en person. Utvalget mener at dette generelle forbudet mot lønnsdiskriminering, sammen med bevisbyrderegelen, vil gi et tilstrekkelig vern for andre grunnlag enn kjønn.

Utvalgets forslag vil kun være en videreføring av gjeldende regler. For eksempel vil ulik lønn på grunn av ulik ansiennitet fortsatt måtte vurderes i lys av forbudet mot aldersdiskriminering og kjønnsdiskriminering. Lønnsfastsettelse basert på ansiennitet vil som i dag fortsatt gjennomgående måtte vurderes som saklig forskjellsbehandling.

Utvalget viser for øvrig til forslaget i punkt 19.4.5 om å lovfeste en rett til opplysninger fra arbeidsgiver om lønn og lønnsvilkår for andre arbeidstakere i virksomheten.

19.2.5.3 *Forskriftshjemmelen oppheves*

Utvalget foreslår at forskriftshjemmelen i likestillingsloven § 5 siste ledd ikke videreføres. Denne bestemmelsen gir hjemmel til å vedta forskrifter om hva som regnes som samme virksomhet i stat og kommune. Hjemmelen er fra loven ble vedtatt i 1976. Utvalget viser til at hjemmelen aldri har blitt brukt, til tross for at virksomhetsbegrepet er et omdiskutert arbeidsrettslig spørsmål som har vært vurdert regulert ved flere anledninger, sist i forbindelse med den nye arbeidsmiljøloven av 2005. Utvalget mener at det er mest hensiktsmessig at denne avgrensningen fortsatt blir gjort gjennom domstolens og håndhevingsorganenes praksis.

19.3 Innhenting av opplysninger ved ansettelse

19.3.1 Innledning

Diskrimineringslovgivningen har regler som forbyr arbeidsgiver å innhente visse opplysninger

ved ansettelse. Disse opplysningene er knyttet opp mot de respektive lovers diskrimineringsforbud, og håndheves av ombudet og nemnda. Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger er regulert i arbeidsmiljølovens kapittel 9 om kontrolltiltak på arbeidsplassen. Det er foreslått at dette kapitlet skal omfattes av Arbeidstilsynets påleggskompetanse.³⁰

Utvalget foreslår ingen endringer i gjeldende regler om adgangen til innhenting av opplysninger ved ansettelse. Utvalget foreslår at forbud mot innhenting av opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og helseopplysninger reguleres i arbeidsmiljøloven, mens øvrige forbud reguleres i diskrimineringsloven.

19.3.2 Gjeldende rett

19.3.2.1 Arbeidsmiljøloven

Seksuell orientering, 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 seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Bestemmelsen håndheves av ombudet og nemnda.

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.

Formålet med bestemmelsen er å hindre at arbeidssøkere blir stengt ute fra arbeidslivet på grunn av de nevnte forhold. På den annen side skal bestemmelsen ikke innskrenke religiøse, politiske og kulturelle organisasjoners mulighet til å drive virksomhet i samsvar med sitt formål.³¹

Hovedregelen er at innhenting av opplysninger om arbeidstakers seksuelle orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner er

forbudt. Det er kun i unntakstilfeller arbeidsgiver har anledning til å kreve slike opplysninger, hvilket må begrunnes i stillingens karakter. Stillingens karakter må bestemmes ut fra de oppgaver 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 bestemt religiøst, ideologisk eller politisk formål som virksomheten skal fremme. Selv om en virksomhet er knyttet til et bestemt livssyn eller politisk syn vil den ofte også ha stillinger som ikke har spesiell betydning for å fremme formålet. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle for kontorpersonale som har rent administrative oppgaver, vaskehjelp og vaktmestere.³²

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. Det er ikke vedtatt slike forskrifter. Det er foreslått at bestemmelsen skal håndheves av Arbeidstilsynet.³³

Formålet med arbeidsmiljøloven § 9-3 er trossig, å ivareta arbeidstakers rett til personvern samt å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet. Bestemmelsen har derfor nær sammenheng med vernet mot diskriminering i arbeidslivet etter lovens kapittel 13.³⁴

Kravet om nødvendighet viser til de oppgaver som knytter seg 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.³⁵

³⁰ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 11.5 side 80-81.

³¹ Ot.prp. nr. 41 (1979-1980) kapittel VII.

³² Ot.prp. nr. 30 (1981-1982) kapittel VII.

³³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 11.5 side 80-81.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 12.6.4 side 148.

³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 12.6.4 side 148-149.

19.3.2.2 *Lov mot etnisk diskriminering. Religiøse og kulturelle spørsmål*

Etter lov mot etnisk diskriminering § 7 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 religiøse eller kulturelle spørsmål. Utvalget legger til grunn at forbudet også omfatter opplysninger om arbeidssøkers livssyn.³⁶ Arbeidsgiver må heller ikke i verksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Bestemmelsen håndheves av ombudet og nemnda.

Forbudet gjelder ikke dersom 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.

Hovedregelen er at innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål er forbudt. Unntak fra dette må begrunnes i stillingens karakter. Bestemmelsen innebærer ikke at samtlige stillinger i livssynsorganisasjoner faller inn under unntaket. Det må foretas en nærmere vurdering av den konkrete stillingens betydning for gjennomføringen av virksomhetens formål.³⁷

19.3.2.3 *Likestillingsloven. Graviditet og familieplanlegging*

I Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) er det fremmet forslag om innføring av forbud mot å spørre om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i forbindelse med ansettelse, jf. forslag til nytt tredje ledd i lovens § 4. Slike spørsmål skal regnes som direkte diskriminering på grunn av kjønn, jf. § 3 andre ledd nr. 2, nytt andre punktum.³⁸

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel samt benyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn, ved Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) foreslått endret til «forbeholdt mor eller far», utgjør direkte diskriminering, jf. likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2. Ved ansettelse er det etter likestillingsloven et særlig sterkt vern

³⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.8.5 side 114 og Ot.prp. nr. 30 (1981-1982) kapittel II.

³⁷ Ot.prp. nr. 30 (1981-1982) kapittel III.

³⁸ Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) kapittel 8 side 54-58.

mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel. Det kan ikke legges vekt på eventuelle ulemper som likebehandling kan innebære. Dette omfatter ikke bare handlinger som er begrunnet i selve graviditeten, men også handlinger som er begrunnet i fravær, benyttelse av rettigheter til permisjon og andre forhold som utløses av graviditet og fødsel som for eksempel tilrettelegging.³⁹

19.3.3 **Utvalgets vurderinger og forslag**

19.3.3.1 *Plassering av forbudene mot innhenting av opplysninger*

Utvalget har vurdert plasseringen av gjeldende forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse, herunder hvorvidt disse bør samles i en bestemmelse i henholdsvis diskrimineringsloven eller arbeidsmiljøloven. Utvalget foreslår at forbud mot innhenting av opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og helseopplysninger reguleres i arbeidsmiljøloven, mens øvrige forbud reguleres i diskrimineringsloven. Det vises til lovforslaget § 23.

19.3.3.2 *Helseopplysninger*

Helseopplysninger står på flere måter i en særstilling sammenliknet med andre opplysninger om arbeidssøker som arbeidsgiver er avskåret fra å innhente etter diskrimineringslovgivningen. Innhenting av helseopplysninger er i en rekke tilfeller saklig begrunnet, og dermed lovlig. Krav til helse kan for visse yrker være helt nødvendige av hensyn til utførelsen av arbeidet. Helseopplysninger kan også være påkrevd av hensyn til at arbeidsgiver skal kunne planlegge og iverksette nødvendige tilretteleggingstiltak. I begge disse situasjonene vil innhenting av helseopplysninger ofte være saklig og dermed lovlig. Andre opplysninger om arbeidssøker som omfattes av diskrimineringslovenes forbud mot innhenting av opplysninger, er det til sammenlikning kun unntaksvis saklig å legge vekt på og å innhente.

Det er vanskelig å gi noen utfyllende redegjørelse for når det er saklig begrunnet å innhente helseopplysninger. Det må i hvert enkelt tilfelle vurderes konkret hvilke krav som stilles til arbeidet og yrket. Ombudets og nemndas, og eventuelt domstolens, praksis i klagesaker om diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse ved ansettelse vil utpensle kriterier for hvilke helsetilstan-

³⁹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.6.2 side 35-36.

der som kan begrunne forskjellsbehandling ved ansettelse.

Et annet forhold som skiller arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger fra de øvrige forbudene mot innhenting av opplysninger er at forbudet ikke direkte er knyttet opp mot et diskrimineringsgrunnlag, på tross av at et forbud mot innhenting av helseopplysninger kan effektivisere vernet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Arbeidsmiljøloven § 9-3 har et videre nedslagsfelt. Bestemmelsen har et tosidig formål. I tillegg til å effektivisere vernet mot at arbeidssøker på usaklig grunnlag holdes utenfor arbeidslivet, har forbudet mot innhenting av helseopplysninger til formål å beskytte personvernet og personlig integritet. Hensynet til personvern og personlig integritet er ikke like fremtredende bak de øvrige forbudene, som har som et mer rendyrket formål å effektivisere diskrimineringsvernet.

Etter utvalgets vurdering er derfor spørsmål knyttet til helseopplysninger ulike de opplysningene som omfattes av forbud mot innhenting av opplysninger i diskrimineringslovgivningen. Forbud mot å innhente helseopplysninger bør derfor ikke reguleres i diskrimineringsloven og håndheves av ombudet og nemnda. Dessuten er det allerede andre offentlige instanser som håndhever regelverket om arbeidsgivers innhenting, lagring og bruk av helseopplysninger, nemlig Arbeidstilsynet og Datatilsynet.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at forbud mot innhenting av helseopplysninger forblir regulert i arbeidsmiljøloven og håndheves av Arbeidstilsynet som i dag. Utvalget vil imidlertid bemerke at virksomheters praksis om innhenting av helseopplysninger, som ikke er saklig begrunnet i arbeidets art, etter omstendighetene kan være diskriminerende for personer med funksjonsnedsettelse, og kan håndheves av ombudet og nemnda. Som eksempel kan nevnes en sak hvor en restaurantkjede førte en praksis hvor arbeidstaker ved ansettelse måtte signere en erklæring om at man var frisk, og ikke var kjent med å ha noen alvorlige sykdommer som ville føre til gjentatte sykemeldinger. Det fremgikk av erklæringen at arbeidstaker var inneforstått med at man kan bli sagt opp dersom man ikke har fortalt sannheten om sin helsetilstand. Ombudet la til grunn at krav om signering av egenerklæring om helsetilstand ved ansettelse i praksis vil ramme personer med bestemte typer funksjonsnedsettelser særlig hardt, og derfor være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.⁴⁰

19.3.3.3 Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon

Utvalget foreslår at forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon skal reguleres i arbeidsmiljøloven, jf. punkt 13.7. Dersom lovgivningen skal følge gjeldende systematikk tilsier dette at forbudet mot innhenting av opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon hjemles i arbeidsmiljøloven.

En ulempe med denne reguleringen er at man ikke får en samlet oversikt over samtlige forbud ved å se hen til diskrimineringsloven. Man løper derfor en risiko for at diskrimineringslovens oppramsing av forbud feilaktig blir oppfattet som uttømmende. Spørsmål om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon kan imidlertid omfattes av spørsmål om politisk syn på grunn av delvis overlapp mellom disse to diskrimineringsgrunnlagene.

19.3.3.4 Henvisning fra diskrimineringsloven til arbeidsmiljøloven?

Ved plassering av forbudet mot innhenting av helseopplysninger og opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon i arbeidsmiljøloven er det en risiko for at bestemmelsen om forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse i diskrimineringsloven feilaktig kan bli oppfattet som uttømmende. Tilsvarende misforståelse kan oppstå for den arbeidsgiver eller arbeidssøker som slår opp i arbeidsmiljøloven og finner frem til kapittel 13 og eventuelt § 9-3, uten å kjenne til at også diskrimineringsloven regulerer slike spørsmål.

Utvalget har derfor vurdert hvorvidt det bør være en henvisning mellom regelsettene. Utvalget foreslår at det tas inn en henvisning fra forbudet mot innhenting av opplysninger ved ansettelse i diskrimineringsloven til arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4. Uten en henvisning kan det være vanskelig for de som skal bruke loven å se sammenhengen mellom bestemmelsene når de er plassert i ulike lover. Det kan også være en fare for at loven leses som om spørreforbudene er uttømmende regulert i diskrimineringsloven. Det vises til lovforslaget § 23 fjerde ledd.

Utvalget foreslår i punkt 8.2 og 13.7.3 at arbeidsmiljøloven kapittel 13 skal hen vise til diskrimineringsloven, slik den i dag henviser generelt til likestillingsloven og diskrimineringsloven. Utvalget finner det derfor ikke hensiktsmessig

⁴⁰ Ombudets sak nr. 07/892.

med en særlig henvisning fra arbeidsmiljøloven § 13-4 til diskrimineringsloven i tillegg.

19.4 Arbeidsgivers opplysningsplikt

19.4.1 Innledning

Arbeidsgiver har etter gjeldende diskrimineringslovgivning opplysningsplikt i ansettelsesaker. Arbeidsgiver plikter å opplyse om kvalifikasjonene til den som ble ansatt. Opplysningsplikten gir en arbeidssøker mulighet til å vurdere om det kan foreligge diskriminering. Også i øvrig lovgivning er det regler om opplysningsplikt og rett til innsyn. Reglene er imidlertid ulike både når det gjelder hvilke opplysninger som kan kreves og hvem som kan kreve opplysningene. Reglene har også ulikt formål.

Utvalget har vurdert om arbeidsgivers opplysningsplikt skal utvides i diskrimineringsloven, slik at den enkelte gis mulighet til å vurdere om det kan foreligge diskriminering også i andre saker enn ansettelsesaker. Utvalget foreslår at arbeidsgivers opplysningsplikt også skal omfatte lønn, herunder kriteriene for lønnsfastsettelsen. Formålet er å effektivisere retten til likelønn og retten til ikke å bli diskriminert ved lønnsfastsettelsen. Rett til innsyn i lønn er viktig for at arbeidstaker skal ha tilgang til tilstrekkelig informasjon til at bevisbyrden kan gå over på arbeidsgiver i en sak om diskriminerende avlønning. Innsyn i lønnsopplysninger skal etter forslaget kunne kreves av tillitsvalgte og verneombud.

19.4.2 Gjeldende rett

19.4.2.1 *Arbeidsgivers opplysningsplikt etter diskrimineringslovgivningen*

Opplysningsplikt overfor den som mener seg diskriminert

En arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven og lov mot etnisk diskriminering kan kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den som ble ansatt har, jf. arbeidsmiljøloven § 13-7 og diskrimineringsloven § 11. Bestemmelsen om opplysningsplikt i likestillingsloven har fått en noe annen utforming. Etter likestillingsloven § 4 tredje ledd kan arbeidssøker som ikke har fått en utlyst stilling kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare

kvalifikasjoner for arbeidet den ansatte av det annet kjønn har. Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kan arbeidssøker som mener seg forbigått i strid med diskrimineringsforbudet i § 4 eller § 12 første ledd om arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging kreve tilsvarende opplysninger, jf. § 14.

Opplysningsplikten omfatter kun «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner». Opplysningsplikten omfatter ikke øvrige forhold som vanligvis tillegges vekt ved ansettelser, som for eksempel personlig egnethet eller mer personrelaterede forhold. Arbeidssøker kan heller ikke kreve at arbeidsgiver gir en begrunnelse for ansettelsen.

Bestemmelsenes formål er å gi en arbeidssøker som mener seg forbigått en mulighet for å vurdere om det kan foreligge diskriminering. Adgangen til å kreve opplysninger virker i sammenheng med reglene om delt bevisbyrde. Dersom 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.

Det er ikke innført noen særskilte reaksjoner ved brudd på opplysningsplikten etter disse bestemmelsene. I vurderingen av en diskrimineringspåstand vil det imidlertid tale i arbeidsgivers disfavør dersom denne ikke legger frem opplysninger i saken som han eller hun er forpliktet etter loven til å fremlegge.⁴¹

Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor den som mener seg diskriminert gjelder kun ved ansettelse. Opplysningsplikten omfatter ikke opplysninger relatert til handlinger eller beslutninger arbeidsgiver foretar i etablerte arbeidsforhold. Opplysningsplikten omfatter således ikke lønn, ved interne opprykk som ikke innebærer ansettelse, tildeling av kompetansemidler eller andre goder.

Opplysningsplikt overfor ombudet

Dersom en arbeidssøker eller arbeidstaker fremmer en klagesak for ombudet har arbeidsgiver en ubegrenset opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 11. Opplysningsplikten omfatter i slike tilfeller således enhver opplysning knyttet til ansettelsen eller be-

⁴¹ Ot.prp. nr. 1 (1077-78) punkt 3.2 side 36, Ot.prp. nr. 67 (1996-97) punkt 8.7.4 side 48-49, Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 11.9.5 side 132-134, Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 11.2 side 192-193.

stående arbeidsforhold. Opplysningsplikten etter diskrimineringsombudsloven § 11 omfatter således for eksempel opplysninger om lønn og kriteriene for lønnsfastsettelsen hos noen som den som hevder seg diskriminert sammenlikner seg med i en like lønns sak, arbeidsgivers subjektive vurderinger av kvalifikasjoner og egnethet til den som ble ansatt samt kriteriene for tildeling av kompetansemidler og øvrige goder i bestående arbeidsforhold.

Ombudet og nemnda kan 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.

Dersom en sak om diskriminering etter diskrimineringslovgivningen bringes inn for ombudet kommer forvaltningslovens regler til anvendelse. Det følger av forvaltningsloven § 13 b andre 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. Forvaltningsorganet 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.

19.4.2.2 Opplysningsplikt etter annen lovgivning

Arbeidssøkers innsynsrett ved ansettelser i offentlig sektor

I offentlig sektor har arbeidssøkere rett til å gjøre seg kjent med opplysninger om andre søkeres utdanning og praksis, som gjerne er sammenfattet i en utvidet søkerliste. Denne retten følger av forvaltningslovsforskriften.⁴²

Etter forskriftens § 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 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.

⁴² Forskrift 12. desember 2006 nr. 1456.

Tillitsvalgtes innsynsrett for arbeid omfattet av allmenngjøringsforskrift

Regler om innsyn i lønn er gitt i forskrift til allmenngjøringsloven. Etter allmenngjøringsloven § 3 kan Tariffnemnda treffe vedtak om at lønns- og arbeidsvilkår i en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter. Et slikt vedtak vil gjelde uavhengig av om arbeidstakeren er norsk etter utenlandsk. Allmenngjøringslovens formål er å sikre likeverdige lønns- og arbeidsvilkår og motvirke sosial dumping av utenlandsk arbeidskraft.

Etter allmenngjøringsforskriften har *tillitsvalgte* rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår til underleverandørenes ansatte.⁴³ Forskriften oppstiller saksbehandlingsregler knyttet til innsynsbejæringen samt krav til behandlingen av de opplysninger som fremlegges. Innsynsrettens formål er å sikre best mulig etterlevelse av allmenngjøringsforskriftene. Dersom det er grunn til å tro at allmenngjøringsforskrifter ikke etterleveres, kan opplysningene overlates til Arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet.⁴⁴

Dersom tillitsvalgte i hovedleverandørs virksomhet fremmer bejæring om det, skal hovedleverandøren dokumentere at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandør er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrift, jf. § 7. Bejæringen om innsyn må fremlegges skriftlig til egen arbeidsgiver. Det kan bare kreves innsyn i lønns- og arbeidsvilkår til arbeidstakere som utfører arbeid som er omfattet av allmenngjøringsforskrift, jf. § 8.⁴⁵ Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår skal dokumenteres ved kopi av arbeidsavtale, lønnsklipp og timelister. Personopplysninger og opplysninger som ikke er omfattet av bejæringen om innsyn, skal ikke fremgå av den fremlagte dokumentasjon, jf. § 9. Som hovedregel skal dokumentasjonen *ikke omfatte opplysninger som kan knyttes til enkeltpersoner*. Dette innebærer at opplysningene som leveres ut skal være anonymiserte. Begrunnelsen

⁴³ Forskrift 22. februar 2008 nr. 166.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) punkt 5.5 side 39-41.

⁴⁵ Per mai 2009 er Verkstedsoverenskomsten og Landsoverenskomsten for elektrofachene allmenngjort på enkelte petroleumsanlegg på land, jf. forskrift 6. juni 2006 nr. 703. Landsoverenskomsten for elektrofachene er i tillegg allmenngjort i Oslo og Akershus, jf. forskrift 26. juni 2006 nr. 704. Fellesoverenskomsten for byggfach er allmenngjort for hele landet, jf. forskrift 21. november 2006. Verkstedsoverenskomsten er delvis allmenngjort for skips- og verftsindustrien, jf. forskrift 6. oktober 2008.

er hensynet til å kunne sikre arbeidstakernes personvern.⁴⁶

Opplysninger som er fremkommet som et resultat av begjæring om innsyn, kan bare benyttes til å undersøke om lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter, jf. § 10. Opplysningene slettes når behovet for opplysningene ikke lenger er til stede, eller opplysningene viser at arbeidstakerne som er omfattet av innsynsbegjæringen minst har de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter.

Enhver som mottar opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår i medhold av forskriften har *taushetsplikt* om opplysningene, jf. § 11. Taushetsplikten gjelder ikke overfor tilsynsmyndighetene eller overfor rådgivere som er nødvendige for å få språklig, økonomisk, juridisk eller annen faglig bistand. Dersom opplysningene drøftes med rådgivere gjelder taushetsplikten også overfor dem. Taushetsplikten er begrunnet i personvernhen-syn og hensynet til effektiv konkurranse, og for å sikre at informasjonen som utleveres behandles på en tryggende måte.⁴⁷

Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet kan gi pålegg om å legge frem arbeidsavtaler og annen relevant dokumentasjon som viser at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med allmenngjøringsforskriften, jf. allmenngjøringsloven § 8 andre ledd. Påleggskompetansen er begrunnet i at hensynet til etterlevelsen av regelverket krever tilsyn med effektive virkemidler.⁴⁸ Etatene har adgang til å ilegge tvangsmulkt eller stanse virksomheten dersom pålegget ikke blir oppfylt.

19.4.2.3 Personopplysningsloven

Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår er å regne som personopplysninger når opplysningene «kan knyttes til en enkeltperson», jf. personopplysningsloven § 2.

Unntak kan tenkes dersom opplysningene anonymiseres og for øvrig gis på en måte som gjør at personen opplysningene er knyttet til ikke vil kunne identifiseres. Utlevering av opplysningene vil i slike tilfeller ikke omfattes av personopplysningsloven.

Personopplysningsloven gjelder for behandling av personopplysninger som helt eller delvis

skjer med elektroniske hjelpemidler, og for annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister.

Et av grunnvilkårene for behandling av personopplysninger er at det foreligger behandlingsgrunnlag. Et behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven § 8, er at det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling.

Etter lovens § 8 bokstav d er det et behandlingsgrunnlag at behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse. Datatilsynet har lagt til grunn at innsyn i lønnsopplysninger i konkrete tilfeller hvor man mistenker brudd på for eksempel likestillingslovens bestemmelser om lik lønn vil ha behandlingsgrunnlag i personopplysningsloven § 8 b.⁴⁹ Personopplysningsloven er dermed ikke til hinder for innsyn i slike saker.

19.4.3 Internasjonale regler

Internasjonale konvensjoner oppstiller ingen uttrykkelige krav om opplysningsplikt for arbeidsgiver. Det følger imidlertid av EØS-avtalen artikkel 69 at Norge skal gjennomføre prinsippet om lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstagere for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. EF-direktivene om ikke-diskriminering har regler om delt bevisbyrde og stiller krav til at medlemsstatene iverksetter nødvendige tiltak for å sikre at rettighetene etter direktivene etterleves og kan håndheves.

19.4.4 Utenlandsk rett

19.4.4.1 Sverige

Opplysningsplikt om kvalifikasjoner

Etter diskrimineringsloven kapittel 2, Förbud mot diskriminering och represalier § 4 har arbeidsgiver opplysningsplikt om kvalifikasjoner.

Bestemmelsen lyder som følger:

«Om en arbetssökande innta har enställtts eller tagits ut till anställningsintervju, eller om en arbetstagare inte har befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran, ska sökanden på begäran få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter den hade som togs ut till anställningsintervjun eller som fick arbetet eller utbildningsplatsen.»

⁴⁶ Veiledning til forskriften § 9.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) punkt 5.5 side 41.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 92 (2005-2006) punkt 3.3.2 side 8.

⁴⁹ Datatilsynets brev av 19. februar 2004 til LO.

Bestemmelsen går lenger enn etter norsk rett, da arbeidsgivers opplysningsplikt ikke bare gjelder ansettelser, men også utvelgelser til kompetanseheving og forfremmelser som ikke er basert på en ansettelsesprosess.

Formålet med bestemmelsen er dels å forebygge unødvendige tvister, dels å underlette kontrollen med diskrimineringsforbudet. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere diskrimineringslover, likevel med et tillegg hvoretter også en arbeidssøker som ikke har blitt tatt ut til intervju har rett til opplysninger om hvilke kvalifikasjoner de som ble tatt ut til intervju hadde. Hensikten med denne tilføyelsen er at den enkelte ikke skal behøve å gå til Diskrimineringsombudsmannen for å få disse opplysningene, samt at det er bedre i samsvar med diskrimineringsforbudet, som også omfatter den situasjon at en arbeidsgiver ikke tar ut en arbeidssøker til intervju.⁵⁰

Bestemmelsen innebærer at arbeidsgiver etter begjæring plikter å gi opplysninger om utdanning, yrkeserfaring og andre kvalifikasjoner hos den som ble tatt ut til intervju, ble ansatt eller fikk kompetanseheving. Arbeidsgivers opplysningsplikt omfatter ikke vurdering av egnethet. Arbeidsgiver plikter heller ikke å utlevere opplysninger av negativ art.

Det er ingen sanksjoner tilgjengelig dersom arbeidsgiver nekter å oppfylle opplysningsplikten overfor arbeidstaker eller arbeidssøker. Den som mener seg diskriminert kan imidlertid ta saken til Diskrimineringsombudsmannen, jf. kapittel 4 § 3. Arbeidsgivers plikter overfor Diskrimineringsombudsmannen kan sanksjoneres, jf. kapittel 4 § 4, hvoretter opplysningsplikten kan gjennomdrives ved gebyr.⁵¹

Opplysningsplikt om lønn til arbeidstakerorganisasjon

Etter diskrimineringsloven kapittel 3, «Aktiva Åtgärder» § 12 har arbeidsgiver opplysningsplikt om lønn til arbeidstakerorganisasjoner.

Bestemmelsen lyder som følger:

«Arbetsgivaren ska förse en arbetstagarorganisation i förhållande till vilken arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal med den information som behövs för att organisationen ska kunna samverka vid kartläggning, analys och upprättande av handlingsplan för jämställda löner.

Avser informationen oppgifter om løn eller andra förhållanden som berør en enskild arbetstagarare gäller reglerna om tystnadsplikt och skadestånd i 21, 22 och 56 i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. I det allmänna verksamhet tillämpas i stället 14 kap. 7, 9 och 10 §§ sekretesslagen (1980:100).»

Bestemmelsen må ses i sammenheng med arbeidsgivers aktivitetsplikt og plikten til å utarbeide likelønnsplaner etter lovens kapittel 3. Aktivitetsplikten skal utøves gjennom samvirke mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, jf. kapittel 3 § 1. Arbeidsgivere og arbeidstakere skal særlig arbeide for å utjevne og hindre lønnsforskjeller mellom kvinner og menn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. For å oppdage lønnsforskjeller mellom kvinner og menn, og for å kunne iverksette nødvendige tiltak, skal arbeidsgiver kartlegge og analysere bestemmelser og praksis om lønn og øvrige arbeidsvilkår og forskjeller mellom kvinner og menn som utfører arbeid av lik verdi, jf. §§ 10 til 12. Arbeidsgiver skal vurdere om forekommende lønnsforskjeller har direkte eller indirekte sammenheng med kjønn. Hvert tredje år skal arbeidsgiver utarbeide en handlingsplan for likelønn mellom kvinner og menn, planer for lønnsjustering og kostnadsberegninger knyttet til dette.

Bestemmelsen er en videreføring av tidligere likestillingsloven § 12, og utgjør en forutsetning for at bestemmelsene om kartlegging av lønn og planer for likelønn skal fungere. Opplysningsplikten etter denne bestemmelsen gjelder kun for diskrimineringsgrunnlaget kjønn.⁵²

Bestemmelsen gir tillitsvalgte rett til lønnsopplysninger fordelt på grupper av ansatte. Arbeidsgivers opplysningsplikt innebærer ikke en generell rettighet for arbeidstakerorganisasjonene til å få innsyn i den enkelte arbeidstakers lønn. Plikten for arbeidsgiver til å informere om den enkelte arbeidstakers lønn bør etter forarbeidene være begrenset til tilfeller hvor man ikke på en meningsfylt måte kan gjennomføre analysene for likelønn uten at opplysningene om lønn er identifisert til den enkelte arbeidstaker. Hvorvidt dette er tilfelle er det i siste instans Diskrimineringsombudsmannen som tar stilling til.⁵³ Dersom informasjonen som utleveres inneholder opplysninger om den enkelte arbeidstaker gjelder det regler om taushetsplikt, jf. bestemmelsen andre ledd.⁵⁴

⁵⁰ Proposition 2007/08:95 punkt 8.1.6 side 184-185.

⁵¹ Proposition 2007/08:95 punkt 19.1 side 504-505.

⁵² Proposition 2007/08:95 punkt 19.1 side 541.

⁵³ Proposition 2007/08:95 punkt 11.2.8 side 345.

⁵⁴ Proposition 2007/08:95 punkt 19.1 side 541.

19.4.4.2 Finland

Opplysningsplikt om kvalifikasjoner

Etter den finske likestillingsloven § 10 første ledd har arbeidsgiver opplysningsplikt om kvalifikasjoner ved ansettelse og ved tildeling av arbeidsoppgaver og videreutdanning.

Bestemmelsen lyder som følger:

«På begäran skall en arbetsgivare utan dröjsmål lämna en skriftlig utredning om sitt förfarande till den som anser sig ha blivit diskriminerad på det sätt som avses i 8 § 1 mom. 1 punkten. Av utredningen skall framgå vilka grunder arbetsgivaren följt vid uttagningen, den uttagnas utbildning, arbetserfarenhet och erfarenhet av annat slag samt andra meriter och omständigheter som påverkat valet och som tydligt kan påvisas.»

Bestemmelsen går lenger enn etter norsk rett, da den også pålegger arbeidsgiver opplysningsplikt om bestående arbeidsforhold. Opplysningsplikten er begrunnet med at den enkelte selv skal kunne ta stilling til om det man skal gå videre med en diskriminerings sak til domstolene, samt å motvirke at ubegrunnede saker går til retten.⁵⁵

Opplysningsplikt om lønn

Etter § 10 tredje ledd har arbeidsgiver opplysningsplikt om grunnlaget for fastsettelse av lønn overfor en arbeidstaker som hevder å være diskriminert ved lønnsfastsettelsen.

Bestemmelsen lyder som følger:

«Arbetsgivaren skall till arbetstagaren lämna en utredning om grunderna för lönen och andra sådana nödvändiga uppgifter om arbetstagaren enligt vilka det kan bedömas om förbudet mot lönediskriminering enligt 8 § 1 mom. 2 eller 3 punkten har iakttagits.»

En arbeidstaker har etter denne bestemmelsen rett til å få opplysninger om grunnlaget for sin egen lønn. Bestemmelsen gir ikke rett til opplysninger om lønnsnivå eller grunnlaget for lønn til kolleger arbeidstaker ønsker å sammenlikne seg med.

Opplysningsplikt overfor tillitsvalgt

Likestillingsloven har to bestemmelser om opplysningsplikt for arbeidsgiver overfor tillitsvalgte.

Lovens § 10 fjerde ledd pålegger arbeidsgiver opplysningsplikt om både lønn og øvrige arbeidsvilkår, og lyder som følger:

«En förtroendeman som valts enligt ett kollektivavtal och ett förtroendeombud som avses i 13 kap. 3 § i arbetsavtalslagen eller, enligt vad som har överenskommit på arbetsplatsen, någon annan representant för arbetstagarna har en självständig rätt att få uppgifter om lön och anställningsvillkor för en enskild arbetstagar med hans eller hennes samtycke eller för en grupp av arbetstagar eller så som har överenskommit i ett kollektivavtal som gäller för branschen, om det finns skäl att misstänka lönediskriminering på grund av kön. Om uppgifterna gäller en enskild persons lön, skall denne underrättas om att uppgifterna har givits. En förtroendeman, ett förtroendeombud eller någon annan representant för arbetstagarna får inte för andra röja uppgifter om lön och anställningsvillkor.»

Etter bestemmelsen har tillitsvalgt eller annen representant for de ansatte rett til å få lønnsstatistikker og andre opplysninger om lønn og ansettelsesvilkår som gjelder grupper av arbeidstakere. Tillitsvalgte har etter flere tariffavtaler tilsvarende innsynsrett. Retten til opplysninger ble lovfestet da slik innsynsrett ikke er sikret i tariffavtaler i alle bransjer. Tillitsvalgt har også rett til opplysninger om en enkelt arbeidstaker, hvis arbeidstakeren samtykker. Det er et vilkår for å få opplysninger at det er grunn til å mistenke at det forekommer lønnsdiskriminering på grunn av kjønn.

Lovens § 17 tredje ledd lyder som følger:

«På begäran av en arbetstagar som misstänker lönediskriminering har en i 10 § 4 mom. avsedd representant för arbetstagarna rätt att få uppgifter av Jämställdhetsombudsmannen om lön och anställningsvillkor i fråga om en enskild arbetstagar när det finns grundad anledning till misstanken. Jämställdhetsombudsmannen skall lämna uppgifterna till representanten utan dröjsmål, dock inom två månader från mottagandet av begäran. Om Jämställdhetsombudsmannen vägrar ge uppgifterna, kan representanten för arbetstagarna hänskjuta ärendet till Jämställdhetsnämnden.»

Bestemmelsen gir ansattes representant rett til opplysninger om lønn fra Jämställdhetsombudsmannen når det er grunn til å mistenke lønnsdiskriminering på grunn av kjønn. En forutsetning for utlevering av opplysningene er at det etter Jämställdhetsombudsmannens vurdering forelig-

⁵⁵ Jämställdhetsbroschyren 2005:2, Social- och hälsovårdsministeriet side 27.

ger grunn til å tro at det foreligger diskriminering.

Formålet med bestemmelsen er å fremme utredning av mistenkt lønnsdiskriminering på arbeidsplassnivå, hvilket igjen reduserer behovet for å bringe saker inn for domstolene. Tillitsvalgte spiller en viktig rolle når det gjelder å sikre like lønn ettersom de er permanente aktører på arbeidsplassen og deltar i utviklingen av lønnsystemer og lønnsforhandlinger. Bestemmelsen kommer til anvendelse i tilfeller hvor en enkelt arbeidstaker ikke har gitt samtykke til at opplysninger om lønn utleveres. For tilfeller hvor arbeidstaker har gitt samtykke gjelder § 10 fjerde ledd.

19.4.4.3 Danmark

Den danske likelønnsloven § 5 a inneholdt tidligere en bestemmelse om utlevering av opplysninger om lønn.

Bestemmelsen lød som følger:

«Arbejdsgiveren skal udlevere de nødvendige oplysninger, der giver mulighed for at vurdere, om loven er overholdt. Såfremt oplysninger omhandler enkeltpersoners lønnsforhold, skal de pågældende have meddelelse om, at oplysningene er givet, og oplysningerne skal behandles fortrolig.»

På grunn av bestemmelsens forhistorie er det uklart hvordan denne bestemmelsen skulle fortolkes. Uklarheten består i hvorvidt kun Ligestillingsrådet hadde rett til å innhente opplysninger etter bestemmelsen, eller om den også innebar en rett for arbeidstakere og arbeidstakerorganisasjoner til å få opplysninger om lønn. Bestemmelsen ble opphevet samtidig med at Ligestillingsrådet ble nedlagt og vedtakelse av ny likestillingslov i år 2000. Som erstatning ble det vedtatt en ny § 5 a i likelønnsloven, som pålegger arbeidsgivere med mer enn 35 ansatte å utarbeide kjønnsdelt lønnsstatistikk.⁵⁶

19.4.5 Utvalgets vurderinger og forslag

19.4.5.1 Opplysningsplikt om lønn

Utvalget foreslår at arbeidsgiver pålegges opplysningsplikt om lønn, herunder om vilkårene for avlønning. En slik opplysningsplikt er etter utvalgets vurdering viktig av hensyn til diskrimine-

ringsvernets effektivitet og for å realisere retten til likelønn. Det vises til lovforslaget § 25.

19.4.5.2 Behov for opplysninger om lønn

Rett til innsyn i andre arbeidstakers lønn er avgjørende for at en arbeidstaker skal få kunnskap om hun eller han er underbetalt.

Opplysninger om lønnsnivå kan etter dagens regler kreves fremlagt for ombudet med hjemmel i diskrimineringsombudslovens regler om opplysningsplikt dersom en arbeidstaker fremmer en klagesak. Lønnsopplysninger kan også kreves fremlagt ved anleggelse av søksmål for domstolene. Slike prosesser forutsetter imidlertid at arbeidstaker mener at det er grunnlag for å fremme en klage eller anlegge søksmål, noe som igjen forutsetter at arbeidstaker har tilgang til opplysninger om lønn.

Utvalget viser til at Likelønnskommisjonen i sin innstilling NOU 2008: 6 påpeker hvordan manglende rett til opplysninger om lønn er med på å redusere effektiviteten av likestillingslovens like lønnsbestemmelse. Likelønnskommisjonen påpeker at manglende rett til opplysninger om kollegers lønn gjør det vanskelig eller umulig å sammenlikne sin egen lønn med andres. Dette kan medvirke til at enkeltpersoner vegrer seg mot å reise klagesak, da det kan oppleves som en stor belastning med små utsikter til medhold.⁵⁷ Likelønnskommisjonen sier følgende om manglende rett til opplysninger om lønn og diskrimineringsforbudets effektivitet når det gjelder retten til like lønn:

«For en arbeidstaker er ikke opplysninger om kollegers lønn tilgjengelige. Dersom en arbeidstaker mener seg utsatt for lønnsdiskriminering, foreligger en klageadgang. For å klage eller reise sak, må det imidlertid sannsynliggjøres at det foreligger forskjellsbehandling og påvises omstendigheter som gir grunn til å tro at det er grunn til å reise en klagesak. Dette er ikke et strengt krav, og det er arbeidsgiver som må motbevise dette for å kunne bli frikjent for kravet, jf. Lov om likestilling mellom kjønnene § 16. Klager har imidlertid ikke rett til å vite hvilken lønn kollegene har, og arbeidsgiver har ingen plikt til å opplyse om kollegers lønn. Hvorvidt en ansatt har kunnskap om kollegers lønn, kan bero på rene tilfeldigheter. Uten mulighet til å kunne sammenlikne sin lønn med andre kolleger, er det i praksis vanskelig og ikke noe grunnlag for å fremme saker om

⁵⁶ Bjørst 2005 side 509-513.

⁵⁷ NOU 2008: 6 kapittel 2 side 33.

usaklig forskjellsbehandling. Retten til like-lønn kan derfor sies å være en rett til en lønn som man ikke har rett til å vite hva er. Dette forholdet er med på å gjøre likelønnsbestemmelsen lite effektiv.»⁵⁸

Disse hensynene taler mot at arbeidstaker må gå veien om ombudet for å få tilgang til opplysninger om lønn. Det er dessuten et hensyn at ubegrunnede saker for ombudet, nemnda og domstolene i størst mulig grad unngås, både av hensyn til ressursbruken hos håndhevingsorganene og hensynet til den enkelte. Den som mistenker å være diskriminert kan oppleve det som en belastning å måtte fremme en klagesak for ombudet for å få nødvendige opplysninger om lønnsfastsettelsen for å kunne vurdere om det er grunnlag for mistanken, blant annet av frykt for konsekvenser senere i arbeidsforholdet. Dette kan igjen virke som en barriere mot at klagesaker fremmes.

19.4.5.3 Hvilke opplysninger bør omfattes?

Retten til innsyn i lønn bør etter utvalgets vurdering gjelde for alle diskrimineringsgrunnlag, og bør derfor gjelde både ved mistanke om diskriminering ved lønnsfastsettelse generelt og ved mistanke om brudd på likelønnsbestemmelsen og retten til lik lønn for arbeid av lik verdi, uavhengig av kjønn.

For at den som mener seg diskriminert skal kunne gjøre bruk av opplysningene for å ta stilling til om det er grunnlag for å fremme en klagesak må opplysningsplikten omfatte både lønnsnivå og kriteriene for lønnsfastsettelsen til den eller de vedkommende sammenlikner seg med. Med kriterier for lønnsfastsettelse sikter utvalget til forhold som ansvar, kompetansekrav for stillingen, anstrengelse, arbeidsforhold og ansiennitet med videre.

Utvalget viser i denne sammenhengen til at det i følge EU-retten er et krav om at lønnsfastsettelsen er gjennomskuelig. Dette kravet er lagt til grunn av EF-domstolen for at en arbeidstaker ikke skal kunne bli fratatt ethvert effektivt virkemiddel for å få gjennomført likelønnsprinsippet. Dersom virksomheten benytter et system for lønnsfastsettelse som er ugjennomskuelig i den forstand at det ikke er mulig å konstatere hvilke faktorer som har hatt betydning for lønnsfastsettelsen, kan bevisbyrden gå over på arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at avlønningen ikke er

diskriminerende.⁵⁹ For nærmere redegjørelse om EU-rettenes krav om at lønnsfastsettelsen skal være gjennomskuelig og forholdet til bevisbyrde-reglene vises til punkt 20.3.

Et særlig spørsmål er om opplysningsplikten også skal omfatte arbeidsgivers vurdering av individuelle arbeidsprestasjoner til den eller de som arbeidstaker som mener seg diskriminert sammenlikner seg med. Individuelle arbeidsprestasjoner og inntjening er kriterier som i mange profesjoner tillegges stor vekt ved lønnsfastsettelsen. Slike opplysninger kan derfor være vesentlige for at arbeidstaker kan vurdere om det er grunnlag for å fremme en klagesak. Dette hensynet må imidlertid avveies mot en vurdering av rimeligheten av at en arbeidstaker skal kunne kreve fremlagt slike vurderinger om sine kolleger. Dette reiser særlige spørsmål relatert til personvern. Etter utvalgets vurdering bør derfor opplysningsplikten ikke omfatte en redegjørelse om individuelle arbeidsprestasjoner.

19.4.5.4 Hvem kan kreve opplysningene fremlagt?

Etter utvalgets vurdering vil en rett for den enkelte arbeidstaker til å kreve opplysninger om kollegers lønn være problematisk av personvern-hensyn. En slik rettighet vil innebære at enhver i prinsippet vil kunne tilegne seg slik informasjon ved å hevde seg diskriminert, og opplysninger om lønn vil på denne måten kunne tilfalle mange.

Tillitsvalgte har imidlertid i dag rett til innsyn i lønn i forbindelse med lønnsforhandlinger. Ved å gi de tillitsvalgte rett til innsyn i lønn også i forbindelse med mistanke om diskriminering ved lønnsfastsettelsen styrkes diskrimineringsvernets effektivitet samtidig som hensynet til personvernet ivaretas. Retten til innsyn i opplysninger om lønn bør derfor kun kunne gjøres gjeldende av arbeidstakers representant. Med begrepet tillitsvalgt menes i denne sammenheng representant for arbeidstaker som anerkjennes som fagforening etter arbeidsmiljøloven.

Dersom retten til innsyn i opplysninger om lønn forbeholdes tillitsvalgte for arbeidstakerorganisasjoner vil organiserte arbeidstakere gis bedre rettigheter og et mer effektivt diskrimineringsvern enn uorganiserte. Dette avdempes dersom også verneombudet, som er en representant for arbeidstakerne i arbeidsmiljøspørsmål, gis rett til opplysninger om lønn i tillegg til tillitsvalgte.

⁵⁸ NOU 2008: 6 punkt 14.3.1 side 195.

⁵⁹ C-127/92 Enderby, premiss 13 og 14 og C-400/93 Royal Danish Copenhagen, premiss 24-26.

Lønnssystemet i virksomheten er blant de faktorer som arbeidsgiver styrer, og som påvirker psykososial trivsel, og faller derfor innenfor verneombudets rolle. De som da vil falle utenfor retten til å få opplysninger om lønn er uorganiserte arbeidstakere ansatt i virksomheter med færre enn 10 ansatte, som ikke plikter å ha verneombud.

19.4.5.5 Hvordan opplysningene skal fremlegges

Opplysninger knyttet til lønns- og arbeidsvilkår reiser spørsmål om personvern hensyn og om opplysningene skal være anonymiserte. Datatilsynet har lagt til grunn at det i virksomheter med få ansatte ikke vil være mulig med en reell anonymisering. Dette gjelder for grupper på fem ansatte eller færre innenfor samme stillingskategori. Datatilsynet har i disse tilfeller satt som forutsetning at de som får innsyn i opplysningene pålegges taushetsplikt.

For at arbeidsgivers opplysningsplikt skal kunne ivareta hensynet til at den enkelte skal kunne ta stilling til om man er diskriminert, og skape et grunnlag for at bevisbyrden for dette kan gå over på arbeidsgiver, bør opplysningene som utleveres være egnede for dette formålet. Dette reiser spørsmålet om det bør oppstilles ytterligere krav til hvordan opplysningene fremlegges. Der som arbeidstaker for eksempel krever opplysninger for å kunne ta stilling til om det er grunn til å tro at vedkommende er diskriminert ved lønnsfastsettelsen på grunn av kjønn, bør opplysnin-

gene arbeidsgiver utleverer være knyttet til kjønn og stillingskategori for å kunne brukes som vurderingsgrunnlag i en likelønns sak.

19.4.5.6 Vurdering av ytterligere opplysningsplikt i eksisterende arbeidsforhold

Utvalget vil ikke foreslå at arbeidsgiver skal ha opplysningsplikt for øvrige beslutninger og handlinger som utføres i etablerte arbeidsforhold. Tilgangen til informasjon for å kunne vurdere om det foreligger diskriminering vil være lettere for en som er ansatt i virksomheten, enn for en person som uten å ha tilknytning til virksomheten søker på en stilling. Slik informasjon kan for eksempel være tilgjengelig via tillitsvalgte og kolleger. Dette kan tilsi at behovet for opplysningsplikt ikke er like stort, og at hensynet til diskrimineringsforbudets effektivitet ikke er like tungtveiende.

Et annet forhold er at en opplysningsplikt for arbeidsgiver etter utvalgets vurdering må konkretiseres. En helt generell opplysningsplikt om arbeidsforhold vil etter utvalgets vurdering ha et uklart innhold, samt være problematisk av personvernmessige hensyn da det vil være vanskelig å overskue hvilke opplysninger den som mener seg diskriminert kan kreve utlevert fra arbeidsgiver. En vid opplysningsplikt for arbeidsgiver kan dessuten virke konfliktskapende mellom kolleger, i tillegg til å være byrdefull for arbeidsgiver.

Kapittel 20

Bevisbyrde

20.1 Innledning

Utvalget har vurdert om reglene om delt bevisbyrde skal gjelde alle lovens grunnlag og på alle samfunnsområder, også på de områder der diskrimineringsvernet utvides.

Utvalget foreslår at gjeldende regler om delt bevisbyrde skal videreføres og gjelde for alle diskrimineringsgrunnlagene som positivt oppregnes i loven. Delt bevisbyrde skal likevel ikke gjelde ved diskriminering på grunnlag som påberopes under sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Se lovforslaget § 28.

20.2 Gjeldende rett

Utgangspunktet i norsk rett etter alminnelige prosessregler i sivile saker er at saksøker har bevisbyrden.

Diskrimineringslovene har imidlertid regler om delt bevisbyrde som legger noe av bevisbyrden over på den som påstås å ha diskriminert. Delt bevisbyrde er lovfestet i likestillingsloven § 16, arbeidsmiljøloven § 13-8, lov mot etnisk diskriminering § 10 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13. Det er også egne regler om delt bevisbyrde i boliglovene (eierseksjonsloven § 3a tredje ledd, husleieloven § 1-8 tredje ledd, boligbyggelagsloven § 1-4 tredje ledd og borettslagsloven § 1-5 tredje ledd). Reglene om delt bevisbyrde har samme materielle innhold i alle lovene, selv om detaljutformingen av reglene varierer noe.

For at bevisbyrden skal gå over på den som påstås å ha diskriminert, må den som mener seg diskriminert kunne påvise omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd. En påstand alene 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. Når bevis-

byrden har gått over, må den som påstås å ha diskriminert, sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke har funnet sted. Bevisbyrdereglene reiser også spørsmål om hvem som skal ha risikoen for at dokumentasjon for hva som har skjedd ikke kan fremlegges.

Da reglene ble vedtatt fikk delt bevisbyrde støtte fra mange av høringsinstansene. Samtidig ble det fremmet innvendinger mot å legge mer av bevisbyrden over på den som påstås å ha diskriminert.¹

20.3 EU- og EØS-rett

Direktivkrav

Prinsippet om delt bevisbyrde er tatt inn i samtlige av EUs diskrimineringsdirektiver. Delt bevisbyrde i diskrimineringsaker er direktivfestet for alle diskrimineringsgrunnlag både i og utenfor arbeidslivet. Reglene er en kodifisering av EF-domstolens praksis.

Delt bevisbyrde følger av likebehandlingsdirektivet artikkel 19, rammedirektivet artikkel 10 og rasediskrimineringsdirektivet artikkel 8. Delt bevisbyrde er også lovfestet i EUs direktiv om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester artikkel 9 og i kommisjonens forslag til direktiv om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering.² Bestemmelsene om delt bevisbyrde i de ulike direktivene har alle samme innhold og oppbygning, selv om selve ordlyden kan variere. Likebehandlingsdirektivet artikkel 19 nr. 1 lyder slik:

«Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retssystemer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når perso-

¹ Det vises til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 11.1.6 side 190, Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 11.7 side 108, Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.9.4 side 49 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 12.6 side 94.

² KOM (208) 426 endelig.

ner, der betrakter sig som krænket, fordi likebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, over for en domstol eller annen kompetent myndighet påviser faktiske omstendigheter, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at likebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.»

EF-domstolens praksis

Reglene om delt bevisbyrde er en kodifisering av praksis som ble utviklet av EF-domstolen ut fra den erfaring at det med vanlige beviskrav var svært vanskelig å vinne frem med en påstand om diskriminering. Reglene gjaldt opprinnelig kun kjønnsdiskriminering i arbeidsforhold, men er senere utvidet parallelt med utvidelsen av diskrimineringsforbudet til nye grunnlag og samfunnsområder.

EF-domstolen utviklet først prinsippet om delt bevisbyrde i saker om lønnsdiskriminering ut fra likelønnsprinsippet i Romatraktaten artikkel 119. Domstolen la vekt på hensynet til effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet, og la derfor bevisbyrden på arbeidsgiver. Denne praksisen er bakgrunnen for reglene om delt bevisbyrde i diskrimineringsdirektivene.

I Danfoss-saken la domstolen til grunn at en arbeidsgiver som benytter et ikke-gjennomsiktig lønnsfastsettelsessystem har bevisbyrden for at avlønningen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet (109/88). Saken gjaldt en virksomhet der lønningene ble fastsatt på grunnlag av blant annet personlige tillegg basert på arbeidstakerens fleksibilitet, ansiennitet og faglig utdanning. Klagerne hadde godtgjort at gjennomsnittslønnen for de kvinnelige arbeidstakerne i virksomheten var lavere enn for de mannlige. Det var vanskelig å finne ut hvordan lønnen for den enkelte ble fastsatt. Det var derfor ifølge domstolen arbeidsgiver som måtte bevise at lønnen ble fastsatt på en ikke-diskriminerende måte. Domstolen uttalte at kvinnene i den aktuelle saken ville savne ethvert effektivt middel for å søke likelønnsprinsippet gjennomført i en nasjonal rettsinstans, hvis ikke det at de har ført bevis for at det foreligger lønnsforskjeller mellom kvinner og menn skal føre til at arbeidsgiveren får bevisbyrden for at lønnspolitikken ikke er kjønnsdiskriminerende.

I Enderby-saken la domstolen til grunn at bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis det foreligger en tilsynelatende (prima facie) diskriminering (C-127/92). Domstolen uttalte at bevis-

byrden for om det foreligger forskjellsbehandling på grunn av kjønn, i prinsippet påhviler den arbeidstaker som mener seg utsatt for slik forskjellsbehandling. Bevisbyrden kunne imidlertid vendes om når det er nødvendig for ikke å frata en arbeidstaker som tilsynelatende har vært utsatt for forskjellsbehandling ethvert effektivt middel til å søke likelønnsprinsippet gjennomført. Hvis arbeidsgiver sysselsetter en yrkesgruppe som hovedsakelig består av kvinner, og som har betydelig lavere lønn enn en sammenliknbar annen yrkesgruppe i virksomheten som hovedsakelig består av menn, pålegges det ifølge domstolen arbeidsgiveren å godtgjøre at lønnsforskjellen skyldes objektive faktorer uavhengig av kjønn.

I Royal Copenhagen-saken la domstolen på samme måte til grunn at arbeidsgiver har bevisbyrden i et lønnsystem der lønnen delvis bygger på akkord og delvis på et fast beløp som varierer mellom de forskjellige arbeidstakerne, på en slik måte at det ikke er mulig å identifisere de faktorer som bestemmer den enkeltes lønn (C-400/93). Innenfor rammene av et akkordlønnsystem er det ifølge domstolen ikke tilstrekkelig for å konstatere forskjellsbehandling, at gjennomsnittslønnen for en gruppe som nesten utelukkende består av kvinnelige arbeidstakere har vesentlig lavere lønn enn en annen gruppe som nesten utelukkende består av mannlige arbeidstakere. Hvis lønnsystemet er slik at det ikke er mulig å konstatere hvilke faktorer som har hatt betydning for lønnsfastsettelsen, skal imidlertid arbeidsgiveren pålegges bevisbyrden for at lønnsforskjellene ikke skyldes forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

20.4 Utvalgets vurdering

20.4.1 Utgangspunkter og bærende hensyn

Gjeldende regler om delt bevisbyrde kan ikke oppheves uten at diskrimineringsvernet svekkes, noe som vil være i strid med utvalgets mandat. Spørsmålet for utvalget har vært om regelen om delt bevisbyrde i en samlet diskrimineringslov skal gjøres gjeldende også for det utvidede diskrimineringsvernet som følger av at de grupper som i dag har vern på begrensede områder gis et utvidet vern, og ved grunnlag som påberopes under sekkekategori. Det krever tungtveiende grunner dersom diskrimineringsvernet i den nye loven skal differensieres ved at bevisbyrdereglene skal variere etter diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområde, se punkt 20.4.4 og 20.4.5. Dette

spørsmålet vil avhenge av en vurdering av rettsikkerheten og hensynet til effektiv gjennomføring.

20.4.2 Effektiv håndheving

Bakgrunnen for reglene om delt bevisbyrde er at det ofte vil være vanskelig å bevise at en handling er diskriminerende. Delt bevisbyrde er begrunnet i at det skal være reelle muligheter for å vinne frem med en påstand om ulovlig diskriminering. En rettighet har i praksis liten verdi hvis man ikke kan få denne anerkjent og håndhevet. Uten praktiske muligheter til å få medhold i en påstand om diskriminering vil forbudet kunne få liten reell betydning.

Ofte vil det være uklarerheter knyttet til hva som faktisk har skjedd i en sak om påstått diskriminering. Saksforholdet i en konkret sak kan være uoversiktlig og vanskelig å få klarhet i. Den som påstås å ha diskriminert kan forsøke å skjule sin reelle begrunnelse, eller er ikke selv bevisst på hva som motiverer handlingen. I praksis kan det derfor være vanskelig for klageren eller for håndhevingsorganene å bevise at en handling eller unnlattelse var diskriminerende.

Å pålegge klager å bevise diskriminering kan dermed bety at et stort antall tilfeller av diskriminering unndras håndheving. I arbeidsforhold må dette ses i sammenheng med at det er arbeidsgiver som har tilgang til sakens opplysninger og som dermed vil være nærmest til å sørge for at saken blir tilstrekkelig belyst. Det vil dermed også være rimelig å la det gå ut over arbeidsgiveren hvis det etter bevisføringen fremdeles er uklart hva det er lagt vekt på.

Å pålegge den innklagede å bevise at det ikke usaklig er lagt vekt på kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, religion mv. kan også bidra til en økt bevisstjøring om diskriminering. Det kan føre til at arbeidsgivere og andre går kritisk gjennom sine prosedyrer og motiver når beslutninger skal tas, og i størst mulig utstrekning sikrer dokumentasjon for de vurderinger som er gjort. Kravet til åpenhet i beslutningsprosesser kan dermed generelt bidra til skjerpet aktsomhet og bevissthet knyttet til diskriminerende handlinger, og dermed redusere risikoen for at beslutninger blir tatt i strid med loven.

Det kan her vises til at vi også har regler om delt bevisbyrde i tilknytning til arbeidsmiljølovens forbud mot oppsigelse under sykdom, graviditet, fødsels- og foreldrepermisjon samt militærtjeneste, jf. § 15-8, § 15-9 og § 15-10. I disse tilfellene

er endog arbeidsgivers bevisbyrde skjerpet, ved at det stilles krav om «overveiende» sannsynlighet for at oppsigelsen ikke er begrunnet i slike forhold.

20.4.3 Rettssikkerhet

Innvingningene mot en regel om delt bevisbyrde knytter seg særlig til rettssikkerhet. Mange beslutninger tas uten at formaliserte prosesser kan dokumenteres. En for streng bevisbyrde kan vanskeliggjøre de subjektive og skjønnsmessige vurderinger som ligger til grunn for svært mange av de beslutninger som tas i arbeidsforhold og i andre sammenhenger. Ved å legge mer av bevisbyrden over på den som er innklaget er det derfor en fare for at noen blir trukket til ansvar for handlinger som i virkeligheten ikke var diskriminerende, fordi den innklagede ikke klarer å føre tilstrekkelige motbevis. Dette kan være enda mer betenkelig hvis delt bevisbyrde kombineres med et oppreisnings- og erstatningsansvar uten krav om skyld, se utvalgets forslag i punkt 21.3.1.

Reglene om delt bevisbyrde forutsetter at det skjer en todeling av bevisføringen. Det forutsettes at klageren først legger frem sine bevis for at det er grunn til å tro at det har skjedd diskriminering i strid med loven. Deretter legger innklagede frem sine bevis for at det ikke har skjedd diskriminering. Til dette kan det innvendes at det i konkrete saker kan være vanskelig å finne en reell todeling på noe som for retten i realiteten fremstår som samme bevistema. Argumentasjonen vil i praksis skje fortløpende ved at det fremsettes en påstand som så tilbakevises, det fremsettes så en ny påstand som tilbakevises osv.

Det å få en avgjørelse mot seg som slår fast at en har diskriminert er stigmatiserende. Å ha diskriminert er mer belastende og fordømmes sterkere enn hvis en for eksempel har solgt en bil med mangler. Selv om det ikke nødvendigvis er bevist at handlingen har hatt diskriminerende motiver, er dette en rettslig presisering som ikke alltid vil bli forstått.

20.4.4 Ulike hensyn på ulike samfunnsområder?

Arbeidslivet er et viktig område for likestillingsarbeidet fordi lønnet arbeid er sentralt for selvrealisering, samfunnsdeltakelse og inntekt i vårt samfunn. Hensynet til effektiv gjennomføring har derfor blitt tillagt avgjørende vekt ved innføringen av delt bevisbyrde på arbeidslivets område.

Gjeldende diskrimineringslovgivning har lovfestet prinsippet om delt bevisbyrde også utenfor arbeidslivet. Delt bevisbyrde på disse områdene følger også i en viss utstrekning av internasjonale forpliktelser. De gjeldende reglene bygger på at de samme hensyn gjør seg gjeldende også på andre samfunnsområder enn arbeidslivet.

Det er imidlertid ikke gitt at hensynet til effektiv gjennomføring skal veie like tungt på alle områder. Et diskrimineringsforbud som gjelder hele lovens virkeområde betyr for eksempel at privatpersoner som leier ut en leilighet eller som inngår avtale med en håndverker vil kunne bli pålagt samme bevisbyrde som en arbeidsgiver i en oppsigelsessak.

En regel om delt bevisbyrde i ansettelsesforhold begrunnes gjerne i at arbeidsgiver er en profesjonell part og at det er ulikt styrkeforhold mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. I tillegg er det arbeidsgiver som i praksis vil besitte nødvendig dokumentasjon om saksforholdet, og som derfor er i posisjon til å opplyse saken. Dette reiser spørsmål om hensynet til ulikt styrkeforhold og hvem som i praksis vil besitte dokumentasjon om saken, også gjør seg gjeldende på andre samfunnsområder enn arbeidslivet.

På andre områder enn arbeidslivet er det nødvendigvis ikke et tilsvarende ulikt styrkeforhold. Diskriminering kan også forekomme mellom to personer som ikke har noen profesjonell relasjon. En påstand om diskriminering vil dermed også kunne rettes mot en privatperson. Det kan ikke legges til grunn at det alltid vil være den som påstås å ha diskriminert som sitter inne med mest informasjon og som har mulighet til å fremlegge bevis. Det kan derfor spørres om det er rimelig at privatpersoner skal pålegges samme bevisbyrde som arbeidsgivere, virksomheter og andre profesjonelle parter.

Bevisbyrderegelen i likestillingsloven, som ble innført i 1995, gjaldt opprinnelig bare i arbeidslivet.³ Regelen var en implementering av EU-rettslige krav og ombudets og nemndas praksis. Det ble vist til styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Avgrensningen til arbeidslivet ble ikke begrunnet nærmere. Delt bevisbyrde gjaldt heller ikke i saker om seksuell trakassering. Dette ble begrunnet med at en påstand om seksuell trakassering er svært stigmatiserende og belastende for den saken gjelder.⁴

³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) kapittel 12 side 129 flg. og Ot.prp. nr. 29 (1994-1995) kapittel III 1 side 10 flg.

⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 12.7 side 95-97.

Ved en lovendring i 2004 ble regelen om delt bevisbyrde gjort gjeldende på hele likestillingslovens virkeområde. Det ble vist til EF-rettslige krav og hensynet til effektiv gjennomføring. Delt bevisbyrde i saker om seksuell trakassering ble begrunnet slik:

«(Det vil) normalt være den som påstås å ha trakassert som vil være den parten som sitter inne med mest informasjon om hva som har skjedd og bakgrunnen for dette. Det betyr også at vedkommende ofte kan ha best mulighet til å fremlegge bevis. Departementet vurderer derfor etter en interesseavveining at rettssikkerheten vil være tilstrekkelig ivaretatt ved at denne (den som påstås å ha trakassert) parten bærer tvilsrisikoen i saker om trakassering. Delt bevisbyrde kan nettopp være et incitament for begge parter til å få saken best mulig opplyst. Den som beskyldes i forhold til trakassering vil ikke kunne forholde seg passiv dersom det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har forekommet trakassering.

I saker der det ikke er et (formelt) ulikt styrkeforhold, for eksempel mellom private parter eller mellom arbeidskollegaer, viser departementet til at delt bevisbyrde uansett ikke innebærer noe betydelig avvik fra de alminnelige prosessuelle regler. I praksis vil det også etter disse reglene fungere slik at dersom klager har fremlagt opplysninger som underbygger hans krav, vil innklagede for å ivareta sine interesser måtte fremlegge motbevis. Departementet understreker at klagerens påstand også må støttes av sakens ytre omstendigheter. I og med forutsetningen om at klager først må etablere en presumpsjon for at det er skjedd en trakassering, vil en regel om delt bevisbyrde bidra til å forhindre at den innklagede risikerer grunnløse søksmål med påstand om trakassering.»⁵

Delt bevisbyrde ved seksuell trakassering utenfor arbeidslivet ble begrunnet med at

«et skille mellom i og utenfor arbeidslivet vil gi en person forskjellig vern ettersom hvor forskjellsbehandlingen finner sted.

Det er for eksempel urimelig at det i saker om seksuell trakassering mellom arbeidsgiver/ansatt vil gjelde en regel om delt bevisbyrde, mens bevisbyrden vil påhvile klager dersom den seksuelle trakasseringen for eksempel har foregått mellom lærer og student eller mellom veileder og dr. gradskandidater. Også i

⁵ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 9.7.1.1 side 57.

slike tilfeller kan det reelle styrkeforholdet være ujevnt og det vil være behov for en regel om delt bevisbyrde for å sikre et effektivt vern mot slik trakassering.»⁶

Ved innføring av nye diskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven, lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har det blitt lovfestet delt bevisbyrde. På diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne har vi derfor i dag delt bevisbyrde på alle samfunnsområder. I forarbeidene til lov mot etnisk diskriminering ble det vist til at de særskilte bevisbyrdereglene skal sikre et effektivt diskrimineringsvern på et område hvor styrkeforholdet mellom partene som regel er skjevt.⁷ Det ble også vist til at innklagede ofte sitter inne med relevante opplysninger om hva som faktisk har skjedd og hvilke forhold som har vært avgjørende. Denne parten vil derfor i de fleste tilfellene være nærmest til å kunne føre bevis.

20.4.5 Sekke kategorien

Utvalget mener at det gjør seg særlige hensyn gjeldende for grunnlag som påberopes under sekke kategorien. All den tid grunnlaget for diskrimineringen ikke er klarlagt på forhånd, vil det være vanskeligere å sikre oversikt over hvilken informasjon som er relevant for å kunne tilbakevise en formodning om diskriminering, og å føre motbevis når en ikke på forhånd kan innrette seg på en slik måte at en kan dokumentere hva som faktisk har skjedd. Det vil eksempelvis kunne være vanskelig å imøtegå en påstand om avvising fra et spisested når en ikke vet hva som vil kunne bli påberopt.

Den manglende forutsigbarheten som kjenner seg slik saker gjør at hensynet til rettssikkerheten gjør seg sterkere gjeldende, slik at det er vanskeligere å forsvare at delt bevisbyrde skal gjelde. De lovfestede diskrimineringsgrunnlagene kombinert med delt bevisbyrde betyr at det er gitt tydelige signaler med hensyn til en økt bevissthet om at det ikke skal diskrimineres på disse grunnlagene. Når diskrimineringsgrunnlaget ikke er klarlagt har ikke hensynet til en økt bevissthet samme vekt, og dermed heller ikke hensynet til en effektiv gjennomføring. Dette taler mot at delt bevisbyrde bør gjelde i saker om dis-

kriminering som kan omfattes av en sekke kategori.

20.5 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at delt bevisbyrde skal gjelde for alle diskrimineringsgrunnlag som er oppregnet i loven og på alle samfunnsområder. Se lovforslaget § 28.

Utvalget legger vekt på at det bør være like regler for alle diskrimineringsgrunnlag. Det vises også til at spørsmålet er løst uten differensiering i andre land. I EUs regler er det heller ikke foretatt noen differensiering. Delt bevisbyrde står sentralt for at diskrimineringsvernet skal være effektivt, og det anses som nødvendig for å sikre reelle muligheter for å nå frem med en påstand om diskriminering og dermed få håndhevet brudd på reglene.

Utvalget mener at det kan anføres innvendinger mot delt bevisbyrde særlig knyttet til rettssikkerhetshensyn. Utvalget vil imidlertid bemerke at delt bevisbyrde ikke betyr at hele bevisbyrden ligger på den som påstås å ha diskriminert; for at bevisbyrden skal snu er det en forutsetning at den som mener seg diskriminert først påviser omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering. Utvalget viser også til erfaringene med reglene om delt bevisbyrde som viser at det ikke er store praktiske problemer knyttet til reglene. Regelen om delt bevisbyrde kan slå forskjellig ut på forskjellige områder. Utvalget vil likevel ikke foreslå at noen områder unntas. Praxis viser at kravene som stilles til partene etter reglene om delt bevisbyrde ikke behøver å være de samme i alle sammenhenger. For eksempel vil ikke kravene være like strenge for en privat utleier som for et forsikringsselskap.

Utvalget foreslår imidlertid at delt bevisbyrde ikke skal gjelde i de tilfeller der diskrimineringsvernet påberopes for grunnlag som ikke er positivt oppregnet i loven, men som omfattes av sekke kategorien («andre liknende vesentlige forhold ved en person»). Bevisbyrdereglene er særlig begrunnet i at det ofte vil være den ansvarlige for handlingen som er i posisjon til å dokumentere forholdene og opplyse saken. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende for sekke kategorien i samme grad, da det ikke i forkant er kjent hvilke grunnlag som kan bli påberopt. Rettssikkerhetshensyn taler derfor sterkere mot delt bevisbyrde når det gjelder grunnlag som påberopes under sekke kategorien enn for lovens oppregnede grunnlag.

⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 9.7.1.1 side 58.

⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 11.8 side 129-130 og Innst.O nr. 69 (2004-2005) kapittel 12 side 15-16.

Kapittel 21

Oppreisning og erstatning

21.1 Innledning

Oppreisning og erstatning er reaksjoner ved brudd på diskrimineringsforbudene. Med oppreisning menes kompensasjon for ikke-økonomisk skade som vederlag for den krenkelse den som er blitt diskriminert er blitt utsatt for. Med erstatning menes kompensasjon for økonomisk tap.

Utvalget har vurdert om oppreisnings- og erstatningsansvaret for den som diskriminerer skal avhenge av skyld. Kravene til skyld etter diskrimineringslovene er lavere enn det som gjelder etter alminnelige erstatningsregler. Reglene er begrunnet i EU-rettslige forpliktelser og hensynet til regelverkets effektivitet og gjennomslagskraft. Vilråene for at oppreisnings- og erstatningsansvaret skal inntre varierer imidlertid med diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområde. Utvalget foreslår derfor noen justeringer for å komme frem til enhetlige, rimelige og hensiktsmessige regler.

Utvalget foreslår at den som diskriminerer i strid med loven skal bli ansvarlig for å yte oppreisning og erstatning, jf. lovforslaget § 29. I arbeidslivet skal brudd på loven utløse ansvar uten hensyn til skyld. Utenfor arbeidslivet skal oppreisning og erstatning kunne kreves dersom den som har diskriminert har opptrådt uaktsomt (vanlig uaktsomhet). Utvalget foreslår at særreglene om oppreisning og erstatning ikke skal gjelde for forhold som omfattes av sekkekategorioren («andre liknende vesentlige forhold ved en person»), samt ved brudd på plikten til universell utforming. Reglene om utmåling og lemping av ansvaret foreslås videreført.

21.2 Gjeldende rett

Reglene om vilkår og utmåling av oppreisning og erstatning følger av alminnelige erstatningsregler og av særregler i diskrimineringslovgivningen. De alminnelige erstatningsreglene suppleres av diskrimineringslovenes særregler om oppreis-

ning og erstatning. Oppreisning og erstatning kan kreves etter alminnelige erstatningsregler, uavhengig av særreglene i diskrimineringslovgivningen. Oppreisning og erstatning fastsettes av domstolene.

21.2.1 Alminnelige erstatningsregler

Et av vilråene for å idømme erstatning for økonomisk tap etter alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige regler er at det er utvist skyld. Skyldkravet innebærer at skadevolderen har opptrådt forsettlig eller uaktsomt (culpaansvar). Om det foreligger erstatningsbetingende uaktsomhet må avgjøres etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det avgjørende vil være om skadevolderen har innrettet seg slik man kan kreve av en omtenkssom aktør på vedkommende livsområde. For at erstatningsansvar skal utløses må det i tillegg dokumenteres et økonomisk tap. Det må være årsakssammenheng mellom det økonomisk tapet og den diskriminerende handlingen. Det er skadelidte som har bevisbyrden for at vilråene er oppfylt.

Oppreisning kan kreves for ikke-økonomisk skade, jf. skadeserstatningsloven § 3-5. Oppreisning etter § 3-5 kan bare pådømmes rent unntaksvis. Det er et vilkår at den som har diskriminert har opptrådt grovt klanderverdig (kvalifisert skyld, det vil si forsett eller grov uaktsomhet).

21.2.2 Særregler i diskrimineringslovene

Likestillingsloven

Ved kjønnsdiskriminering i arbeidslivet kan arbeidssøker eller arbeidstaker som har blitt behandlet i strid med likestillingsloven kreve oppreisning og erstatning uten hensyn til skyld, jf. likestillingsloven § 17 første ledd.

Arbeidsmiljøloven

Ved brudd på diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kan den som har blitt diskriminert

kreve oppreisning uten hensyn til skyld, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9 første ledd første punktum. Regelen gjelder i ansettelsesforhold.

Etter arbeidsmiljøloven er det også særlige regler om ansvar uten hensyn til skyld ved urettmessig avskjed, usaklig oppsigelse og andre brudd på stillingsvernsreglene, jf. § 15-12 andre ledd. En oppsigelse eller avskjed i strid med diskrimineringsreglene, vil være usaklig etter arbeidsmiljøloven. I rettspraksis er brudd på diskrimineringsbestemmelser vektlagt som en skjerpene omstendighet ved utmålingen.¹

Lov mot etnisk diskriminering

Ved diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. i arbeidslivet kan arbeidssøker eller arbeidstaker kreve oppreisning uten hensyn til skyld, jf. lov mot etnisk diskriminering § 14 andre ledd første punktum. Regelen gjelder også for medlemskap eller deltakelse i arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon, jf. § 14 andre ledd andre punktum. På andre samfunnsområder enn arbeidslivet kan den som forsettlig eller uaktsomt bryter lovens diskrimineringsforbud pålegges å betale oppreisning til fornærmede, jf. § 14 første ledd. Oppreisning skal være en hovedreaksjon ved brudd på loven.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Ved diskriminering på grunn av nedsatt funksjons- evne i arbeidslivet kan arbeidssøker eller arbeidstaker kreve oppreisning uten hensyn til skyld, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 17 andre ledd. Regelen gjelder også for medlemskap eller deltakelse i arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon, jf. § 17 andre ledd andre punktum. På andre samfunnsområder enn arbeidslivet har den som uaktsomt opptrer i strid med diskrimineringsforbudene plikt til å betale oppreisning, jf. § 17 første ledd. Oppreisning skal være en hovedreaksjon ved brudd på loven. Reglene om oppreisning i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven gjelder ikke ved brudd på lovens bestemmelser om plikt til universell utforming etter § 9.

Utmåling

Oppreisningen etter diskrimineringslovene skal fastsettes etter en rimelighetsvurdering. Den skal

fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig, jf. likestillingsloven § 17 første ledd tredje punktum, arbeidsmiljøloven § 13-9 første ledd andre punktum, lov mot etnisk diskriminering § 14 første ledd andre punktum og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 17 første ledd andre punktum.

Likestillingsloven har i tillegg en regel i § 17 første ledd andre punktum om utmåling av erstatning for økonomisk tap i arbeidsforhold. Erstatningen skal fastsettes til det beløp som under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig er rimelig. 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 erstatningens størrelse.

Det er i forarbeidene vist til den praksis som har utviklet seg i medhold av erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven, blant annet arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd om usaklig oppsigelse og § 15-14 fjerde ledd om avskjed.²

Ved erstatning for økonomisk tap etter alminnelige erstatningsregler gjelder den generelle lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2. Erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyn- gende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at skadelidte helt eller delvis bærer skaden selv.

21.2.3 EU-rett

EUs diskrimineringsdirektiver stiller krav til sanksjonene ved brudd på diskrimineringsforbu- dene. Sanksjonene skal være effektive, stå i et rimelig forhold til overtredelsen og ha en preven-

¹ Se blant annet dom av 21. januar 2009 i Hålogaland lag- mannsrett sak nr. 08-099829ASD-HALO side 16.

² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 13.6.4 side 104, Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 12.3.7.3 side 145 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 15.3.6.2 side 226.

tiv («avkrekende») virkning, jf. rasediskrimineringsdirektivet artikkel 15, rammedirektivet artikkel 17, likebehandlingsdirektivet artikkel 18 og direktivet om likebehandling av kvinner og menn med hensyn til varer og tjenester artikkel 14. Tilsvarende følger av kommisjonens forslag til direktiv om likebehandling uansett religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering artikkel 14.³ Dersom oppreisning eller erstatning benyttes som reaksjon ved brudd på loven, skal medlemsstatene se til at disse kravene er oppfylt.

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et ansvar uten hensyn til skyld ved kjønnsdiskriminering på arbeidslivets område, jf. særlig Dekker C-177/88 som refereres nedenfor i punkt 21.3.1. Et ansvar som er betinget av skyld anses ikke tilstrekkelig. På andre områder er det ikke avklart hvor strengt ansvar som må kunne ilegges ved overtredelser av diskrimineringsforbudene, men det samme må antakelig legges til grunn også utenfor arbeidslivet.⁴

EF-domstolen har også lagt til grunn at beløpet som tilkjennes må være av en viss størrelse og overstige et symbolsk beløp for at den preventive virkningen skal være reell. Det er ikke tilstrekkelig med erstatning for å få dekket de faktiske utgiftene som følge av diskrimineringen. EF-domstolen har også lagt til grunn at det ikke kan fastsettes noe tak for størrelsen på den økonomiske erstatningen.⁵ Sistnevnte er tatt inn i det nevnte forslaget til nytt direktiv om diskrimineringsvern utenfor arbeidslivet artikkel 14.

21.2.4 Nordisk rett

21.2.4.1 Sverige

I den svenske diskrimineringsloven er det fastsatt at brudd på diskrimineringsforbudene skal utløse «diskrimineringsersättning» jf. kapittel 5 § 1. Med dette menes oppreisning for ikke-økonomisk skade. Ansvarret gjelder ved overtredelser av diskrimineringsforbudet i arbeidslivet så vel som på andre samfunnsområder. En arbeidsgiver som bryter diskrimineringsforbudet skal også betale erstatning for økonomisk tap, men med unntak for ansettelser og forfremmelser. Diskriminering

utenfor arbeidslivet utløser ikke noen rett til erstatning for økonomisk tap etter diskrimineringsloven. Det kreves ikke skyld for å komme i ansvar etter disse bestemmelsene. Dersom det foreligger særlige grunner kan diskrimineringserstatningen settes ned delvis eller helt falle bort. Oppreisning og erstatning fastsettes av domstolene.

21.2.4.2 Finland

Den finske likestillingsloven fastsetter i § 11 en rett til oppreisning for ikke-økonomisk skade («gottgörelse») ved overtredelser av diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold. Minimumsbeløpet er 3 000 Euro. Ved diskriminering i ansettelsesforhold er det satt en beløpsgrense på 15 000 Euro. Godtgjørelsen utmåles ut fra diskrimineringsart, omfang og varighet.

Brudd på likebehandlingsloven § 9 utløser rett til oppreisning for krenkelsen. Loven gjelder andre diskrimineringsgrunner enn kjønn og gjelder også utenfor arbeidslivet. Det er satt en beløpsgrense på 15 000 Euro. Når størrelsen på oppreisningen fastsettes skal det tas hensyn til diskrimineringsart, omfang og varighet. Andre kriterier er hvordan gjerningsmannen forholder seg til sin handling, eventuelt forlik mellom partene, hvorvidt partene får samme rettsstilling, gjerningsmannens økonomiske stilling og om økonomiske følger har blitt pådømt eller påført etter andre lover. Dersom det er rimelig etter omstendighetene kan oppreisningen falle bort. Når det foreligger særlige grunner kan godtgjørelsens maksimumsbeløp overskrides.

Ansvarret etter disse lovene er ikke betinget av skyld. Oppreisning er ikke til hinder for at den som er krenket også får erstatning for økonomisk tap etter vanlige erstatningsregler. Oppreisning og erstatning fastsettes av domstolene.

21.2.4.3 Danmark

Etter dansk rett kan Ligebehandlingsnævnet tilkjenne en oppreisning for ikke-økonomisk skade («godtgørelse») til personer som er utsatt for ulovlig diskriminering, jf. likebehandlingsloven §§ 14 og 15, forskjellsbehandlingsloven § 7 og lov om etnisk likebehandling § 9. Retten til oppreisning etter disse reglene er ikke betinget av at det er utvist skyld. Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolene til overprøving. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige erstatningsregler.

³ KOM (2008) 426 endelig.

⁴ Nielsen 2006 side 71-103.

⁵ Jf. blant annet Von Colson C-14/83, Dekker C-177/88, Draehmpaehl C-180/95 og Marshall-sakene 152/84 og C-271/91.

21.3 Utvalgets vurderinger

21.3.1 Skyldkravet

Et viktig spørsmål for utvalget har vært hva som skal være kravet til skyld for å komme i ansvar etter diskrimineringslovgivningens særregler om oppreisning og erstatning, som en del av ansvarsgrunnlaget. Skyldkravene for oppreisning og erstatning varierer i de ulike diskrimineringslovene. Kravene varierer også i og utenfor arbeidslivet.

En vurdering av rettssikkerheten og hensynet til effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet har vært avgjørende i vurderingen av hva som bør være vilkåret for å komme i ansvar. Det må legges vekt på at oppreisning og erstatning både har en preventiv funksjon og at det skal gi den som er blitt diskriminert en kompensasjon for tapet eller krenkelsen.

Behovet for kompensasjon

Et hensyn ved utformingen av reglene er at den som har lidt et tap eller overlast som følge av en krenkelse skal få en kompensasjon for dette. Dersom den som har blitt diskriminert har hatt et økonomisk tap som følge av diskrimineringen, skal vedkommende få dette tapet erstattet. Ved forbigåelse ved ansettelse kan det økonomiske tapet eksempelvis være tapt arbeidsinntekt inntil den som har blitt forbigått kommer i annet arbeid. Også andre utgifter som følge av diskrimineringen, for eksempel utgifter til å reise til intervju, kan inngå i en erstatning for økonomisk tap. For å få erstattet økonomisk tap er det et vilkår at det er årsakssammenheng mellom diskrimineringen og det økonomiske tapet. Oppreisning for ikke-økonomisk skade skal gi et plaster på såret for den krenkelsen som diskrimineringen har ført til. Oppreisning vil i praksis gjerne være hovedreaksjonen ved brudd på loven, fordi det ofte er vanskelig å dokumentere økonomisk tap og årsakssammenheng.

Effektiv gjennomføring – preventiv virkning

Et bærende hensyn bak erstatnings- og oppreisningsansvar er at det kan ha en preventiv virkning. Potensielle skadevoldere, det vil her si aktører som kan komme til å diskriminere, som løper en risiko for å måtte betale oppreisning og erstatning vil ha et insitament til å opptre slik at loven ikke brytes.

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av forbudet mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet krever et ansvar som ikke er betinget av skyld, blant annet i Dekker-saken (C-177/88). Saken gjaldt en kvinne som var blitt forbigått til en stilling fordi hun var gravid. Enhver tilsidesettelse av diskrimineringsforbudet måtte ifølge domstolen være fullt ut ansvarspådragende etter likebehandlingsdirektivet. Det kunne heller ikke tas hensyn til eventuelle ansvarsfrihetsgrunner i nasjonal rett. Diskrimineringsforbudets gjennomslagskraft ville i tilfelle svekkes vesentlig.

Hvis arbeidsgivere og andre kun kan trekkes til ansvar for sine diskriminerende handlinger dersom det påvises forsett eller uaktsomhet, vil den som går til sak ikke oppnå så mye selv om han eller hun får medhold i at handlingen var diskriminerende. Hvis overtredelser av loven i seg selv ikke skal være ansvarspådragende, kan dette igjen føre til at lovens sanksjoner får liten preventiv virkning. Dette var bakgrunnen for at likestillingsloven fikk regler om ansvar uten hensyn til skyld i 2001.⁶

Prinsippet om ikke-diskriminering er ikke bare en rettighet for den enkelte. Også i et bredere likestillingsperspektiv vil det være av betydning at diskriminering er sanksjonert ut fra erstatningens preventive virkning. Her må det tas i betraktning at diskrimineringslovens formål ikke bare retter seg mot rettferdighet mellom to parter. Loven skal også fremme likestilling som et allment samfunnsmessig mål. I dette perspektivet er det et poeng at en som tar belastningen med å føre en sak i dag i praksis ikke vil ha noe å vinne på det uten særlige regler som lemper på kravene til å påvise skyld. Dette kan medvirke til at ulovlige handlinger ikke angripes.

Rettsikkerhet

Rettsikkerhetshensyn er et sentralt argument mot en regel om ansvar som ikke er betinget av skyld. Det kan stilles spørsmålsteget ved rimeligheten av å stille noen ansvarlig som ikke kan bebreides. Man kan da risikere å bli trukket til ansvar for handlinger man ikke hadde mulighet til, eller som det var praktisk vanskelig, å avverge. Dette kan være urimelig i en situasjon hvor det er vanskelig å holde oversikt over alle elementer i en beslutningsprosess eller alle konsekvenser av en handling.

⁶ Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 13.6.1 side 103.

Dette bør ses i lys av at diskrimineringsforbudet avhenger av en konkret og skjønnsmessig vurdering, noe som gjør at det i praksis kan være uklart hvilke krav som følger av loven. Ikke minst gjelder dette forbudet mot indirekte diskriminering. Dette ble tillagt vekt av domstolene i enkelte underrettsdommer på 80-tallet, før likestillingsloven fikk en regel om et ansvar uten hensyn til skyld.⁷ Domstolene kom til at den som hadde diskriminert ikke kunne klandres for dette fordi reglene var uklare. Denne uklarheten og svake forutsigbarheten vil kunne bli større hvis det lovfestes en sekkekategori slik at også diskrimineringsgrunnlag som ikke er nevnt i loven skal kunne påberopes. Det samme gjelder når reglene om oppreisning og erstatning kombineres med en regel om delt bevisbyrde.

Hensynet til rettssikkerheten kan vektlegges forskjellig på ulike samfunnsområder. Når det gjelder arbeidslivet er retten til arbeid grunnleggende som en inngangsport til å nyte andre rettigheter, slik som egen inntekt og selvrealisering. Arbeidsgiveren er dessuten en profesjonell part som må opptre aktsomt slik at det ikke skjer diskriminering. Arbeidsgiveren har et særlig ansvar for ikke å opptre diskriminerende. Det er en gjensidig relasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, hvor arbeidstakeren kan sies å være i et slags avhengighetsforhold.

Også utenfor arbeidslivets område kan det være gode grunner for å senke skyldkravet. Også her kan styrkeforholdet mellom den som diskriminerer og den som blir diskriminert være ulikt. Dette vil for eksempel gjelde for profesjonelle virksomheter som leverer varer og tjenester eller for utdanningsinstitusjoner

Utenfor arbeidslivets område er bildet likevel mer nyansert, da de situasjonene som kan komme opp er veldig ulike. Det vil ikke alltid være slik at den som anklages for diskriminering er den sterke part eller er i posisjon til å dokumentere de faktiske forhold og opplyse saken. Det kan for eksempel dreie seg om en privatperson som leier ut en leilighet eller skal ha en håndverker til å gjøre en jobb hjemme hos seg. At den som har diskriminert skal ha et ansvar uten krav om skyld i slike situasjoner kan være problematisk. Å bli trukket til ansvar for diskriminering vil som regel oppfattes som stigmatiserende og kan innebære en belastning for den som får en uttalelse, et vedtak eller en dom mot seg. Det kan

virke urimelig at en part som ikke har noe insentiv til å undersøke eller dokumentere sine handlinger, for eksempel en privat engangsutleier som leier ut en del av sin egen bolig, skal undersøke og sette seg inn i regelverket i et slikt omfang at vedkommende i ettertid kan dokumentere at det ikke har forekommet diskriminering.

Utvalget mener at hensynet til rettssikkerhet ikke blir tilsidesatt med regler som senker kravene til skyld. En rekke lover har ansvar uavhengig av skyld. Eventuelle urimelige utslag av et strengt erstatnings- og oppreisningsansvar vil også kunne avhjelpest ved at utmålingen av erstatningen eller oppreisningen lempes. Hvor mye den ansvarlige kan klandres vil være blant de momenter som kan tillegges vekt ved utmålingen.

Skyldkravet i arbeidslivet

Et ansvar uten hensyn til skyld anses som en nødvendig reaksjon etter EUs direktiver om forbud mot diskriminering i arbeidslivet. Et slikt ansvar er innført i en rekke andre europeiske land.

Arbeidsmiljøloven har regler om ansvar uten hensyn til skyld ved usaklige oppsigelser og avskjed. Diskrimineringslovenes regler om oppreisning og erstatning har derfor størst praktisk betydning i arbeidslivet for andre forhold, som ansettelse, lønn og trakassering.

De alminnelige erstatningsreglene setter strenge vilkår for oppreisning, se punkt 21.2.1. Diskrimineringslovene åpner derimot for at oppreisning kan idømmes uten at arbeidsgiver kan bebreides. Når det gjelder lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven fremgår det av forarbeidene at oppreisning skal være hovedreaksjonen ved brudd på loven.⁸ En oppreisning vil gi fornærmede en form for gjenopprettelse for den diskrimineringen vedkommende har vært utsatt for. Samtidig tilsier risikobetraktninger at muligheten for å pådra seg et slikt ansvar kan påvirke arbeidsgiveren til å forebygge diskriminering. Utvalget mener at den som har blitt diskriminert i arbeidslivet bør ha krav på oppreisning uten hensyn til skyld. Dette innebærer ikke noen endring i forhold til gjeldende regler.

Ansvarskravet for erstatning for økonomisk tap ved diskriminering i arbeidslivet varierer i diskrimineringslovene. Ved kjønnsdiskriminering har arbeidsgiveren ansvar uten hensyn til

⁷ NAD 1987 Ytre Follo side 436 og NAD 1987 side 545 Lyngen som gjaldt ansettelse.

⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 12.3.7.1 side 142 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 15.3.6.1 side 225.

skyld for erstatning for økonomisk tap, jf. likestillingsloven § 17 første ledd. Ved diskriminering på andre grunnlag er det krav om vanlig uaktsomhet for å utløse erstatning for økonomisk tap. En harmonisering vil derfor i utgangspunktet kunne gå i begge retninger. Det kan enten skje ved at ansvarsgrunnlaget som gjelder ved kjønnsdiskriminering innføres for de andre diskrimineringsgrunnlagene, eller ved at skyldkravet skjerpes ved diskriminering på grunn av kjønn.

Utvalget mener at den som har et økonomisk tap som følge av brudd på diskrimineringsforbudene i arbeidslivet bør få tapet erstattet uavhengig av arbeidsgiverens skyld. Utvalget anser det ikke som aktuelt å svekke likestillingslovens vern på dette punkt, og mener derfor det bør utvides til å gjelde også de andre diskrimineringsgrunnlagene

Utvalget viser til at eventuelle urimelige utslag av et ansvar for erstatning og oppreisning vil kunne ivaretas i forbindelse med erstatningsutmålingen og regelen om lemping som utvalget foreslår videreført, se punkt 21.3.2.

Skyldkravet utenfor arbeidslivet

Det følger av gjeldende diskrimineringslovgivning at det utenfor arbeidslivet kan kreves oppreisning for diskriminering på grunn av etnisitet, religion og nedsatt funksjonsevne når det foreligger vanlig uaktsomhet. Ved kjønnsdiskriminering på andre områder enn arbeidslivet kreves det grov uaktsomhet for å få tilkjent oppreisning.

Utvalget mener at hensynene til effektiv gjennomføring og avveiningen mot rettsikkerhetshensyn, er annerledes utenfor arbeidslivet. Hensynet til rettsikkerhet tilsier at det utvises varsomhet med å senke skyldkravet i forhold til den alminnelige erstatningsregelen når det gjelder oppreisning, av hensyn til den som har brutt diskrimineringsforbudet. Oppreisning har et element av straff i seg, og vil virke stigmatiserende for den som blir pålagt å betale oppreisningen.

Utvalget ser behovet for effektive reaksjoner ved brudd på loven også på andre samfunnsområder enn arbeidslivet. I en rekke diskriminerings-situasjoner foreligger det ikke noe økonomisk tap. Etter vanlige erstatningsregler kan det bare gis oppreisning der det foreligger grov uaktsomhet. Utvalget mener at dette vil gi den som blir diskriminert et for dårlig vern. Dersom det kreves grov uaktsomhet, vil det være vanskelig å nå frem med et oppreisningskrav utenfor arbeidslivet. Å lovfeste et krav om grov uaktsomhet for å få oppreis-

ning når det diskrimineres på grunn av etnisitet, religion og funksjonsnedsettelse, vil innebære en svekkelse av vernet i forhold til gjeldende regler.

Utvalget mener derfor at vanlig uaktsomhet bør være tilstrekkelig for oppreisningsansvaret utenfor arbeidslivet.

Diskriminering på grunn av forhold som påberopes under av sekkekategori

Utvalget har vurdert om ansvarsgrunnlaget for oppreisning og erstatning skal være det samme ved diskriminering knyttet til forhold ved en person som faller inn under sekkekategori («andre liknende vesentlige forhold ved en person»), som ved diskriminering på de øvrige grunnlagene som er positivt oppregnet i loven.

Et ansvar for oppreisning og erstatning uten hensyn til skyld kan bidra til å skjerpe arbeidsgiverens aktpågivenhet og dermed forebygge diskriminering i arbeidslivet. Dette gjelder i alle fall hvis det er tilstrekkelig forutsigbart for arbeidsgiveren hva som er saklige og hva som er usaklige hensyn i den aktuelle situasjonen.

Utvalget mener imidlertid at diskrimineringslovens særlige regler om oppreisning og erstatning ut fra hensynet til rettsikkerhet ikke bør gjelde for diskrimineringsgrunnlag som påberopes under sekkekategori. En sekkekategori gir mindre forutsigbarhet, og den ansvarlige har da mindre mulighet til å innrette seg på en slik måte at reglene ikke brytes. De faktiske forholdene kan være uoversiktlige, og grensen mot hva som er saklig forskjellsbehandling kan være vanskelig å trekke i forkant.

Utvalget mener på denne bakgrunn at de skyldkrav som følger av alminnelige erstatningsregler ikke bør senkes for de grunnlag som påberopes under sekkekategori. I slike tilfeller bør et eventuelt ansvar i stedet følge av alminnelige erstatningsregler.

21.3.2 Utmåling og lemping

Utvalget mener at utmålingen av oppreisningen og erstatningen bør bygge på en rimelighetsvurdering der det økonomiske tap, partenes forhold og hele situasjonen ses under ett. Oppreisning og erstatning skal være en fleksibel reaksjon, som ivaretar både hensynet til en rimelig kompensasjon for den som har blitt diskriminert og hensynet til gjerningspersonens situasjon. Ved utmålingen bør det legges vekt på en rekke ulike forhold i en helhetsvurdering. Art, alvorlighetsgrad og

konsekvensene av den diskriminerende handlingen bør stå sentralt i vurderingen. Den diskriminerende parts skyldgrad, blant annet om vedkommende hadde til hensikt å diskriminere eller ikke, bør også tillegges vekt. Det må også tas hensyn til forhold ved gjerningspersonens situasjon, for eksempel om vedkommende har betalingssevne. Det at beløpet fastsettes skjønnsmessig ut fra en helhetsvurdering, innebærer en mulighet for å redusere beløpet ut fra hensynet til den som har diskriminert (lemping av ansvaret).

Den diskriminerte skal få dekket hele sitt økonomiske tap som følge av diskrimineringen. Denne delen av erstatningen må dekke lidt tap og fremtidig økonomisk tap. Når det gjelder krav om likelønn vil arbeidsgiver være ansvarlig for differensen mellom utbetalt lønn og den lønn vedkommende skulle hatt i overensstemmelse med diskrimineringsloven. Hvis en person er forbigått ved ansettelse skal vedkommende ha dekket inntektstapet ved at vedkommende ikke fikk den aktuelle stillingen, ut fra sannsynlig inntekt. I tillegg vil det tilkomme renter fra antatt tiltredelsestidspunkt. Kravet vil være begrenset bakover i tid av regelen i foreldelsesloven § 9. Bestemmelsen fastslår at kravet foreldes tre år fra den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige. Erstatning for fremtidig tap vil kunne begrenses som følge av den diskriminertes plikt til å begrense tapet og lempingsregelen.

Hvor stor oppreisningen skal være, må ses i forhold til grovheten av diskrimineringen. Dersom det økonomiske tapet er lite, vil oppreisningen kunne utgjøre en betydelig del av det samlede beløpet. Dette er nødvendig for at reglene skal kunne fungere som en effektiv håndheving av lovens forbud.

Ved utmålingen av oppreisning og erstatning i arbeidslivet vil det være veiledning i den domstolspraksis som foreligger knyttet til utmåling etter arbeidsmiljøloven. Etter diskrimineringslovene foreligger det lite praksis.

Ved diskriminering på grunn av forhold som påberopes under sekkekategori, vil den alminnelige lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2 komme til anvendelse.

21.3.3 Brudd på plikten til universell utforming

Utvalget har vurdert om diskrimineringslovens særregler om oppreisning og erstatning skal gjelde også ved brudd på plikten til universell

utforming. Diskriminerings- og tilgjengelighetslovens regler om oppreisningsansvar ved uaktsomhet gjelder ikke ved brudd på plikten til universell utforming. I forarbeidene er unntaket begrunnet slik:

«Departementet foreslår på linje med utvalget at manglende universell utforming ikke skal utløse oppreisning. Ved manglende universell utforming vil det være et ubestemt, og potensielt stort antall personer som kan bli skadelidende. Et slikt ansvar ville derfor blitt alt for vidtrekkende og gi for liten forutsigbarhet.»⁹

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Craig, Emberland, Graver, Moseng, Næss, Stabell og Tøssebro) støtter departementets begrunnelse. Rett til oppreisning ved manglende universell utforming vil dessuten kunne virke prosessdrivende. Flertallet viser også til at hovedreaksjonen ved overtredelse av plikten til universell utforming er at nemnda kan gi pålegg om retting. Utvalgets flertall mener dette er den mest hensiktsmessige reaksjonen ved denne formen for diskriminering. Dersom et pålegg ikke følges kan nemnda vedta tvangsmulkt.

Flertallet mener på denne bakgrunn at de særlige reglene i diskrimineringsloven om ansvar for erstatning og oppreisning ikke bør gjelde ved brudd på plikten til universell utforming. Flertallet foreslår at de reglene som gjelder i dag blir videreført. I slike tilfeller kan erstatning kreves etter alminnelige erstatningsregler dersom en person med funksjonsnedsettelse har lidt et økonomisk tap på grunn av manglende universell utforming, og de øvrige vilkårene etter alminnelige erstatningsrettslige regler er oppfylt.

Utvalgets mindretall (medlemmet Sæbønes) vil fremheve at universell utforming er et av de viktigste bidragene til full deltakelse og likestilling for mennesker med funksjonsnedsettelser. Fysiske barrierer er i all hovedsak menneskeskapt og kan endres. Erfaring har vist at denne endringen går sakte, til tross for bestemmelser i plan- og bygningsloven og kunnskap om fysiske barrierers utestengende funksjon. Mindretallet viser til at utvalget i punkt 21.3.1 slår fast:

«[p]rinsippet om ikke-diskriminering er ikke bare en rettighet for den enkelte. Også i et bredere perspektiv vil det være av betydning at diskriminering er sanksjonert ut fra erstatningens preventive virkning. Her må det tas i betraktning at diskrimineringslovens formål ikke

⁹ Se Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 15.3.6.1 side 227.

bare retter seg mot rettighet mellom to parter, men like mye mot å fremme likestilling som et allment samfunnsmessig mål.»

Mindretallet mener at argumentet om at det er et potensielt stort antall personer som kan kreve oppreisning og erstatning, snarere er et argument for å innføre slike bestemmelser, da det impliserer at det er mange som opplever å bli utestengt fra samfunnsdeltakelse og derigjennom blir diskriminert.

Mindretallet vil bemerke at erstatningsansvaret etter alminnelige erstatningsregler som flertallet viser til, i praksis sjelden vil være aktuelt fordi det i det enkelte tilfelle ofte ikke vil være et påviselig økonomisk tap. Heller ikke vil oppreisning være aktuelt fordi det skal svært mye til for at det pålegges oppreisningsansvar etter alminnelige regler. Mindretallet viser til at oppreisning er ment som en hovedreaksjon ved brudd på diskrimineringsforbudene i diskrimineringsloven. Hvis de særlige reglene om oppreisning ikke skal gjelde ved brudd på reglene om universell utforming, vil slike lovbrudd i praksis ikke være sanksjonert, utover at det eventuelt kan være mulig å pålegge retting av det ulovlige forhold.

Mindretallet foreslår på denne bakgrunn at de særlige reglene om oppreisning og erstatning også skal gjelde ved brudd på reglene om universell utforming.

21.4 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at oppreisning og erstatning ved diskriminering i arbeidslivet skal kunne kreves uavhengig av skyld. Utvalget legger til grunn at det er *arbeidsgiver* som skal ha et slikt ansvar, og ikke andre mulige rettssubjekter som kan tenkes

å diskriminere i arbeidslivet i videre forstand. Av hensyn til harmonisering av reglene går ikke utvalget inn for at oppreisning uten hensyn til skyld kan kreves av andre rettssubjekter, som hvis arbeidstaker-, arbeidsgiver- eller yrkesorganisasjon diskriminerer i forbindelse med medlemskap eller deltakelse i slike organisasjoner. Gjeldende regler om dette videreføres derfor ikke.

På andre områder enn arbeidslivet skal ansvaret for oppreisning og erstatning være betinget av at den som har diskriminert er noe å bebreide (vanlig uaktsomhet, skyldansvar). Det vil si at vedkommende forsto eller burde ha forstått at handlingen eller unnlatsen medfører at en person blir behandlet dårligere enn andre.

Utvalget foreslår en felles regel om utmåling av oppreisning og erstatning for alle de oppregnede diskrimineringsgrunnlagene, som innebærer at ansvaret kan lempes for å unngå urimelige resultater. Oppreisningen og erstatningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til det økonomiske og ikke-økonomiske tap, partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

Utvalget foreslår at de særlige reglene om oppreisning og erstatning ikke skal gjelde for grunnlag som påberopes under sekkekategori. Disse reglene skal ifølge flertallet heller ikke gjelde ved brudd på reglene om universell utforming. I disse tilfellene vil det imidlertid kunne kreves erstatning for økonomisk tap og eventuelt oppreisning etter alminnelige erstatningsregler.

Det vises til lovforslaget § 29.

Kapittel 22

Håndheving. Nemndas kompetanse

22.1 Innledning

Ifølge mandatet skal utvalget vurdere om lovfor-
slaget får konsekvenser for håndhevingsapparatet
og om lovforslaget gjør det nødvendig med tilpas-
ninger i reglene om ombudet og nemnda. Prinsip-
pene for organiseringen av håndhevingsapparatet
skal i all hovedsak bestå som i dag. For en nær-
mere beskrivelse av ombudet og nemnda vises
det til punkt 5.8.

Etter utvalgets oppfatning er mandatet ikke til
hinder for å vurdere enkelte aspekter ved håndhe-
vingen. Nye oppgaver for ombudet og nemnda vil
være knyttet til utvidelsen av diskrimineringsfor-
budet til nye diskrimineringsgrunnlag og nye
samfunnsområder, herunder diskriminering på
grunnlag som kan påberopes under sekkekategori-
en («andre liknende vesentlige forhold ved en
person»), se punkt 13.4.7. Utvalget foreslår at
ombudets kompetanse til å henlegge saker utvi-
des, se punkt 13.4.3. Utvalget har også kommet til
at reglene om arbeidsgivers aktivitetsplikt bør
håndheves av Arbeidstilsynet, se punkt 17.2 der
utvalget foreslår at arbeidsgivers aktivitetsplikt
knyttes til virksomhetens systematiske helse-,
miljø- og sikkerhetsarbeid.

Spørsmålet i dette kapitlet er om håndhevin-
gen bør styrkes ved at nemndas gis myndighet til
å fastsette oppreisning og erstatning. Utvalgets
flertall foreslår at nemndas kompetanse ikke bør
utvides, mens et mindretall foreslår at nemnda gis
adgang til å fastsette oppreisning ved overtredel-
ser av diskrimineringsforbudet i arbeidslivet.

22.2 Gjeldende rett

Ombudet og nemnda håndhever brudd på diskri-
mineringsforbudet i diskrimineringslovene.

Ombudet og nemnda kan ikke treffe vedtak
om oppreisning og erstatning, jf. lov mot etnisk
diskriminering § 13, likestillingsloven § 9, diskri-
minerings- og tilgjengelighetsloven § 16 første

ledd og diskrimineringsombudsloven § 1 andre
ledd nr. 4. Dette kan bare domstolene gjøre.

Ombudet behandler og kan ta stilling til kon-
krete klager om diskriminering, jf. diskrimine-
ringsombudsloven § 3. Ombudet kan gi en utta-
lelse om hvorvidt et forhold er i strid med diskri-
mineringsforbudene, og skal søke å oppnå at par-
tene frivillig innretter seg etter uttalelsen. Der-
som frivillig ordning ikke oppnås kan ombudet
bringe saken inn for nemnda. Dersom partene
ikke frivillig innretter seg etter ombudets utta-
lelse og det medfører ulempe eller skadevirk-
ning å avvente nemndas vedtak, kan ombudet
treffe hastevedtak.

Saken kan bringes inn for nemnda til overprø-
ving av en av partene eller av ombudet. Når saken
er brakt inn for nemnda, kan nemnda treffe ved-
tak om at det foreligger brudd på et diskrimine-
ringsforbud. Nemnda har adgang til å gi pålegg
om retting, stansing og andre tiltak som er nød-
vendige for å sikre at diskriminering, trakasse-
ring, instruks eller gjengjeldelse opphører og for
å hindre gjentakelse, jf. diskrimineringsombuds-
loven § 7. Nemnda kan sette frist for oppfyllelse av
pålegget.

For å sikre gjennomføring av pålegg har
nemnda myndighet til å ilegge tvangsmulkt. Det
er et vilkår at fristen for å etterkomme pålegg i et
tidligere vedtak er oversittet, jf. diskriminerings-
ombudsloven § 8. Tvangsmulkt krever altså at
saken bringes inn for nemnda på nytt. Vedtak om
tvangsmulkt skal inneholde en ny frist, og mulk-
ten kan først begynne å løpe etter utløpet av den
nye fristen. Det er ikke forutsatt å være automa-
tisk i at tvangsmulkt ilegges; nemnda skal foreta
en konkret vurdering av om det bør fattes et slikt
vedtak. Nemnda kan sette ned eller frafalle ilagt
mulkt når særlige grunner taler for det.

Nemndas vedtak kan bringes inn for domsto-
lene til full prøving av saken, jf. diskriminerings-
ombudsloven § 12 første ledd. Det gjelder en
søksmålsfrist på tre måneder fra underretning om
vedtaket er mottatt, jf. diskrimineringsombudslo-
ven § 12 andre ledd.

22.3 EU-rett

EUs direktiver på diskrimineringsfeltet stiller krav om at reaksjonene ved brudd på loven samlet gir et effektivt diskrimineringsvern, se punkt 21.2.3. Det stilles ikke spesifikke krav utover dette til hvilke sanksjoner håndhevingsapparatet skal ha tilgang til.

22.4 Utenlandsk rett

Danmark har en Ligebehandlingsnævn (nemnda) som fra 1. januar 2009 har myndighet til å behandle klager for alle diskrimineringsgrunnlag. Nemnda kan treffe avgjørelser og fastsette godtgjørelse hvis diskrimineringsforbudet er overtrådt. Fra tidligere har nemnda hatt den samme myndigheten i klagesaker om kjønnsdiskriminering. En avgjørelse om godtgjørelse fra nemnda kan ikke tvangsgjennomføres uten domstolenes hjelp. I tilfelle et vedtak av nemnda om godtgjørelse ikke følges opp 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.

Irsk rett fastsetter både i likebehandlingsloven section 21 og i loven om likebehandling i arbeidslivet section 77 at den som blir diskriminert kan kreve erstatning. The Office of the Director of Equality Investigations, ODEI – The Equality Tribunal – behandler klager på diskriminering etter de to diskrimineringslovene. ODEI kan, innen visse beløpsgrenser, fastsette erstatning til en klager som har fått medhold, etter først å ha gjennomført meglingsforhandling. Avgjørelsene kan bringes inn for Labour Court eller for de alminnelige domstolene til overprøving.

22.5 Bakgrunn

Etter gjeldende regler må den som er diskriminert gå til domstolene for å få tilkjent oppreisning eller erstatning ved brudd på diskrimineringslovene. Nemnda har ikke myndighet til å ilegge oppreisning og erstatning, og tar derfor ikke stilling til disse spørsmålene under behandlingen av de sakene som bringer inn for den. I en sak hvor det diskriminerende forhold har opphørt kan det derfor hevdes at det er lite å oppnå ved å klage til ombudet og nemnda. I slike saker vil det ikke være aktuelt med pålegg om stansing, retting mv.

Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI) anbefaler i sin fjerde rapport om Norge at nemnda gis kompetanse til å fastsette erstatning til de som har vært utsatt for rasediskriminering. Ifølge ECRI kan dagens ordning med at saker må bringes inn for domstolene, redusere viljen hos den som har blitt utsatt for diskriminering til i det hele tatt å ta bryet med å bringe saker inn for ombudet i første omgang.¹

Utvidelse av nemndas kompetanse har også vært vurdert tidligere. I NOU 2002: 12 «Rettslig vern mot etnisk diskriminering» ble det foreslått å legge avgjørelsesmyndighet for spørsmål om oppreisning ved overtredelser av diskrimineringsforbudet til et Diskrimineringstilsyn, med mulighet for klage til en klagenemnd. Forslaget ble ikke fulgt opp i forbindelse med diskrimineringsombudsloven. I forarbeidene ble spørsmålet omtalt slik:

«Departementet legger i utgangspunktet vekt på at brudd på diskrimineringsforbud ... skal sanksjoneres effektivt. Effektivitetshensyn må imidlertid veies opp mot hensynet til rettssikkerhet i oppreisningssaker. Departementet har etter en samlet vurdering kommet fram til at fastsettelse av oppreisning bør behandles av domstolene.»²

Ombudet og nemnda har gjort en pro/contra-vurdering av spørsmålet om nemnda bør få kompetanse til å fatte vedtak om oppreisning, som er oversendt utvalget.³

22.6 Saksbehandlingen i nemnda

Ved vurderingen av om nemnda er egnet til å treffe avgjørelse om oppreisning og erstatning er det av betydning hvordan organiseringen og saksbehandlingen er i nemnda sammenliknet med domstolene. Dette vil også belyse spørsmålet om rettssikkerheten til den som har diskriminert vil være tilstrekkelig ivaretatt ved en slik ordning.

Nemnda er et forvaltningsorgan. Nemndas leder og nestleder skal være jurister, jf. diskrimineringsombudsloven § 5 andre ledd. Det er ikke

¹ ECRI's rapport om Norge, (fjerde overvåkingssyklus), vedtatt 20. juni 2008, offentliggjort 24. februar 2009, kapittel 41 side 19 og kapittel 39 side 118.

² Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) punkt 8.5.5 side 75.

³ Brev av 10. oktober 2008 fra ombudet og nemnda til utvalget, vedlagt rapporten »Bør håndhevingsapparatet/Nemnda gis kompetanse til å ilegge oppreisning?«. I innspillet konkluderes det ikke.

lovfastsatte krav til de øvrige medlemmenes fagbakgrunn.

Som forvaltningsorgan har nemnda et selvstendig ansvar for å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst. Nemndas sekretariat sørger aktivt for at partene gis mulighet til å komme med kommentarer til motpartens argumenter. Saksbehandlingen for nemnda bygger i større utstrekning på domstolsprosessen enn de vanlige reglene i forvaltningsloven. Saksbehandlingen frem til forhandlingen skiller seg lite fra saksforberedelsen for domstolene. Forhåndsopplysning av saken skjer ved skriftlig korrespondanse. Nemnda holder som regel et møte, hvor den hører parter, vitner og sakkyndige i den utstrekning partene ønsker det. Denne muntlige saksbehandlingen supplerer i tillegg de skriftlige forhåndsopplysningene. Dermed bygger ikke avgjørelsene fullt ut på bevismiddelbarhet, som er det førende prinsipp ved en domstolsbehandling.

For parter, vitner og sakkyndige som avgir forklaring gjelder tvistelovens regler så langt de passer, jf. forskriften til diskrimineringsombudsloven § 15. Nemnda kan kreve bevisopptak for domstolene dersom parter eller andre som antas å ha opplysninger av betydning for saken ikke etterkommer nemndas anmodninger om å legge frem opplysninger. Formkravene til dommer og vedtak er også tilnærmet like, jf. tvisteloven § 19-6 og forskriften til diskrimineringsombudsloven § 21.

For domstolene er det vanlig at begge parter er representert ved advokat, noe som innebærer at mange vil mangle ressurser for å reise søksmål for domstolene. I nemnda kan partene stille med advokat dersom de ønsker det. Selv om arbeidsgiver eller en annen profesjonell part skulle stille med advokat, må den diskriminerte parten ikke uten videre stille med advokat fordi nemnda skal sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst.

22.7 Utvalgets vurderinger og forslag

Få diskriminerings saker kommer opp for domstolene. Domstolsbehandling krever store økonomiske ressurser og tar lang tid, samtidig som den som mener seg diskriminert kan løpe en ikke ubetydelig økonomisk risiko ved å reise søksmål. I en relativ stor andel av sakene som kommer for domstolene blir i tillegg saksomkostninger ilagt den parten som mente seg diskriminert.⁴ Utvalget vet imidlertid ikke hvor mange tvister som

løses ved forlik og i hvilken grad den som mener seg diskriminert får utbetalt erstatning eller oppreisning i slike forlik. Ombudet arbeider med å systematisere denne type opplysninger i saker som har vært for ombudet, men har ingen fullstendig statistikk.

Muligheter til fri rettshjelp vil være av betydning for at flere som har blitt diskriminert kan få oppreisning og erstatning. Justisdepartementet har i St. meld nr. 26 (2008-2009) om rettshjelp, varslet at det vil vurdere om det bør innvilges fri rettshjelp til den private parten der søksmål er anbefalt av Likestillings- og diskrimineringsombudet.⁵ Utvalget viser til at det må tas med i vurderingen at nemnda, og ikke ombudet, er den overordnede instansen i klagesaker. Utvalget forutsetter ellers at forslaget vil bli vurdert nærmere av departementet i sammenheng med oppfølgingen av meldingen.

Ombuds- og nemndsbehandling er et lavterskeltilbud som ikke koster like mye som domstolsbehandling, blant annet fordi det ikke er nødvendig å benytte advokat for å fremme sin sak. Saksbehandlingstiden i saker for nemnda er kortere enn i saker for domstolene. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for avsluttede klagesaker mottatt av ombudet i 2007 var 13 uker.⁶ Saksbehandlingstiden for nemnda var i 2008 gjennomsnittlig på 2 måneder.⁷ Et slikt lavterskeltilbud med rask saksbehandling kan bidra til et mer effektivt diskrimineringsvern.

Å gi nemnda adgang til å fastsette oppreisning og/eller erstatning vil derfor innebære en lavere terskel for å få realisert disse sanksjonene ved overtredelser av diskrimineringsforbudet. Oppreisning og eventuelt erstatning vil kunne oppnås vesentlig rimeligere og raskere, i og med at man slipper å gå til domstolene i etterkant av et vedtak fra nemnda.

Det er likevel et spørsmål om det er hensiktsmessig at en slik myndighet legges til nemnda. Spørsmålet om utvidelse av nemndas myndighet må vurderes i sammenheng med nemndas saksbehandlingsform, kompetanse og ressurser. Myndighet til å fatte vedtak om oppreisning og/eller erstatning vil bety at nemnda får nye og krevende spørsmål å ta stilling til. Nemnda må da ta stilling til skyldspørsmålet, enten som ansvarsgrunnlag

⁵ St. meld nr. 26 (2008-2009) punkt 9.3.3.8 side 69.

⁶ Likestillings- og diskrimineringsombudets årsberetning for 2007.

⁷ Likestillings- og diskrimineringsnemndas årsberetning for 2008.

⁴ McClimans 2008.

eller i utmålingen. Krevs det erstatning for økonomisk tap, vil beregning av det økonomiske tapet og årsakssammenheng også være et vurderingstema. Alt dette vil kunne være komplisert, og kreve omfattende bevisføring, et stort antall vitner og vanskelige vurderinger av fakta. Det vil også kunne dreie seg om saker med et betydelig økonomisk tap. Det kan være vanskelig for nemnda å behandle slike saker.

Det kan også reises spørsmål om rettssikkerheten for den part som kan bli pålagt å betale oppreisning og erstatning av nemnda, vil være tilstrekkelig ivaretatt sammenliknet med en domstolsbehandling. Ved å legge avgjørelsesmyndighet til nemnda blir spørsmålet om oppreisning og erstatning kun behandlet i én forvaltningsinstans. Dette innebærer en begrensning i forhold til forvaltningslovens bestemmelser om klagerett over forvaltningsvedtak. Spørsmålet om oppreisning og erstatning kan bringes inn for domstolene til full overprøving. Søksmål for domstolene for å angripe et vedtak av nemnda er imidlertid svært kostbart sammenliknet med en forvaltningsrettslig klage, samtidig som saksøker løper en risiko for ikke å vinne frem.

Utvidet kompetanse for nemnda kan også føre til at flere av dem som får vedtak mot seg vil bringe saken inn for domstolene for ny behandling enn det som er tilfelle i dag. I slike saker er nemnda part, noe som vil binde opp store deler av nemndas ressurser.

Utvalgets flertall (medlemmene Emberland, Graver, Moseng, Næss, Stabell og Sæbønes) har på denne bakgrunn kommet til at nemndas myndighet ikke bør utvides til å fastsette erstatning og oppreisning.

En mellomløsning kunne vært at nemnda kun får adgang til å fastsette oppreisning. En slik løsning ville imidlertid bety at den diskriminerte fremdeles må reise søksmål når det gjelder erstatningskravet. Riktignok er det slik at erfaringen tilsier at det skal mye til før folk reiser sak for domstolene. Dette er et moment som kan tale for å ha mulighet for å få oppreisning ved nemnda. Flertallet mener likevel at en slik ordning med to parallelle løp vil skape et uryddig system. Ved fastsettelsen av oppreisningsbeløp, kan det være vanskelig å se helt bort fra det økonomiske tapet som en del av partenes forhold. Det vil virke urimelig om nemnda skulle være avskåret fra helt å ta hensyn til økonomisk tap når saksforholdene er oversiktlige. Men dersom nemnda skal kunne legge vekt

på økonomiske forhold vil man lett kunne få den situasjonen at innklagede dreier saken inn på skyldspørsmålet, så lenge det etter alminnelige erstatningsregler er et vilkår for å få erstatning for økonomisk tap at innklagede kan bebreides. Det kan på denne måten bli to parallelle prosesser om samme sak, der både nemnda og domstolene tar stilling til om diskrimineringsloven er brutt og om skyldspørsmålet. En slik løsning er derfor ikke hensiktsmessig og prinsipielt sett uheldig. Flertallet mener dessuten at en slik løsning vil gi de samme vanskelige vurderingstema, ikke minst fordi skyldspørsmålet uansett vil være relevant.

Utvalgets mindretall (medlemmene Brækhus, Craig og Tøssebro) mener at det, i forhold til behovet for effektiv sanksjonering ved overtredelse av diskrimineringsforbudene, er problematisk at det bare er domstolene og ikke nemnda som har kompetanse til å fastsette oppreisning og erstatning. I de fleste saker konstaterer nemnda bare hvorvidt det er brudd på loven, og det er svært få av de som har fått medhold som bringer saken inn for domstolene for å få oppreisning og erstatning.

Mindretallet er enig med flertallet i at det er problematisk for nemnda å håndtere et omfattende bevismateriale. Det er imidlertid ikke i alle typer saker at bevismaterialet blir omfattende. Når en arbeidsgiver overtrer diskrimineringsforbudet, kan oppreisning tilkjennes uten hensyn til skyld, og i slike tilfeller er det ikke snakk om noen videre bevisføring for at vilkårene for oppreisning foreligger. Samtidig er arbeidslivet det området som de aller fleste sakene for nemnda gjelder. Å legge avgjørelsesmyndigheten til nemnda i slike saker, vil derfor kunne effektivisere loven betraktelig.

Heller ikke når det gjelder utmålingen av oppreisningsbeløpet, kan mindretallet se at det er nødvendig med noen omfattende bevisføring fordi det skal fastsettes skjønnsmessig. I dette skjønnet vil krenkelsens grovhet være sentralt, og det vil stort sett bero på de samme forholdene som nemnda har vurdert i selve diskrimineringsaken. På den annen side bør økonomisk tap ikke være et kriterium ved fastsetting av oppreisning fordi en sak om erstatning for økonomisk tap i alle fall rent teoretisk kan komme opp for domstolene senere.

Mindretallet konkluderer derfor med at nemnda bør få kompetanse til å fastsette oppreisning i saker som gjelder arbeidslivet.

Kapittel 23

Straff for diskriminering

23.1 Innledning

Hovedregelen er at brudd på diskrimineringslovgivningen ikke er straffbart. Diskrimineringslovgivningen har likevel enkelte bestemmelser om straff. Det er også et strafferettslig vern mot diskriminering på en rekke diskrimineringsgrunnlag i straffeloven, se punkt 5.9. Det faller utenfor utvalgets mandat å vurdere endringer i disse reglene, se punkt 2.2.

Utvalget mener at brudd på diskrimineringsloven som hovedregel ikke skal være straffbart. Utvalget mener imidlertid at straffebestemmelsen i lov mot etnisk diskriminering om grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som begås av flere i fellesskap bør videreføres. Reglene om straff for manglende oppfyllelse av nemndas pålegg og brudd på opplysningsplikten for ombudet og nemnda etter diskrimineringsombudsloven videreføres også.

23.2 Gjeldende rett

Brudd på arbeidsmiljøloven er straffbart, jf. kapittel 19. Det er ikke gjort unntak for bestemmelsene om vern mot diskriminering etter lovens kapittel 13. Innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgiverens sted leder virksomheten kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder, eller begge deler (jf. § 19-1). Medvirkning er også straffebelagt. Skyldkravet er som hovedregel uaktsomhet. Arbeidstakeren kan også straffes for overtredelse av loven, jf. § 19-2. Det er en særskilt regel om foretaksstraff i lovens § 19-3. Overtredelse er underlagt offentlig påtale, jf. § 19-6.

De andre diskrimineringslovene har ikke tilsvarende regler om straff for brudd på loven. I diskrimineringsombudsloven er det imidlertid en regel om at den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å etterkomme nemndas pålegg eller ombu-

dets hastevedtak eller opplysningsplikten kan straffes med bøter, jf. § 13.

Lov mot etnisk diskriminering har en særskilt bestemmelse om straff for grove overtredelser av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap, jf. § 15. Skyldkravet er forsett, men det er ikke krav om rasistisk motivasjon. Strafferammen er bøter eller fengsel i inntil tre år. Håndhevingen av straffebestemmelsen er lagt til det alminnelige strafferettsapparatet, det vil si politiet, påtalemyndigheten og domstolene, og er betinget av offentlig påtale. Straffesanksjonen skal imidlertid være subsidiær i forhold til de sivilrettslige reaksjonene. Dette innebærer at påtalemyndigheten skal legge vekt på om administrative reaksjoner er tilstrekkelige ved vurderingen av om tiltale skal tas ut.

23.3 Utvalgets vurdering og forslag

Utvalget mener at brudd på diskrimineringsloven i alminnelighet ikke bør være straffbart. Etter utvalgets vurdering er sivilrettslige reaksjoner som pålegg om retting og/eller stansing, og økonomisk kompensasjon i form av oppreisning og erstatning bedre egnet enn straff. Dette bør etter utvalgets vurdering gjelde for alle diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområder. Straffebestemmelsene som følger av arbeidsmiljølovens kapittel 19 videreføres derfor ikke.

Utvalget viser i denne sammenhengen til at det i forarbeidene til ny arbeidsmiljølov ble vist til at det burde foretas en prinsipiell gjennomgang av loven for å undersøke om noen av bestemmelsene burde avkriminaliseres.¹ Behovet for et strafferettslig vern mot diskriminering i arbeidslivet ble ikke særskilt vurdert i forarbeidene da de nye reglene om likebehandling i arbeidslivet ble innført i arbeidsmiljøloven i 2003.² Det strafferetts-

¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 23.3.4 side 294.

² Ot.prp. nr. 104 (2002-2003).

lige vernet «fulgte med» da reglene ble innarbeidet i arbeidsmiljøloven.

Etter utvalgets syn stiller det seg anderledes når det gjelder straffebestemmelsen i lov mot etnisk diskriminering § 15 som setter straff for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap. Utvalget viser til begrunnelsen for denne bestemmelsen i forarbeidene der det heter:

«Forslaget er dels begrunnet i at diskriminering som skjer i fellesskap mellom flere personer anses som særlig skadelig, og dels i Norges internasjonale forpliktelser etter FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK). Formålet med bestemmelsen er å styrke vernet mot diskriminering i organiserte former, uten at dette går på bekostning av organisasjonsfriheten. Departementet foreslår således ikke et forbud mot rasistiske organisasjoner. Forbudet rettes mot selve virksomheten som utøves av organisasjonen/ fellesskapet, fremfor mot organisasjonen/fellesskapet som sådan.»³

Utvalget viser til at denne straffebestemmelsen har en spesiell bakgrunn og begrunnelse. Utvalget foreslår at denne straffebestemmelsen blir videreført i den samlede diskrimineringsloven. Det vises til lovforslaget § 52. Bestemmelsen skal som nå kun gjelde etnisk diskriminering, innenfor det avgrensede virkeområdet bestemmelsen har i dag.

Utvalget foreslår at regelen i diskrimineringsombudsloven § 13 om straff for å unnlate å etterkomme pålegg fra nemnda og for brudd på opplysningsplikten videreføres. Det vises til lovforslaget § 51. Regelen er med på å fremme en effektiv håndhevelse av diskrimineringsforbudene. Straff for manglende oppfyllelse av pålegg innebærer et ekstra insentiv til å følge nemndas vedtak der tvangsmulkt ikke er effektivt eller ikke er ilagt.⁴

³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 1.2 side 14.

⁴ Se Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) merknadene til § 13, side 105.

Del III
Tilleggsprotokoll nr. 12 til
Den europeiske menneskerettskonvensjon

Kapittel 24

Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen

24.1 Innledning

Norge signerte tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) om et generelt vern mot diskriminering 2003, men har foreløpig ikke ratifisert protokollen. Det er først ved en eventuell ratifikasjon Norge påtar seg forpliktelsene etter protokollen.

Utvalget skal etter mandatet utrede og gi en anbefaling om Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK (heretter kalt tilleggsprotokollen), herunder om ratifikasjon forutsetter lovendringer. Utvalget skal også gi en anbefaling om hvorvidt tilleggsprotokollen bør gjøres til del av norsk lov gjennom menneskerettsloven eller om dette eventuelt bør skje på annen måte.

Først gir et samlet utvalg en redegjørelse for ulike forhold vedrørende tilleggsprotokollen. Disse utgjør bakgrunnen for utvalgets oppfatninger om ratifikasjon og eventuell gjennomføringsmåte (punktene 24.2 til og med 24.6).

Utvalget er delt i spørsmålet om Norge bør ratifisere tilleggsprotokollen. Et flertall av utvalgets medlemmer anbefaler at Norge ikke ratifiserer tilleggsprotokollen. Utvalget er også delt i synet på hvordan tilleggsprotokollen bør gjøres til en del av norsk lov, dersom myndighetene går inn for ratifikasjon. Se punkt 24.7.

24.2 Introduksjon

Tilleggsprotokollen ble vedtatt av Europarådet i 2000, og trådte i kraft i 2005 etter å ha blitt ratifisert av 10 stater.

Tilleggsprotokollen gir et generelt vern mot diskriminering. Tilleggsprotokollen ble utarbeidet fordi diskrimineringsvernet etter konvensjonens artikkel 14 er begrenset til de rettigheter konvensjonen beskytter. Tilleggsprotokollen ble vedtatt for å sikre at diskrimineringsforbudet ble

en egen rettighet i konvensjonen. Det vern mot diskriminering som følger av artikkel 14 i konvensjonen er begrenset til livsforhold som for øvrig er konvensjonsbeskyttet. Tilleggsprotokollen har kommet til fordi vernet etter konvensjonens artikkel 14 etter hvert ble ansett å være utilstrekkelig.

Tilleggsprotokollen er kort, og inneholder kun 6 bestemmelser. Artikkel 1 gir et generelt diskrimineringsvern. Protokollens øvrige bestemmelser regulerer protokollens territoriale anvendelsesområde, forholdet til konvensjonens bestemmelser, samt regler for tiltredelse og ikrafttreden av protokollen.

Tilleggsprotokoll nr. 12 artikkel 1 har følgende ordlyd:

«The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.»

Konvensjonens artikkel 14 og tilleggsprotokollen artikkel 2 oppstiller begge vern mot diskriminering. Vedtaket av tilleggsprotokollen vil ikke bringe konvensjonens artikkel 14 til opphør. Det følger av artikkel 3 i tilleggsprotokollen at diskrimineringsvernet i tilleggsprotokollen artikkel 1 kommer i tillegg til det diskrimineringsvern som allerede følger av konvensjonen.

Til nå har Finland, Nederland, Luxembourg, Ukraina, Makedonia, Serbia, San Marino, Romania, Montenegro, Georgia, Kypros, Kroatia, Bosnia, Armenia, Spania, Andorra og Albania ratifisert tilleggsprotokollen.

24.3 Utredning

Professor Janneke Gerards ved Universitetet i Leiden har på oppdrag fra utvalget utredet flere forhold vedrørende tilleggsprotokollen, knyttet til

hovedspørsmålet om ratifisering vil innebære utvidede forpliktelser for staten sammenliknet med gjeldende forpliktelser. Utredningen omfatter følgende forhold:

- Tilleggsprotokollens virkeområde.
- Positive forpliktelser og indirekte horisontal effekt, både etter tilleggsprotokollen og EMK artikkel 14. Med positive forpliktelser menes en forpliktelse til å *sikre* retten til likebehandling, som er noe mer enn bare en negativ plikt til å la være å forskjellsbehandle. Med indirekte horisontal virkning menes en plikt for statene til å forhindre diskriminering mellom private parter.
- Forholdet mellom tilleggsprotokollen og EMK artikkel 14, herunder mulig vekselvirkning mellom disse.
- Diskrimineringsvernet for juridiske personer etter tilleggsprotokollen.
- Forholdet mellom tilleggsprotokollen og FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26.

Det foreligger få kilder til kunnskap om hvordan tilleggsprotokollens diskrimineringsvern skal forstås. Utredningen til Gerards utgjør et vesentlig grunnlag for utvalgets vurderinger og anbefaling. Utredningen er i sin helhet inntatt som vedlegg 2.

Av forklarende rapport vedtatt av (Explanatory Report) vedtatt 26. juni 2000, fremgår Europarådets fortolkning av enkelte spørsmål tilleggsprotokollen reiser. Også denne ligger til grunn for utvalgets vurderinger og anbefalinger.

24.4 Diskrimineringsvernet etter EMK tilleggsprotokoll nr. 12 og konvensjonens artikkel 14

24.4.1 Diskrimineringsgrunnlag

Formålet med utarbeidelsen av tilleggsprotokollen har vært å gi EMK et selvstendig diskrimineringsforbud. Listene over diskrimineringsgrunnlag etter konvensjonens artikkel 14 og tilleggsprotokollen er likevel identiske. Antidiskrimineringshjemlene tar sikte på sikre de samme grupper mot å bli diskriminert. På dette punktet innebærer ikke tilleggsprotokollen noen utvidelse av konvensjonens diskrimineringsvern.

Både tilleggsprotokollen og EMK artikkel 14 gir således vern mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen overbevisning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annen status.

Spørsmålet om å utvide eller supplere listen over de vernede diskrimineringsgrunnlag ble drøftet ved tilleggsprotokollens tilblivelse. Europarådets parlamentarikerforsamling rettet kritikk mot at listen av vernede grunnlag ikke ble utvidet, med den begrunnelse at flere enn de diskrimineringsgrunnlag som er opplistet har behov for vern. Dette gjelder for eksempel seksuell orientering og nedsatt funksjonsevne, som ikke er uttrykkelig nevnt verken i artikkel 14 eller i tilleggsprotokollen. De er imidlertid omfattet av vernet mot diskriminering på grunn av «annen status».¹

Det var et poeng ved utformingen av protokollen å holde seg til ordlyden i artikkel 14 for å unngå motsetningsslutninger.² Det ble også vist til at en utvidelse av listen over diskrimineringsgrunnlag ikke var nødvendig, i og med at listen over grunnlag i artikkel 14 ikke er uttømmende. Praksis fra EMD viser at grunnlag som ikke er omfattet av opplistingen også kan danne grunnlag for vern, forutsatt at de etter domstolens oppfatning lar seg henhøre under begrepet «annen status». Erfaring viser at det har vært mulig å utvikle under artikkel 14 et diskrimineringsvern som omfatter alle de grunnlag det fra domstolens side har vært ønske om å beskytte.

24.4.2 Diskrimineringsforbudets virkeområde. Selvstendige og aksessoriske diskrimineringsforbud

Tilleggsprotokollen oppstiller et selvstendig diskrimineringsforbud. Dette leder til et videre virkeområde enn det som i dag følger av konvensjonen, jf. artikkel 14.

Konvensjonens artikkel 14 oppstiller et såkalt aksessorisk diskrimineringsvern. Med dette menes at diskrimineringsforbudet kun kommer til anvendelse hvis den diskriminerende atferd også berører interesser som dekkes av en eller flere av de rettigheter som ellers er vernet etter konvensjonen. Dette er først og fremst såkalte sivile og politiske rettigheter. Bare et utsnitt av de interessesfærer privatpersoner kommer i berøring med i et moderne samfunn, vil kunne henføres under disse rettighetene. De interesser som beskyttes menneskerettslig under såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, er for eksempel ikke uttrykkelig vernet etter EMK. Mange av den moderne velferdsstatens rettigheter er ikke gitt konvensjonsbeskyttelse i og med EMK. Dette

¹ Gerards 2008 punkt 4.3.

² Forklarende rapport avsnitt 20.

innebærer, blant annet, at diskrimineringsvernet etter konvensjonen bare i begrenset grad vil berøre saksområder som dreier seg om de gode velferdsstaten yter enkeltindividet.

Til en viss grad tolker EMD rettighetene etter konvensjonen utvidende. EMKs nedslagsfelt i samfunnet er derfor stort, selv om konvensjonens rettighetskatalog ikke er altomfattende. Dette har også den følge at en rekke forhold kan tenkes rammet av artikkel 14 fordi diskrimineringsforbudets saklige virkeområde følger konvensjonens. Også på en annen måte gir diskrimineringsvernet i artikkel 14 potensial for rettslig beskyttelse utover det som bestemmelsens aksessoriske karakter skulle tilsi. Nyere praksis fra EMD går nokså langt i å minimere betydningen av at et forhold som bringes til domstolen under artikkel 14, også saklig sett må omfattes av en av konvensjonens øvrige materielle rettighetsbestemmelser.³

24.4.3 Diskrimineringsforbudets virkeområde. Lovbestemte rettigheter

Med tilleggsprotokollen gjøres vernet mot diskriminering til en selvstendig rettighet under konvensjonen. Dette er en betydelig utvidelse, i hvert fall formelt, av virkeområdet til konvensjonens diskrimineringsforbud. Fremdeles settes vilkår for anvendelse av diskrimineringsforbudet. Kravet om at den diskriminerende atferd relaterer seg til ett (eller flere) diskrimineringsgrunnlag er videreført fra artikkel 14. Men begrepet «annen status» gjør at kravet om tilknytning til et diskrimineringsgrunnlag i realiteten ikke utgjør noen stor hindring.

Tilleggsprotokollen innfører et nytt inngangskriterium for anvendelse av diskrimineringsforbudet, ved at den påståtte diskrimineringen må gjelde en «lovbestemt rettighet» («any right set forth by law»). Rekkevidden av dette uttrykket er ikke klarlagt. Det følger av den forklarende rapport til tilleggsprotokollen at begrepet «law» ikke bare omfatter nasjonal lovgivning, men også rettigheter som følger av internasjonal rett, forutsatt at den er gjort til intern rett i medlemsstatene. Videre omfatter begrepet ikke kun formell lovgivning, men myndighetsutøvelse i videre forstand. Forklarende rapport avsnitt 22 oppstiller fire kategorier av myndighetsutøvelse

som faller inn under uttrykket «any right set forth by law»:

- benyttelsen av rettigheter som følger av nasjonal lovgivning,
- benyttelse av rettigheter som viser til en tydelig plikt for offentlige myndigheter,
- for offentlige organer ved utøvelsen av skjønnsmessig myndighet, og
- all annen handling og unnlattelse av en offentlig myndighet.

Det kan spørres hvorvidt dette reelt representerer noe nytt i forhold til det vernet som allerede følger av konvensjonens artikkel 14. Artikkel 14 gir individene beskyttelse mot diskriminering fra myndighetene, så lenge diskrimineringen faller innenfor virkeområdet for en av konvensjonens rettigheter. Hovedforskjellen ved innføringen av tilleggsprotokollen i dette henseende er derfor at det ikke lenger vil være nødvendig for individet å påvise at det forhold som blir gjenstand for diskriminering også saklig sett hører inn under en konvensjonsbeskyttet rettighet.⁴ Formelt innebærer dette en utvidelse av konvensjonens vern mot diskriminering i forhold til det nåværende vernet i artikkel 14. Men som omtalt foran har domstolen i enkelte dommer i senere tid stilt begrensede krav til forholdets tilknytning til en av konvensjonens rettigheter.

Utvalget antar at innføringen av inngangskriteriet «any right set forth by law» reelt sett betyr en utvidelse av diskrimineringsvernets rekkevidde. Det hefter likevel betydelig usikkerhet ved hvor stor utvidelse i forhold til artikkel 14 det er tale om. Svaret vil for det første bero på en tolkning av «any right set forth by law» – et uttrykk som det ennå ikke knytter seg rettspraksis til fra domstolen og som det for øvrig er begrenset kildetilfang til forståelsen av. For det andre vil svaret avhenge av hvilke deler av norsk rett som i dag saklig sett hører inn under virkeområdet til EMKs rettighetsbestemmelser, for å avgjøre rekkevidden av diskrimineringsforbudet i artikkel 14. Utvalget har ikke hatt kapasitet til å foreta en omfattende analyse av dette spørsmålet, som ville kreve en bred gjennomgang av norsk rett.

24.4.4 Positive forpliktelser og indirekte horisontal virkning

Med «positive forpliktelser» menes statens plikt til å sikre ikke-diskriminering gjennom aktive til-

³ Se særlig *Stec mot Storbritannia* avvisningskjennelse sak nr. 65731/01 og 65900/01, dom 6. juli 2005 og *Carson mot Storbritannia*, sak nr. 42184/05, dom 4. november 2008.

⁴ Gerards 2008 punkt 4.4.

tak. Med «indirekte horisontal virkning» menes en plikt for statene til å forhindre diskriminering mellom private parter.

Rettstilstanden er uklar når det gjelder rekkevidden av positive forpliktelser og indirekte horisontal virkning under tilleggsprotokollen. Det er vanskelig å si hvor langt disse rekker etter tilleggsprotokollen og om statens positive forpliktelser her går lengre enn etter konvensjonens artikkel 14.⁵ Dette har blant annet sin grunn i at rekkevidden av slike forpliktelser også er uklar etter artikkel 14. Som følge av den utvidelse av diskrimineringsvernet som følger ved at tilleggsprotokollen innfører et generelt vern (og ikke et aksessorisk vern), må en likevel anta at de positive forpliktelser som kan oppstilles, kan omfatte flere saksfelt enn hva bestemmelsen i konvensjonens artikkel 14 gjør i dag.

Tilleggsprotokollen pålegger hovedsakelig en negativ forpliktelse på statene, med andre ord en plikt til å avstå fra usaklig forskjellsbehandling. Dette er kommet til uttrykk ved formuleringen «any right set forth by law», jf. artikkel 2. Formuleringen ble valgt nettopp for å begrense muligheten for å innfortolke positive forpliktelser.

Tilleggsprotokollen har ikke til intensjon å pålegge en generell forpliktelse til å forhindre eller sanksjonere all forskjellsbehandling mellom private parter. Det er for eksempel ingen generell plikt for statene til å innføre lovgivning som forbyr diskriminering i arbeidslivet eller ved tilgangen til varer og tjenester.⁶

Positive forpliktelser kan imidlertid ikke utelukkes etter tilleggsprotokollen, slik situasjonen også er etter artikkel 14. Manglende beskyttelse mot visse former for alvorlig diskriminering kan utgjøre brudd på forpliktelsene etter tilleggsprotokollen, selv om det gjelder et forhold mellom to private parter.⁷ Plikten for staten til å sørge for at diskriminering ikke skjer, herunder mellom private, er imidlertid begrenset til forhold som utgjør del av den offentlige sfære, som vanligvis er regulert ved lov, og hvor statene har et særlig ansvar (for eksempel tilgang til arbeid, offentlige tjenester og helsetjenester).⁸ For rent private forhold vil det ikke pålegge statene noen forpliktelser etter tilleggsprotokollen.⁹

EMD har ennå ikke kommet med avgjørelser som kan belyse rekkevidden av positive forpliktelser og indirekte horisontal virkning etter tilleggsprotokollen. Det kan imidlertid antas at EMD vil følge opp den praksis som er etablert ved fortolkningen av konvensjonens artikkel 14.¹⁰ Som nevnt over, uttrykker ikke praksis hva gjelder artikkel 14 sikre holdepunkter, selv om det kan se ut til at domstolen i senere saker går lenger enn før i å pålegge staten positive forpliktelser som også innbefatter diskriminering private imellom.

Etter rettspraksis fra EMD gis medlemsstatene en betydelig skjønnsmargin innen sensitive og kompliserte politikkområder, som for eksempel sosiale rettigheter og skattelovgivning. I slike saker skal det en del til før det kan innfortolkes positive forpliktelser. Positive forpliktelser etter konvensjonens artikkel 14 er etter rettspraksis fra EMD begrensede, og dreier seg først og fremst om prosessuelle krav. EMD har i tillegg slått fast at nasjonal straffelovgivning skal inneholde særlige regler om rasistisk motivert kriminalitet. Det synes lite trolig at EMD vil innfortolke en generell plikt for myndighetene å bekjempe diskriminering innen den privatrettslige sfæren.¹¹

På den annen side finnes det eksempler på avgjørelser hvor EMD har gått langt i den retning. Et eksempel er avgjørelsen i Pla og Puncernau fra 2004, som gjaldt tolkning av et testament.¹² EMD la i denne avgjørelsen til grunn at den ikke kunne forholde seg passivt til det den oppfattet som et tydelig brudd på diskrimineringsforbudet etter artikkel 14 og de prinsipper konvensjonen bygger på, selv om det gjaldt en sak av rent privat karakter. Etter dommens resonnement må nasjonale domstoler anvende generelle likebehandlingsprinsipper også i forhold mellom private parter, slik som testamentariske disposisjoner og privatrettslige kontrakter. Det er likevel et spørsmål hvilken betydning avgjørelsen i Pla and Puncernau bør tillegges. Avgjørelsen er avsagt av syv dommere, hvorav to dommere dissenterte. Det finnes ingen senere avgjørelse som verken bekrefter eller avkrefter det standpunkt den gir uttrykk for. Dommen er omstridt.¹³ Samtidig viser dommen det potensial for diskrimineringsvern som allerede kan ligge i artikkel 14 i konvensjonen.

⁵ Gerards 2008 punkt 3.1 og forklarende rapport avsnitt 24.

⁶ Gerards 2008 punkt 3.1 og forklarende rapport avsnitt 25.

⁷ Forklarende rapport avsnitt 26.

⁸ Gerards 2008 punkt 3.1 og forklarende rapport avsnitt 26-28.

⁹ Forklarende rapport avsnitt 28.

¹⁰ Gerards 2008 punkt 3.1.2.

¹¹ Gerards 2008 punkt 3.1.2.

¹² EMD Pla og Puncernau mot Andorra sak nr. 69498/01, dom 13. juli 2004.

¹³ Gerards 2008 punkt 3.1.2.

24.4.5 Vern for juridiske personer

Både konvensjonens artikkel 14 og tilleggsprotokollen gir vern mot diskriminering for juridiske personer, det vil si ikke-fysiske personer av ulik art som for eksempel organisasjoner, politiske partier eller foretak (se kapittel 11 om diskrimineringsvern for juridiske personer).

Konvensjonen artikkel 14 beskytter juridiske personer bare i den utstrekning den rettighetsbestemmelse i konvensjonen for øvrig som diskrimineringsvernet relateres til, tillater beskyttelse av interessene til juridiske personer. Det vil variere fra bestemmelse til bestemmelse hvorvidt dette er tilfelle.¹⁴

Det følger av tilleggsprotokollen artikkel 1 nr. 2 at «no one» skal diskrimineres på grunn av de forhold som er opplistet i artikkel 1 nr. 1. Det kan spørres om dette uttrykket også omfatter juridiske personer. Gerards antar at uttrykket må tolkes slik at alle personer får diskrimineringsvern etter tilleggsprotokollen artikkel 1, dvs. også juridiske personer så fremt en ellers har en «right set forth by law».¹⁵ Etter hva utvalget kan se, innebærer dette en nokså betydelig utvidelse av diskrimineringsvernet i forhold til situasjonen etter konvensjonen artikkel 14.

24.5 Forholdet mellom tilleggsprotokoll nr. 12 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26

Det følger av FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26 at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby enhver form for forskjellsbehandling. Diskrimineringsforbudet i artikkel 26 er ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen. Bestemmelsen forbyr forskjellsbehandling på generelt grunnlag. Diskrimineringsvernet omfatter vern mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, rase, hudfarge, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig.

Både SP artikkel 26 og tilleggsprotokollens artikkel 1 oppstiller selvstendige diskrimineringsforbud, som kommer til anvendelse også utenfor de rettighetene som er vernet etter SP og EMK. Begge har videre en ikke-uttømmende liste av dis-

krimineringssgrunnlag, med tilsvarende adgang til saklig forskjellsbehandling. Begge konvensjonene omfatter indirekte diskriminering. Bestemmelsene er ulikt utformet. Etter ordlyden å dømme, åpner SP artikkel 26 for et mer vidtrekkende diskrimineringsvern enn tilleggsprotokollens artikkel 1, med det unntak at SP artikkel 26 bare oppstiller et diskrimineringsforbud for enkeltmennesker, og ikke for sammenslutninger av ulike slag (juridiske personer). Det kan også argumenteres for at SP artikkel 26 har et mindre klart rettslig innhold enn EMK artikkel 14, og et mindre slagkraftig innhold på grunn av forskjellig håndhevingsmekanisme.

Det kan spørres hvor mye nytt en ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil tilføre av materielt rettslig vern mot diskriminering i forhold til gjeldende forpliktelser. SP artikkel 26 er norsk lov, som følge av at menneskerettsloven har inkorporert konvensjonen. Statenes forpliktelser etter SP artikkel 26 kan fortolkes slik at de går lenger enn tilleggsprotokoll nr. 12 EMK fordi retten til likebehandling ikke er begrenset til «any right set forth by law».

En viktig forskjell mellom diskrimineringsvernet etter SP artikkel 26 og tilleggsprotokoll nr. 12 er knyttet til håndhevingsmekanismene. For stater som har ratifisert tilleggsprotokoll til SP om individuell klagerett, kan individer bringe saker om diskriminering inn for FNs menneskerettighetskomité. Uttalelsene fra menneskerettighetskomiteen er imidlertid ikke rettslig bindende for statene. Ved ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 EMK derimot, kan saker om diskriminering bringes inn av enkeltpersoner for menneskerettsdomstolen, som kan avsi en dom.¹⁶ En dom er rettslig forpliktende for den stat som blir domfelt.

24.6 Rettslige konsekvenser av ratifikasjon av tilleggsprotokollen

Utvalget legger til grunn at ratifikasjon av tilleggsprotokollen i seg selv ikke vil medføre at diskrimineringsvernet utvides til nye diskrimineringsgrunnlag. Listen over diskrimineringsgrunnlag er identiske etter ordlyden i tilleggsprotokollen og EMK artikkel 14.

Når det gjelder positive forpliktelser og indirekte horisontal effekt er det mer uklart hvor vidtrekkende forpliktelsene etter tilleggsprotokollen vil være, da det foreløpig ikke foreligger praksis

¹⁴ Emberland 2006a side 110-111.

¹⁵ Gerards 2008 punkt 4.2.

¹⁶ Gerards 2008 kapittel 6.

fra EMD som er avgjort etter tilleggsprotokollen. Tilleggsprotokollen pålegger hovedsakelig en negativ forpliktelse for statene til å avstå fra usaklig forskjellsbehandling. Likevel kan det antas at EMD vil følge opp den praksis som er etablert etter EMK artikkel 14, og dermed utvikle også positive forpliktelser for statene.

Den største forskjellen ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil innebære, er utvidelsen av diskrimineringsvernets rekkevidde. Tilleggsprotokollen oppstiller et selvstendig diskrimineringsforbud, som kommer til anvendelse også utenfor de rettigheter som omfattes av EMK. Tilleggsprotokollen kan derfor påberopes for eksempel ved utøvelsen av sosiale rettigheter, som trygdeytelser eller andre rettigheter individet har overfor myndighetene etter norsk lov. Blant andre eksempler kan nevnes beskatning. Forutsetningen er kun at det dreier seg om en lovbestemt rettighet, jf. uttrykket «any right set forth by law», hvilket er et meget vidt begrep som i utgangspunktet omfatter enhver handling eller unnlatelse fra offentlige myndigheter.

Som følge av denne utvidelsen av diskrimineringsvernet, kan det antas at de positive forpliktelsene som kan utledes av tilleggsprotokollen vil omfatte flere saksfelt enn hva bestemmelsen i konvensjonens artikkel 14 gjør i dag.

Norsk lov har allerede et generelt diskrimineringsforbud i og med SP artikkel 26, som forbyr forskjellsbehandling på generelt grunnlag. SP artikkel 26 gir ikke vern mot diskriminering for juridiske personer. Tilleggsprotokollen gir imidlertid et slikt vern, og i større grad enn hva tilfellet er med diskrimineringsforbudet i konvensjonens artikkel 14. EMK artikkel 14 har hittil beskyttet juridiske personer bare i den utstrekning den rettighetsbestemmelse i konvensjonen som diskrimineringsvernet relateres til, tillater beskyttelse av interessene til juridiske personer. Dette vil variere fra bestemmelse til bestemmelse. Utvalget antar at tilleggsprotokollens bruk av uttrykket «no one» ut fra den sammenheng det står i, må forstås slik at juridiske personer i prinsippet vil ha det samme krav på diskrimineringsvern som enkeltindivider. Utvalget antar derfor at ratifikasjon av tilleggsprotokollen innebærer en betydelig utvidelse av diskrimineringsvernet for juridiske personer.

24.7 Utvalgets vurderinger og anbefalinger

24.7.1 Innledning

Hovedspørsmålet for utvalget er hvorvidt Norge bør ratifisere tilleggsprotokollen. Sentrale problemstillinger for denne vurderingen er hvorvidt ratifisering vil påføre staten nye forpliktelser, i dag eller i fremtiden, og hvilke konsekvenser ratifisering vil få for norsk rett.

Utvalget skal også etter mandatet ta stilling til hvorvidt tilleggsprotokollen bør inkorporeres i menneskerettsloven, og dermed gis forrang foran norsk rett ved motstrid som ikke lar seg bortfortolke, eller på annen måte. Som alternativ til inkorporering i menneskerettsloven ser utvalget ny lov mot diskriminering som det mest nærliggende alternativ. Utvalget er delt i begge spørsmål.

24.7.2 Ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12

Ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil innebære et utvidet diskrimineringsvern for juridiske personer på grunn av diskrimineringsvernets utvidede virkeområde. Juridiske personer utgjør en ikke ubetydelig del av de personer som påberoper seg beskyttelse under konvensjonen, se punkt 24.4.5 om diskrimineringsvern for juridiske personer. Det er derfor et spørsmål hvilke formål ratifisering av tilleggsprotokollen skal ivareta, og hvem som skal nyte det vern tilleggsprotokollen representerer. Utvalget antar at et generelt menneskerettslig diskrimineringsvern for juridiske personer ikke er nødvendig. Et slikt vern ligger heller ikke i kjerneområdet for det menneskerettslige diskrimineringsforbudet.

Sentralt for spørsmålet om hvorvidt Norge bør ratifisere tilleggsprotokollen er dessuten om tilleggsprotokollen tilfører noe nytt i forhold til gjeldende forpliktelser, herunder EMK artikkel 14, både når det gjelder individers diskrimineringsvern og statenes forpliktelser. Ratifikasjon av folkerettslige instrumenter som ikke tilfører noe nytt til rettstilstanden vil etter utvalgets vurdering gjøre rettstilstanden mer utilgjengelig enn den allerede er. Den vil gjøre det vanskelig for folk å utlede sine rettigheter og plikter av en meget komplisert rettslig løsning. En ratifikasjon kan dessuten være prosessdrivende.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Emberland, Graver, Næss og Stabell) anbefaler at tilleggsprotokollen ikke ratifiseres.

Flertallet mener det er usikkert hva Norge forplikter seg til hvis protokollen ratifiseres. Å forplikte seg etter tilleggsprotokollen nå, vil bety at en binder staten til en utvikling av bestemmelsen som de færreste, om noen, har oversikt over. Flertallet vil peke på tre forhold som gjør rekkevidden av tilleggsprotokollens diskrimineringsvern usikkert.

Utvalgets flertall antar for det første at tilleggsprotokollens nye inngangskriterium «any right set forth by law» innebærer en utvidelse av det menneskerettslige diskrimineringsvernet etter konvensjonen, også for individer, uten at en har oversikt over hva denne utvidelsen består i.

Flertallet antar for det andre at det er en viss mulighet for at EMD vil velge å overse forekomsten av et konvensjonsfestet diskrimineringsgrunnlag som vilkår for anvendelse av bestemmelsen. Som omtalt over, ser en i EMDs praksis under artikkel 14 i konvensjonen allerede tendenser i en slik retning, der et hvilket som helst forhold – uavhengig av diskrimineringsgrunnlag – kan komme innenfor diskrimineringsforbudets anvendelsesområde. Etter flertallets oppfatning gir tilleggsprotokollens meget vidt formulerte ordlyd, «any right set forth by law» og «on any ground such as», jf. protokollens artikkel 1, større mulighet for EMD til å gå i en slik retning også under tilleggsprotokollen. I så tilfelle vil utviklingen gå i retning av at EMKs diskrimineringsforbud er å sammenlikne med en generell saklighetsnorm, noe utvalget ikke vil anbefale.

Flertallet vil for det tredje bemerke at det er flere uklarheter og uavklarte spørsmål knyttet til vesentlige forhold for utvalgets vurdering av tilleggsprotokollen. Det er få holdepunkter for hvordan tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK skal forstås i dag, og hvordan innholdet eventuelt vil utvikle seg i EMDs rettspraksis. Den eneste kilde til en autoritativ forståelse av innholdet i bestemmelsen, utover bestemmelsens ordlyd, er den forklarende rapport. Denne er lite utfyllende. Det foreligger per i dag ingen avgjørelser fra EMD etter tilleggsprotokoll nr. 12, og det foreligger svært lite tilgjengelig juridisk litteratur. Det er etter utvalget talende for situasjonen at den utredning som utvalget har innhentet fra professor Gerards, trolig er det mest omfattende analytiske arbeid om tilleggsprotokollen som hittil er foretatt internasjonalt. Det rettslige kildetilfanget er med andre ord meget begrenset.

Ett sikkert holdepunkt er EMDs metodiske tilnærming til konvensjonens rettighetsbestemmelser. Flertallet merker seg at domstolen virker som

pådriver for en utvikling og utvidelse av konvensjonens rettighetsbestemmelser. EMDs dynamiske fortolkningsstil kan tenkes å gi tilleggsprotokollen et innhold som innfører et generelt saklighetskrav på menneskerettslig grunnlag, som norsk rett og myndighetspraksis må forholde seg til. Flertallet mener innføringen av et menneskerettslig begrunnet saklighetskrav med generell anvendelse i norsk rett ikke er en god løsning, sett på bakgrunn av de menneskerettslige utgangspunkter som utvalget har tatt for sitt arbeid. Det er utvalgets oppfatning at en utvidelse av et eventuelt generelt saklighetskrav i norsk rett bør skje på en annen måte enn ved ratifisering av tilleggsprotokollen når en ikke har kunnskap om hvordan denne normen vil bli utformet i praksis fra en overnasjonal domstol som EMD.

Etter flertallets vurdering er det ikke gitt at en ratifikasjon av tilleggsprotokollen utvider eller styrker det menneskerettslige diskrimineringsvernet, forstått som noe annet enn et generelt saklighetskrav til myndighetsatferd, som individer allerede har etter norsk rett i og med EMK artikkel 14 og SP artikkel 26. Flertallet mener de to bestemmelsene i kombinasjon representerer et tilstrekkelig menneskerettslig vern mot diskriminering i norsk rett.

Flertallet bemerker at et fåtall av Europarådets medlemsstater har ratifisert tilleggsprotokollen. Finland og Nederland har ratifisert den. Danmark, Sverige og Island har ikke ratifisert protokollen. Det har heller ikke førende EU-medlemmer som Frankrike, Tyskland og Storbritannia. Etter hva utvalget har kunnet bringe på det rene, har disse statene unnlatt å ratifisere tilleggsprotokollen av de samme grunner som utvalgets flertall har for ikke å ratifisere protokollen nå.

På denne bakgrunn anbefaler utvalgets flertall at Norge ikke ratifiserer tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

Utvalgets mindretall (medlemmene Craig, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) anbefaler at tilleggsprotokollen ratifiseres.

Det er fire hovedbegrunnelser for dette. For det første, er det et behov for tilleggsprotokollen; EMKs artikkel 14 gir ikke et tilstrekkelig vern mot diskriminering. For det andre, går Norges folkerettslige forpliktelser om diskrimineringsvern allerede etter FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), lengre enn forpliktelsene etter tilleggsprotokollen. Tilleggsprotokollen innebærer dermed ikke nye forpliktelser for Norge – bare nye prosessuelle fordeler for ofre for diskriminering. Etter tilleggsprotokollen ville

EMD kunne fatte rettslige bindende avgjørelser til ofrenes fordel, men bare innenfor rekkevidden av det diskrimineringsvern som Norge allerede er forpliktet til etter SP. For det tredje, er det lite sannsynlig at diskrimineringsvernet vil bli utviklet av EMD slik at den innfører et generelt saklighetskrav – uavhengig av grunnlag. For det fjerde, gir Norge allerede i dag et diskrimineringsvern til juridiske personer etter EMK artikkel 14. Det utvidete vernet som tilleggsprotokollen ville innebære, er ikke av så stor betydning at det begrunner en avvisning av tilleggsprotokollen.

Den spesielle konstruksjonen av et aksessorisk diskrimineringsvern i EMKs artikkel 14 har vært et hinder for en hensiktsmessig utvikling av diskrimineringsbegrepet og diskrimineringsvernet. I 2002 kunne en dommer i EMD skrive i en dissens at gjennom mer enn 50 år hadde domstolen aldri funnet et brudd på artikkel 14 for etnisk diskriminering.¹⁷ Han uttalte at domstolen ofte og regelmessig fastslår at medlemmer av utsatte minoriteter blir drept eller utsatt for hårreisende behandling i strid med artikkel 3. Imidlertid har domstolen ikke en eneste gang funnet at dette har forbindelse med deres etnisitet. Kurdere, fargede, muslimer, roma og andre er gang på gang drept, torturert eller lemlestet, men domstolen er ikke blitt overbevist om at deres rase, hudfarge, nasjonalitet eller opprinnelse har noe med dette å gjøre.

Sitatet illustrerer frustrasjonen med utviklingen av diskrimineringsvernet i praksis etter EMKs artikkel 14. Fordi den påståtte diskriminerende atferd må berøre rettigheter som ellers er vernet etter konvensjonen, er det vanlig at saksøkeren påberoper seg et brudd på diskrimineringsforbudet i sammenheng med et brudd også på en annen fundamental rettighet vernet i EMK. EMD finner det imidlertid ofte unødvendig å vurdere diskrimineringsspørsmålet dersom den har funnet et brudd på denne andre fundamentale rettigheten. Domstolens president i 2002, Luzius Wildhaber, forsøkte å forklare hvorfor denne domstolspraksis eksisterer. Han uttalte:

«The thrust of the Convention as a whole is directed against unjustified arbitrariness as being inimical to the rule of law. It is moreover inherent in the rule of law that the law should be applied in an equal manner. A finding of arbitrary interference with fundamental rights will commonly imply an element of unjust differen-

¹⁷ Se punkt 3 i dommer Bonellos dissens i EMD Anguelova mot Bulgaria, sak nr. 38361/97, dom 13. juni 2002.

ce of treatment, thus rendering to some extent superfluous a further finding as to the discriminatory nature of the interference.»¹⁸

Professor Janneke Gerards utredning poengterer klart at diskrimineringsvernet i EMK er relativt underutviklet i sammenligning med de andre fundamentale rettighetene vernet i EMK.¹⁹ Det er et tydelig behov for et selvstendig (det vil si ikke-aksessorisk) diskrimineringsvern i EMK. Dette var hele poenget med vedtakelsen av tilleggsprotokollen.

Norges folkerettslige forpliktelser etter SP artikkel 26 (vern mot diskriminering) går lenger (materielt sett) enn tilleggsprotokollen.²⁰ Dette innebærer at usikkerheten mht fremtidige tolkninger av tilleggsprotokollen ikke bør ha så stor betydning. Den prosessuelle forskjellen mellom tilleggsprotokollen og SP (det vil si at EMDs avgjørelser er rettslig bindende mens menneskerettighetskomiteens ikke er bindende) forandrer ikke rekkevidden av Norges materielle forpliktelser. Det bør ikke være et viktig argument mot ratifikasjon av tilleggsprotokollen at Norge ville kunne tvinges prosessuelt til å gi ofre i en enkelt-sak et diskrimineringsvern som staten allerede i dag er folkerettslig forpliktet til å gi.

Utvalgets flertall er redd for at diskrimineringsvernet i EMK og tilleggsprotokollen vil utvikle seg til et generelt saklighetskrav – uavhengig av grunnlag. Men det finnes lite støtte for dette. Identifiseringen av diskrimineringsgrunnlaget fortsetter i EMDs praksis å være en meget viktig del av saksøkerens bevisføring fordi det er diskrimineringsgrunnlaget som definerer de sammenlikningene som må til for å påvise en negativ forskjellsbehandling.²¹ EMD har gitt tydelig uttrykk for at den ikke er opptatt av all forskjellsbehandling, men bare forskjellsbehandling som er basert på personlige karakteristikk.²² Selv om det finnes noen enkeltstående og sære EMD-avgjørelser hvor det er vanskelig å finne et tydelig diskrimineringsgrunnlag, kan ikke dette tas til inntekt

¹⁸ Wildhaber 2002 side 73.

¹⁹ Gerards 2008 kapittel 1.

²⁰ Unntaket er at SP artikkel 26 gir bare et diskrimineringsforbud for enkeltmennesker, og ikke for juridiske personer.

²¹ Arnardóttir 2004 side 72.

²² Se Halis mor Tyrkia, sak nr. 30007/96, dom 11. januar 2005, Jones mot Storbritania, sak nr. 42639/04, avvisningskjennelse 13. september 2005 og Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark, sak nr. 5095/71, 5920/72 og 5926/72, dom 7. desember 1976. Se også Harris mfl. 2009 side 585.

for en innføring av et generelt saklighetskrav uavhengig av grunnlag.

Som nevnt ovenfor gir Norge allerede i dag et diskrimineringsvern til juridiske personer etter EMK artikkel 14. Et slikt vern etter tilleggsprotokollen bør ikke anses som et tungt argument mot ratifikasjon av tilleggsprotokollen.

Av disse grunner mener utvalgets mindretall at Norge bør ratifisere tilleggsprotokollen.

24.7.3 Inkorporering i menneskerettsloven eller diskrimineringsloven

For at individer skal kunne påberope seg rettigheter etter en menneskerettighetskonvensjon må konvensjonen gjennomføres i norsk rett gjennom en særskilt gjennomføringsakt. Norsk rett bygger på presumsjonsprinsippet, som innebærer at det er en presumsjon for at norsk rett er i samsvar med folkeretten og så langt som mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Utgangspunktet er at dersom det er motstrid mellom folkeretten og norsk rett, som ikke lar seg tolke bort, har norsk rett forrang.

Menneskerettsloven har en egen forrangsregel. Menneskerettsloven har til formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jf. § 1. Menneskerettsloven § 2 slår fast at Den europeiske menneskerettskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om barnets rettigheter skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Det samme gjelde protokoller til konvensjonene, så fremt dette er lovbestemt. Etter loven § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene og protokollene ved motstrid gå foran bestemmelsene i annen norsk lovgivning.

Forrangsregelen kommer bare inn i bildet dersom det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og norsk rett. Hvorvidt det foreligger motstrid beror på en fortolkning både av konvensjonsbestemmelsen og den aktuelle lovbestemmelsen. Forutsetningen er dessuten at konvensjonsbestemmelsen er så presis og fullstendig at rettsanvendere er i stand til å konkretisere rettighetene og pliktene konvensjonsbestemmelsen fastsetter.²³ Hvorvidt en bestemmelse er tilstrekkelig presis og fullstendig,

kan i noen tilfeller være uklart. Utvalget legger til grunn at bestemmelsen i tilleggsprotokollen artikkel 1 er tilstrekkelig presis og fullstendig til at den kan gis forrang ved eventuell motstrid.

Utvalget skal etter mandatet uansett vurdere om tilleggsprotokollen bør inkorporeres i menneskerettsloven eller på annen måte. Slik utvalget ser det vil alternativet til menneskerettsloven eventuelt være diskrimineringsloven.

Utvalget er delt i synet på valg av lov for inkorporering av tilleggsprotokollen, dersom det vil være aktuelt med ratifikasjon.

Utvalgets flertall (medlemmene Emberland, Graver, Moseng, Næss, Stabell, Sæbønes og Tøssebro) mener tilleggsprotokollen i så fall bør inkorporeres i diskrimineringsloven.

Flertallet går inn for dette fordi en inkorporering i menneskerettsloven ikke er å foretrekke, ut fra mange av de samme grunner som er redegjort for i diskusjonen om ratifikasjon over i punkt 24.7.2. Flertallet peker på den betydelige usikkerhet om hvilke forpliktelser staten påtar seg ved ratifikasjon. Menneskerettsloven bygger på et system hvor internasjonalt vedtatte og utviklede regler har høyere rang enn de regler som er vedtatt og utviklet nasjonalt. En gjennomføring av tilleggsprotokollen i norsk rett ved et tillegg til menneskerettsloven, vil etter flertallets syn innebære en betydelig begrensning av norske myndigheters handlingsrom hva gjelder kravet til saklig myndighetsatferd og hvor handlingsrommets grenser ene og alene vil bli fastlagt gjennom praksis fra EMD.

Utvalgets mindretall (medlemmene Brækhus og Craig) mener tilleggsprotokoll nr. 12 bør inkorporeres ved en lovendring til menneskerettsloven. Inkorporering i menneskerettsloven vil, i tillegg til å gi forrang foran norsk lov ved motstrid, gi sterke signaler om viktigheten av ikke-diskriminering som menneskerettighet.

Mindretallet vil dessuten vise til at øvrige tilleggsprotokoller til EMK som Norge har ratifisert, har blitt inkorporert i menneskerettsloven. Etter mindretallets vurdering skal det anføres gode grunner til at tilleggsprotokollen inkorporeres på annen måte, dersom den først ratifiseres.

²³ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) punkt 8.4 side 40.

Del IV
Grunnlovsfesting av
ikke-diskrimineringsprinsippet

Kapittel 25

Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet

25.1 Bakgrunn

Den norske Grunnloven har ingen bestemmelse om ikke-diskriminering eller likestilling. Utvalget har fått i oppdrag å vurdere grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. I utvalgets mandat står det følgende:

«Utvalget skal utrede og gi en anbefaling om vern mot diskriminering bør grunnlovsfestes. Utvalget skal utrede hvilke konsekvenser ulike utforminger av et grunnlovsvern mot diskriminering vil ha. Utvalget bør se hen til lovgivning i andre land i forbindelse med utredningen av dette spørsmålet. Dersom utvalget kommer til at vern mot diskriminering bør grunnlovsfestes, skal det komme med anbefalinger til forskjellige utforminger av grunnlovsvernet og hvor det bør plasseres. Hvis en grunnlovskommisjon oppnevnt av Stortinget får i oppdrag å utrede grunnlovsvern mot diskriminering, skal utvalget ikke ta opp dette spørsmålet.»

Allerede i høringsrunden før forslag til lov om likestilling mellom kjønnene ble lagt frem i 1974, ble det påpekt at en bestemmelse om forbud mot diskriminering på grunn av kjønn burde tas inn i Grunnloven. Forbruker- og administrasjonsdepartementet mente den gang at en egen lov om likestilling ville gjøre det mindre aktuelt med en egen grunnlovsbestemmelse.¹

Verdikommisjonen tok opp spørsmålet om minoriteter og Grunnloven. I kommisjonens slutt-rapport fra 2001 er det blant annet gitt uttrykk for følgende:

«Fra Verdikommisjonens synsvinkel har det i de senere år skjedd ytterligere en viktig utvikling i det norske samfunn som ikke gjenspeiles i vår Grunnlov. Norge har gjennom tilslutning til internasjonale konvensjoner offisielt gitt flere grupper status som nasjonale minoriteter i landet. Dette er en endring av formell status for grupper som gjennom historien har vært en

del av landets tradisjonelle kulturelle mangfold. I tillegg kommer alle de nye kulturelle impulsene vårt land har fått gjennom innvandring i etterkrigstiden. Norges situasjon som flerkulturelt og flerreligiøst land har utviklet seg sterkt i denne perioden. Dette er en situasjon vi som nasjon må forholde oss aktivt og bevisst til – slik at alle de aktuelle kulturene og religionene får en avklart status i vårt samfunn. Denne utviklingen må gjenspeiles i Grunnloven.»²

Flere internasjonale organer har påpekt overfor Norge at det ville være hensiktsmessig å gi grunnlovsmessig vern mot etnisk diskriminering. Blant annet har FNs Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) påpekt dette i sine rapporter. Videre har Europarådets Kommisjon mot rasisme og intoleranse (ECRI) i flere rapporter anbefalt slik grunnlovsfesting, sist i 2009 i sin fjerde rapport om Norge:

«ECRI anbefaler at de norske myndighetene styrker Grunnlovens beskyttelse mot rasediskriminering. ECRI henleder norske myndigheters oppmerksomhet på dens Generelle anbefalinger nr. 7 vedrørende nasjonal lovgivning for å bekjempe rasisme og rasediskriminering, der det anbefales at konstitusjonene sikrer prinsippet om likebehandling, statens forpliktelse til å fremme likestilling så vel som individets rett til å være fri fra diskriminering basert på grunnlag som rase, farge, språk, nasjonalitet, eller nasjonal eller etnisk opprinnelse.»

I 1984 ble det fremmet forslag om en grunnlovsbestemmelse om likestilling mellom kjønnene. Forslaget fikk ikke flertall. Det ble også ved flere anledninger på 1970- og 80-tallet fremmet forslag om kvinners representasjon på Stortinget.

Stortingsrepresentanter fra Sosialistisk Venstreparti fremmet i 2004 forslag om ny § 110 d i Grunnloven om vern mot diskriminering.³ Forslaget ble utformet i to alternativer:

¹ Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) punkt 2.5.3 side 19.

² Verdikommisjonen 2001 side 69.

³ Dokument nr. 12: 16 (2003-2004).

«Ingen maa udsettes for usagelig Forskjællsbehandling paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, spraaglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, seksuell Lægning, Leveform eller Orientering, Alder eller Status for øvrig.»

og

«Det paaligger Statens Myndigheder å sikre at ingen udsettes for usagelig Forskjællsbehandling paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, spraaglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, seksuell Lægning, Leveform eller Orientering, Alder eller Status for øvrig.»

Da forslaget ble behandlet i Stortinget i 2008 stemte et flertall (medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti) mot forslaget fordi utvalget hadde fått i oppdrag å vurdere spørsmålet om grunnlovsværn:

«Flertallet er enig i at det kan være ønskelig med en mer detaljert grunnlovsbestemmelse når det gjelder menneskerettighetene og det vern disse gir mot diskriminering. Flertallet vil imidlertid vise til at spørsmålet om grunnlovsfesting av et generelt diskrimineringsvern er til utredning i Diskrimineringslovutvalget, som skal legge fram sin innstilling innen 1. juli 2009.

Flertallet mener det vil være naturlig å avvente innstillingen fra Diskrimineringslovutvalget og foreta en samlet vurdering av menneskerettighetenes plass i grunnloven, før det tas stilling til om og hvorledes et eventuelt vern mot diskriminering skal komme til uttrykk.»⁴

Mindretallet (medlemmene fra Sosialistisk Venstreparti) stemte for et grunnlovsværn, lik det første alternativet.

Storingsrepresentanter fra Sosialistisk Venstreparti fremmet i 2008 to nye forslag som ikke er behandlet i Stortinget enda⁵:

«Ingen maa udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status for øvrig.»

og

«Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprin-

delse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status for øvrig»

Bakgrunnen for utvalgets mandat er at utvalget som utredet diskrimineringsvern for personer med nedsatt funksjonsevne i NOU 2005: 8 foreslo at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven burde suppleres av et diskrimineringsforbud i Grunnloven. Det ble foreslått at dersom det ble nedsatt et lovutvalg for å vurdere én felles diskrimineringslov, burde dette lovutvalget også gis mandat til å vurdere grunnlovsspørsmålet.⁶

Våren 2007 foreslo Stortingspresident Torbjørn Jagland at det i forbindelse med grunnlovsjubileet i 2014 skulle oppnevnes en grunnlovskommisjon som skulle legge frem forslag til en revisjon av Grunnloven. En gjennomgang av Grunnlovens menneskerettighetsvern vil være et sentralt spørsmål for en slik kommisjon. Da det i løpet av utvalgets arbeid ikke er blitt oppnevnt en slik grunnlovskommisjon har utvalget vurdert grunnlovsspørsmålet i samsvar med mandatet.

Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om ikke-diskrimineringsprinsippet bør grunnlovsfestes, hvordan en slik bestemmelse eventuelt bør utformes med konkrete forslag til grunnlovstekst og hvor bestemmelsen bør plasseres i Grunnloven.

25.2 Andre lands rett

Flere land har bestemmelser om likhet eller ikke-diskriminering i sin grunnlov. Utvalget har ikke foretatt noen fullstendig kartlegging, men gjør her rede for slike grunnlovsbestemmelser i Sverige, Finland, Island, Irland, Nederland og Canada. Det finnes også land med en tilsvarende rettstradisjon som vår, som ikke har grunnlovsbestemmelser om diskriminering. Et eksempel på et land som ikke har noen generell likhetsgrunnsetning eller spesifikk ikke-diskrimineringsbestemmelse i grunnloven er Danmark.

25.2.1 Sverige

Den svenske grunnloven (Regeringsformen) ble revidert ved flere omganger i 1970-årene. Grunnloven har en målsettingsbestemmelse som slår fast at offentlig myndighet skal utøves med respekt for alle menneskers likeverd og for den

⁴ Innst.S. nr. 221 (2007-2008).

⁵ Dokument nr. 12: 5 (2007-2008).

⁶ NOU 2005: 8 punkt 9.5.2 side 142.

enkeltes frihet og verdighet, jf. kapittel 1 § 2. Videre heter det i fjerde ledd:

«Det allmänna skall verka för att alla människor skall kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället. Det allmänna skall motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etnisk ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person.»

Bestemmelsen er en programerklæring som angir målsettinger, og er rettet mot offentlige myndigheter. Det enkelte individ kan derfor ikke utlede rettigheter fra bestemmelsen. I hvilken grad myndighetene overholder målsettingene, er gjenstand for politisk kontroll.

Retten til ikke-diskriminering på grunnlag av etnisitet og kjønn slås fast i kapittel 2 om grunnleggende fri- og rettigheter:

«15 § Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör en minoritet.

16 § Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.»

Bestemmelsene har rettslig betydning som skranke ved utformingen av ny lovgivning og som moment ved tolkningen av andre regler. Dette kan sees i sammenheng med bestemmelsen i kapittel 11 § 14 som sier at lovgivning som åpenbart strider mot grunnloven, ikke skal anvendes.

25.2.2 Finland

Den finske grunnloven § 6 har et alminnelig forbud mot diskriminering. Dette viderefører et tilsvarende diskrimineringsforbud fra 1955. Den nåværende bestemmelsen fra 2000 var en del av en grunnlovsreform. Grunnlovens diskrimineringsvern er, på samme måte som i den svenske grunnloven, en del av en menneskerettighetskatalog. I forarbeidene fremheves det at vern mot diskriminering er en grunnleggende menneskerettighet som Finland er konvensjonsforpliktet til å beskytte. Bestemmelsen lyder:

«§ 6 Jämlikhet

Alla er lika inför lagen.

Ingen får utan godtagbart skäl särbehandlas på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person.

Barn skall bemötas som jämlika individer och de skall ha rätt til medinnflytande enligt sin utvecklingsnivå i frågor som gäller dem själva.

Jämställdhet mellan könen i samhällelig verksamhet och i arbetslivet främjas enligt vad som närmare bestäms genom lag, särskilt vad gäller lönesättning och andra anställningsvillkor.»

Første ledd slår fast hovedprinsippet om at alle er like for loven. Likhetskravet suppleres med diskrimineringsforbudet i andre ledd. Forbudet innebærer at ingen uten saklig grunn skal forskjellsbehandles på grunn av forhold som gjelder hans eller hennes person, eksemplifisert ved en oppregning av diskrimineringsgrunnlag. Oppregningen er ikke uttømmende.

Grunnlovens diskrimineringsforbud har betydning som moment ved tolkningen av gjeldende lovgivning. Også Justitieombudsmannen, som tilsvarende den norske Sivilombudsmannen, har vist til § 6 i sin lovtolkning. Spørsmålet om det kan utledes individuelle rettigheter direkte fra § 6 på ulovfestede områder, er kontroversielt. Ved Justitieministeriet og Justitieombudsmannens kansli stiller man seg tvilende til dette.⁷

25.2.3 Island

Den islandske grunnloven artikkel 65 slår fast prinsippet om likhet for loven, samt like rettigheter for menn og kvinner på alle områder:

«Everyone shall be equal before the law and enjoy human rights irrespective of sex, religion, opinion, national origin, race, colour, property, birth or other status.

Men and women shall enjoy equal rights in all respects.»⁸

Bestemmelsen er påberopt i flere saker for islandske høyesterett. Domstolen har fortolket bestemmelsen bredt til også å gi private vern mot diskriminering når det gjelder andre rettigheter enn de som er uttrykt i grunnloven.⁹

⁷ NOU 2005: 8 punkt 8.4.2 side 106.

⁸ Engelsk oversettelse fra den islandske regjeringens hjemmeside (www.government.is/constitution).

25.2.4 Irland

Den irske grunnloven har en bestemmelse om likhet for loven i artikkel 40 nr. 1:

«All citizens shall, as human persons, be held equal before the law.

This shall not be held to mean that the State shall not in its enactments have due regard to differences of capacity, physical and moral, and of social function.»

Samme artikkel har også en regel om at lovreguleringer av organisasjonsfriheten ikke skal innebære diskriminering på grunn av politisk syn, religion eller klasse.

Vern mot diskriminering på grunn av religion følger av artikkel 44:

«The State shall not impose any disabilities or make any discrimination on the ground of religious profession, belief or status.»

25.2.5 Nederland

Den nederlandske grunnloven fastsetter i artikkel 1 likhetsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering:

«All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted.»¹⁰

Dette innebærer et forbud mot diskriminering på grunnlag av religion, livssyn, politisk overbevisning, rase, kjønn eller andre grunner, det vil si at forbudet er knyttet til en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunner.

Grunnlovsrettigheter gjelder først og fremst for enkeltpersoner vis-à-vis statsmyndighetene. Det fremgår imidlertid av grunnlovens forarbeider og av rettspraksis at rettighetene som følger av grunnloven artikkel 1 også vil kunne få betydning i privatrettslige forhold mellom enkeltpersoner. Det er overlatt til domstolene å avgjøre hvordan og i hvilken grad dette er tilfelle.

Rettighetene som er garantert i grunnloven kan begrenses. Det er flere anerkjente begrensingsmetoder, men i prinsippet må begrensning

av en grunnrettighet ha hjemmel i grunnlovens tekst.

Enkeltpersoner kan fremsette klage over krenkelse av en grunnrettighet i enhver form for rettergang mot offentlige myndigheter. Grunnloven artikkel 120 stadfester imidlertid at ingen nederlandsk domstol eller forvaltningsrettslig ankeinstans har rett til å prøve om formell lovgivning strider mot grunnloven.

25.2.6 Canada

Det kanadiske Charter of Rights and Freedoms utgjør første del av den canadiske grunnloven. Grunnloven har i Section 15 et alminnelig forbud mot diskriminering med en ikke-uttømmende liste over diskrimineringsgrunnlag:

«(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.»

Grunnlovsbestemmelsen spiller en viktig rolle for diskrimineringsbeskyttelsen. Regelen får direkte anvendelse som skranke for lovgivning og myndighetsutøvelse. I tillegg er bestemmelsen et sentralt tolkningsmoment når rekkevidden av diskrimineringsbeskyttelsen på provinsplan skal fastlegges. Canadisk høyesterett har i flere saker om diskriminering etter provinslovgivning vist direkte til grunnloven. Grunnloven anses som en minstestandard for diskrimineringsbeskyttelse, som provinslovgivningen må tolkes i lys av. På denne måten får grunnlovsvernet indirekte betydning også for hvilke krav som stilles til private. Grunnlovsbestemmelsen kan imidlertid ikke påberopes direkte mellom private.

25.3 Generelle utgangspunkter

Ifølge mandatet skal utvalget vurdere spørsmålet om det bør innføres et grunnlovsvern mot diskriminering. Dette reiser spørsmål om hvilken funksjon og hvilken rettslig betydning en grunnlovs-

⁹ NIKK 2008 side 130-131.

¹⁰ Engelsk oversettelse fra det nederlandske innenriksdepartementets hjemmeside (www.minbzk.nl).

bestemmelse mot diskriminering skal ha, samt hvorvidt en slik bestemmelse skal innebære at konkrete rettigheter kan påberopes direkte for domstolene.

Det rettslige utgangspunkt er at Grunnloven har høyere rang enn lovgivning og forskrifter («lex superior»). Dette har to sider. Grunnloven er *hjemmel* for slike regler, idet Stortingets lovgivningskompetanse følger av Grunnloven § 49 og §§ 76 flg.

Videre fungerer grunnlovsbestemmelsene som en *skranke*. Lovgiver må holde seg innenfor Grunnlovens grenser. Der Grunnloven er taus og ikke kan suppleres av uskrevne prinsipper, er lovgiveren derimot «suveren» så lenge en ser saken bare fra nasjonalt synspunkt. I den utstrekning lov (eller forskrift) måtte stride mot Grunnloven, vil domstolene underkjenne lovgivningen i medhold av sin prøvesesrett. Om det foreligger motstrid, slik at dette kollisjonsprinsipp gjelder, kan i den enkelte sak by på tvil.

Det er også anerkjent at Grunnloven er et *tolkningsmiddel*. Domstolene kan tolke loven slik at grunnlovstrid ikke oppstår (harmonisering). Gir loven rom for flere mulige tolkninger, velges den som best harmoniserer med Grunnloven.

En grunnlovsbestemmelse kan videre være en *retningslinje* for lovgiver. Hvilken virkning en slik retningslinje har, vil avhenge av hvorledes bestemmelsen er utformet. Det vil spille inn hvilken bindingsgrad bestemmelsen gir uttrykk for. Er den en programmerklæring lovgiver må ta i betraktning, eller dreier det seg om en presis pliktregel? Videre er det av betydning på hvilken måte den skal kunne håndheves. Er dette overlatt til de politiske organer (først og fremst Stortinget), eller kan bestemmelsen gjøres gjeldende i søksmål for domstolene? Her kan det være flytende overganger. Bindingsgrad og håndheving har vært drøftet i forhold til Grunnloven § 110 første ledd (retten til arbeid) og andre ledd (ansattes medbestemmelsesrett), § 110 a (sameparagrafen), § 110 b (miljøvern) samt § 110 c (menneskerettigheter). Se nærmere om enkelte av disse bestemmelsene i punkt 25.4.2.

Den omstendighet at noe er nevnt i Grunnloven, kan ha en viktig symbol- eller signalfunksjon. I konstitusjonen omhandles spørsmål av grunnleggende art som det er allmenn enighet om. Den gir uttrykk for de idealer vårt samfunn bygger på. Dette har blant annet vært understreket i forbindelse med de prinsippbestemmelser Grunnloven i dag inneholder.

Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet vil ikke nødvendigvis bety at det innføres

nye rettigheter. Regler om ikke-diskriminering følger allerede av diskrimineringslovgivningen og av menneskerettsloven og konvensjoner tatt inn i denne. I og med at ikke-diskriminering er del av de internasjonale rettigheter som er gjennomført hos oss gjennom menneskerettsloven, har det også i norsk rett allerede status som et grunnleggende rettsprinsipp. Det betyr blant annet at lovgiveren må vurdere hvordan prinsippet best kan gjennomføres i norsk rett, og at nye lover må vurderes opp mot prinsippet. Det betyr også at forvaltningens vedtak må holde seg innenfor rammene av de forpliktelser som følger av prinsippet slik det er gjennomført i de internasjonale konvensjonene som tatt inn i menneskerettsloven. Grunnlovsfesting vil imidlertid kunne føre til at prinsippet får et større gjennomslag i forhold til Stortingets senere lovgivning enn det ellers ville hatt etter gjeldende rett. Dette, og hvorvidt grunnlovsvernet også innfører nye rettigheter, vil avhenge av hvordan den aktuelle bestemmelsen utformes. Det vises til punkt 25.5 og 25.6.

Utvalget mener at grunnlovsfesting uansett utforming vil styrke diskrimineringsvernet og fremme likestilling i samsvar med diskrimineringslovens formål. Det er likevel flere hensyn som bør vurderes før Grunnloven fornyes på dette punktet. Mange av argumentene er av samme karakter som argumentene for og imot grunnlovsfesting av en menneskerettighetskatalog.¹¹ Utvalget konsentrerer seg her likevel om de hensyn som særlig gjelder spørsmålet om grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet.

25.4 Grunnlovens menneskerettsvern

25.4.1 Grunnloven og ikke-diskriminering

Grunnloven av 1814 hadde opprinnelig flere bestemmelser som etter våre øyne var i strid med prinsippet om like rettigheter og likeverd for alle. For eksempel hadde Grunnloven en bestemmelse om at jøder og jesuitter ikke hadde adgang til riket. Et annet eksempel er at det bare var menn som hadde stemmerett. Grunnloven av 1814 var likevel et utslag av idealene om individets friheter og rettigheter på den tid. Begrepet menneskerettigheter var godt kjent, men ble ikke innarbeidet den gang. Det har festnet seg senere, og det inter-

¹¹ Se Carsten Smiths argumentasjon for å grunnlovsfeste menneskerettighetene i Smith 2006. Se også Helgesen 2002 der Jan Helgesen inntar et mer kritisk standpunkt til spørsmålet.

nasjonale konvensjonsvernet har oppstått etter annen verdenskrig. Hadde den norske grunnlov vært skrevet i dag, ville menneskerettighetene utvilsomt ha fått en langt mer fremskutt plass enn de nå har. De er, som det ofte heter, en viktig del av statens verdigrunnlag.

Grunnloven har ingen bestemmelser om likhet, likestilling eller ikke-diskriminering. Flere av bestemmelsene i Grunnloven handler imidlertid om menneskerettigheter. En sentral bestemmelse her er § 110 c fra 1994, som pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene. I tillegg har Grunnloven bestemmelser om ytringsfrihet, frihet fra tortur, rett til å ikke bli straffet uten dom, beskyttelse av eiendomsretten osv. Etter 1954 har vi fått retten til arbeid i § 110, religionsfrihet i § 2 (1964), ansattes medbestemmelsesrett i § 110 andre ledd (1980), § 110 a om den samiske folkegruppe (1988) og § 110 b om miljøvern (1992).

Selv om Grunnloven har flere bestemmelser til vern om individenes frihet, forekom ikke ordet «menneskerettigheter» før vedtakelsen av § 110 c. Et sammenhengende system til vern om individet mot overgrep fra statsmakten, gir Grunnloven heller ikke. Det menneskerettighetsvern som er forankret i Grunnloven kan virke noe spinkelt. Sett med nåtidens øyne kan det virke tilfeldig hva som er tatt med og hva som ikke er tatt med.¹²

Et spørsmål er hvilke menneskerettigheter som bør inn i Grunnloven hvis det gjennomføres en revisjon med en «katalog» over grunnleggende rettigheter, slik som for eksempel de svenske og finske grunnlovene. Det må gjøres et valg med hensyn til hvilke menneskerettigheter som bør tas inn i grunnloven vår. Det kan være politisk uenighet om hvilke rettigheter som bør kodifiseres. Utvalget har ikke tatt stilling til dette spørsmålet. Utvalget mener at denne vurderingen bør gjøres i forbindelse med en eventuell samlet revisjon av Grunnloven.

Utvalget vil imidlertid bemerke at ikke-diskriminering er et sentralt og gjennomgripende prinsipp i rettstenkningen, i norsk lovgivning og i de internasjonale menneskerettighetene. Likhetsprinsippet i forholdet mellom samfunnsklasser og i forholdet mellom kjønnene har trengt igjennom i den alminnelige oppfatning og ligger til grunn for menneskerettighetene. Alle konvensjonene bygger på et likhets- eller ikke-diskrimineringsprinsipp, enten på konvensjonens eget område eller som et generelt prinsipp. Selv om prinsippet ikke er forankret i Grunnloven har det ført til endringer i Grunnloven

og i annen lovgivning. Regelen om alminnelig stemmerett i § 50 er et eksempel her. Et annet eksempel er § 110 a om statens plikt til å legge forholdene til rette for at samene skal kunne sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.

Det følger av dette at hvis Grunnloven skal få en samlet katalog med menneskerettigheter, så vil et likhets- eller ikke-diskrimineringsprinsipp ha en selvskreven plass. Det kan også vises til at land som i nyere tid har tatt inn en katalog over menneskerettigheter i forbindelse med en grunnlovsrevisjon, også har bestemmelser om ikke-diskriminering. Dette gjelder for eksempel Sverige og Finland.

25.4.2 Relevante bestemmelser i Grunnloven

Grunnloven har som nevnt allerede flere bestemmelser som berører menneskerettigheter. I det følgende gjøres det nærmere rede for utformingen og fortolkningen av noen bestemmelser i Grunnloven som har særlig interesse når det gjelder grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet: § 2 om religionsfrihet, § 100 om ytringsfrihet, § 110 c om menneskerettighetene, § 110 første ledd om retten til arbeid, § 110 a om samers rettigheter og § 110 b om miljøvern.

25.4.2.1 Religionsfriheten § 2 og ytringsfriheten § 100

Religionsfriheten er fastsatt i Grunnloven § 2 første ledd:

«Alle Indvaanere af Riget have fri religionsøvelse»

Bestemmelsen i sin nåværende form kom inn i Grunnloven i 1964. Ved denne endringen ble religionsfrihetens prinsipp grunnlovsfestet. Etter sin ordlyd gir Grunnloven § 2 en individuell rett til «religionsøvelse». For det første innebærer dette en livssyns- og trosfrihet for den enkelte, det vil si retten til å ha eller ikke ha en religion eller et livssyn av ethvert innhold. Fri religionsutøvelse betyr for det andre en rett til å praktisere religionen eller livssynet. Forarbeidene til Grunnloven tyder på at bestemmelsen har en kjerne der den virker som en skranke for lovgivningen, og en randsone der den virker som et tolkningsprinsipp.¹³

¹² Andenæs og Fliflet 2006 side 380.

¹³ Jf. blant annet St.forh. (1963-1964) side 2903 og Dissenterlovkomiteens innstilling til lov om trossamfunn 1962 side 26, se Lovavdelingens uttalelse i brev 5. juni 2000 til Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet i en vurdering av eventuelle lovregler mot bønnen fra moskeer.

Grunnloven § 100 verner yringsfriheten. Bestemmelsen er fra 1814, men ble endret i 2004 for å styrke vernet. Første ledd sier at «(y)tringsfrihet bør finde sted». Andre og tredje ledd setter vilkår for inngrep i yringsfriheten. Vilkårene for inngrep er strenge, særlig når det gjelder politiske ytringer. Bestemmelsen verner individer mot inngrep i yringsfriheten fra offentlige myndigheter og i betydelig grad også fra private, for eksempel ansattes yringsfrihet overfor sin arbeidsgiver. Grensene for yringsfriheten følger direkte av en tolkning av Grunnloven.

Forholdet mellom religionsfriheten i Grunnloven § 2 og ikke-diskrimineringsprinsippet kommer på spissen når det gjelder trossamfunns praksis overfor kvinner og homofile. Utvalget viser her til sin delinnstilling NOU 2008: 1. Utvalget legger der til grunn at spørsmålet om trossamfunnes adgang til forskjellsbehandling må løses på bakgrunn av en konkret avveining mellom hensynet til trossamfunnes religionsfrihet og autonomi, og hensynet til likestilling og likeverd for kvinner og homofile. Begge typer av interesser er grunnleggende og har å gjøre med beskyttelsen av menneskets egenverdi og verdighet.¹⁴

Tilsvarende kan prinsippet om ikke-diskriminering også stå i et motsetningsforhold til yringsfriheten i Grunnloven § 100. Bestemmelsen tillater at staten begrenser yringsfriheten for å verne andres rettigheter, som for eksempel ikke-diskriminering. Hatefulle ytringer rettet mot homofile eller mot etniske minoriteter er straffbart, jf. straffeloven § 135 a.¹⁵ Diskrimineringslovgivningens forbud mot trakassering på grunn av kjønn, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering mv. omfatter også ytringer. Slike inngrep i yringsfriheten er klart innenfor rammen av Grunnloven § 100.

En grunnlovsfesting av ikke-diskriminering vil altså bety at Grunnloven verner rettigheter som kan stå i et motsetningsforhold til hverandre. Religionsfriheten og yringsfriheten er ikke absolutte rettigheter, men må tåle begrensninger for å verne andres rettigheter, slik som for eksempel retten til ikke-diskriminering. Dette betyr at rettighetene må avgrenses og avveies mot hverandre. Dette er det samme som gjelder i dag. Et grunnlovsvern vil i så måte ikke innføre noe nytt. Forskjellen blir imidlertid at også ikke-diskrimi-

neringsprinsippet da blir forankret i Grunnloven slik at rettighetene formelt vil få samme trinnhøyde. Det vil da fremgå tydeligere at yringsfrihet eller religionsfrihet ikke «står over» eller går foran ikke-diskrimineringsprinsippet. Dette vil gi ikke-diskrimineringsprinsippet større formell og reell gjennomslagskraft i kollisjonen med andre menneskerettigheter.

25.4.2.2 *Grunnloven § 110 c om menneskerettighetene*

I 1994 fikk Grunnloven en ny § 110 c som understreker den forankring menneskerettighetene har i dagens samfunn:

«Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.»

Bestemmelsen er bygget opp med en prinsippbestemmelse i Grunnloven sammen med en henvisning til at nærmere bestemmelser skal gis i lov. Første ledd av bestemmelsen pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene. Andre ledd forutsetter at det skal fastsettes ved lov hvilken stilling menneskerettighetskonvensjoner skal ha i norsk rett. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om hvilke, eller hvor mange, av konvensjonene som skal innarbeides i norsk rett. Menneskerettsloven inkorporerer sentrale konvensjoner, som ved motstrid skal gå foran annen norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3.

Grunnloven § 110 c er et direktiv til de som handler på statens vegne om ikke å krenke menneskerettighetene. Bestemmelsen pålegger også en plikt til aktivt å foreta seg noe for at rettighetene ikke blir krenket. Bestemmelsen er et klart tolkningsmoment og setter grenser for forvaltningens frie skjønn. Bestemmelsens ordlyd gir imidlertid stort rom og frihet for både lovgiveren, forvaltningen og domstolene. Det kan ikke utledes av bestemmelsen hva som skal regnes som menneskerettigheter. Og påbudet om at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene er for ubestemt til å gi noen særlig veiledning. Bestemmelsen har derfor først og fremst betydning som en programerklæring, ved at den har en symbolfunksjon overfor myndighetene og borgerne.¹⁶

¹⁴ NOU 2008: 1 kapittel 7 side 64.

¹⁵ Bestemmelsen er utvidet til også å gjelde nedsatt funksjonsevne. Denne endringen er ikke trådt i kraft. Se punkt 9.9.4.

¹⁶ Helset og Stordrange 1998 side 401-404 og Andenæs og Fliflet 2006 side 379.

25.4.2.3 *Grunnloven § 110 første ledd om retten til arbeid*

Grunnloven § 110 første ledd, som kom inn i loven i 1954, slår fast retten til arbeid:

«Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbejdsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved sit Arbejde.»

Bestemmelsen inneholder et pålegg til statsmyndighetene om å føre en aktiv sysselsettingspolitikk for å unngå arbeidsløshet. Den enkelte skal kunne ha et levebrød som er tilstrekkelig for arbeidstakeren og den han/hun forsørger. Det følger av bestemmelsen at myndighetene skal sørge for arbeid; det er ikke nok å utbetale trygd.

Bestemmelsen er imidlertid kun en programerklæring og gir ikke den enkelte noen juridisk rett som kan gjennomføres ved saksanlegg mot staten med påstand om å få arbeid. Bestemmelsen har ikke spilt noen stor rolle, kanskje fordi det er enighet om full sysselsetting som mål.¹⁷

25.4.2.4 *Grunnloven § 110 a om samers rettigheter*

I 1988 fikk Grunnloven en bestemmelse som skal verne den samiske folkegruppen:

«Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.»

Først og fremst er bestemmelsen en politisk programerklæring. Bestemmelsen må leses på bakgrunn av den urett samene har vært utsatt for, blant annet gjennom en hardhendt fornorskingspolitikk. Bestemmelsen skal blant annet gi beskyttelse mot at det øvrige norske samfunn søker å presse gjennom en tvungen assimilasjonspolitikk overfor det samiske mindretall.

Det ble under behandlingen av bestemmelsen fremholdt at bestemmelsen også setter visse rettslige skranker for lovgivningen. Høyesterett har lagt til grunn at bestemmelsen først og fremst retter seg mot Stortinget og Regjeringen.¹⁸ Bestemmelsen har også betydning for organiseringen av virksomheten i domstolene. Bestemmelsen kan videre ha betydning for forvaltningens organisering og virksomhet, for eksempel for helse- og sosialtjenesten for den samiske

befolkningen. Også for forvaltningens skjønnsutøvelse kan bestemmelsen ha betydning.¹⁹

25.4.2.5 *Grunnloven § 110 b om miljøvern*

Grunnloven fikk i 1992 en bestemmelse om miljøvern:

«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsigtig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Statens Myndigheder give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger.»

Grunnloven § 110 b er ikke bare en programerklæring om miljøvern. Den innebærer også grunnlovsfesting av viktige miljørettslige prinsipper slik at den har betydning for individets rettsstilling og for forvaltningsutøvelsen. Bestemmelsen har betydning både som retningslinje for lovgiver og som tolkningsfaktor for lover og forskrifter. Den legger bånd på forvaltningsorganer når de utøver skjønn. Bestemmelsen medfører en forpliktelse for det offentlige til ikke bare å avstå fra miljøødeleggende tiltak; bestemmelsen pålegger også myndighetene en plikt til aktivt å motvirke miljøødeleggelse. Myndighetene har plikt til å gripe inn mot eksisterende miljøforhold som truer borgernes sunnhet eller naturens fremtidige produksjonsevne og mangfold.

I motsetning til § 110 og § 110 a taler § 110 b om en rett for individet, jf. «enhver». Bestemmelsen gir likevel neppe en selvstendig hjemmel for miljøkrav fra den enkelte. Den enkelte kan altså ikke gå til søksmål direkte bygget på Grunnloven for å få fastslått hvilke miljøtiltak myndighetene skal gjennomføre.

Ole Kristian Fauchald har i en artikkel fra 2007 analysert hvilken betydning bestemmelsen har hatt siden den ble vedtatt i 1992.²⁰ Analysen er utført på bakgrunn av den omfattende forhistorien til bestemmelsen, de klare uttalelsene i forarbeidene om bestemmelsens rettsvirkninger, samt den brede politiske enigheten ved vedtakelsen av

¹⁷ Andenæs og Fliflet 2006 side 475.

¹⁸ Jf. Rt. 1992 side 1037 som gjaldt verneplikt for samer.

¹⁹ Andenæs og Fliflet 2006 side 477-478.

²⁰ Fauchald 2007.

bestemmelsen. Denne bakgrunnen indikerer ifølge Fauchald at bestemmelsen potensielt kunne fått stor rettslig og politisk betydning. Stortinget forventet at § 110 b skulle være en grunnlovsfestet retningslinje for Stortingets lovgivende myndighet, et viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for, legge bånd på forvaltningen ved å være retningsgivende når et forvaltningsorgan utøver myndighet etter fritt skjønn, og være det som skal anvendes når det gjelder miljøproblemer som lovgiverne ikke har tatt stilling til.

Fauchald konkluderer med at § 110 b har hatt liten rettslig og rettspolitisk betydning. Dette gjelder for alle statens myndigheter; både lovgivende, utøvende og dømmende. I de tilfellene der § 110 b har blitt trukket frem, har den stort sett vært benyttet som støtteargument for et resultat. Bestemmelsen har svært sjelden vært benyttet som grunnleggende utgangspunkt eller utslagsgivende argument for en konkret løsning. Videre er den betydning § 110 b har hatt, tilsynelatende et resultat av enkeltpersoners kunnskap om og interesse for bestemmelsen. Det kan ikke spores noen systematisk oppfølging av bestemmelsen hos lovgiver, forvaltning eller domstoler. Paragraf 110 b gir rettigheter til enhver. Fauchalds analyse viser at private parter, inklusive representanter for disse, som miljøorganisasjoner og advokater, verken anser § 110 b som noe viktig rettsgrunnlag eller som noe sentralt rettslig eller politisk argument. Fauchald mener også at det forhold at bestemmelsen ikke trekkes frem av høringsinstanser, er spesielt bemerkelsesverdig.²¹

25.5 Oversikt over sentrale konsekvenser av grunnlovsfesting

25.5.1 Skranke for lovgiver

En grunnlovsbestemmelse kan formuleres slik at den setter rammer for hva slags lover Stortinget kan vedta. En viktig virkning av et grunnlovsvern vil derfor være at det settes skranke for lovgivningen. Det skal ikke vedtas lover som er direkte eller indirekte diskriminerende. Lovgiverne skal unnlate å vedta lover i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet, og eventuelt velge andre løsninger enn de ellers ville gjort for å unngå grunnlovstrid. Hvis det likevel vedtas lover i strid med

Grunnloven vil domstolene gjennom prøvelsesretten kunne sette loven til side, se nedenfor punkt 25.5.2. En grunnlovsendring vil også få betydning for allerede gjeldende lovgivning ved at loven tolkes slik at den ikke kommer i strid med Grunnloven. Derfor vil en grunnlovsbestemmelse kunne tvinge frem endringer i gjeldende lover som er i strid med Grunnloven fordi den kan gi grunnlag for søksmål som bygger på motstrid mellom lov og grunnlov.

Hvorvidt en grunnlovsbestemmelse setter slike rammer for formell lov, avhenger av hvordan grunnlovsbestemmelsen utformes. Det er kun modell 1 av de modellene utvalget skisserer opp i punkt 25.6 som formelt sett vil ha en slik virkning.

Selv om Grunnloven ikke formelt får en slik virkning, vil fremtidige lovgivere politisk sett måtte forholde seg til bestemmelsen. I samsvar med Norges alminnelige politikk må det forutsettes at lovgiver bestreber seg på å følge menneskerettighetene og å unngå å vedta lover i strid med menneskerettighetene, herunder ikke-diskrimineringsprinsippet. En grunnlovsbestemmelse vil dermed uansett fungere slik at den legger bånd eller i hvert fall føringer på lovgiver.

Grunnloven skal være et vern mot opportuniste og for raske omskiftninger. Grunnlovsendringer krever 2/3 flertall i to påfølgende Stortingsperioder, jf. Grunnloven § 112. Vanlige lover, slik som diskrimineringsloven eller menneskerettsloven, krever kun alminnelig flertall i én periode. Dette betyr at en grunnlovsbestemmelse også vil gi et vern mot endringer i lovgivningen som ikke er basert på mer grunnleggende endringer i oppfatningene om likestilling i samfunnet.

Et diskrimineringsvern i Grunnloven som setter skranke for lovgivningen vil dermed være en garanti for fremtiden, for å unngå at fremtidige Storting under andre forutsetninger enn i dag kan komme til å sette ikke-diskrimineringsprinsippet til side. Menneskerettsloven vil ikke gi en tilsvarende garanti fordi loven formelt sett ikke er til hinder for at ikke-diskrimineringsprinsippet fravikes gjennom nyere lovgivning. Men som nevnt vil det politisk kunne være vanskelig å få en slik lov vedtatt.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at ikke-diskrimineringsprinsippet kan komme under sterker press i fremtiden. Det kan være tale om legitime formål som for eksempel bekjempelse av terror eller arbeidet mot kjønnslemlestelse. Tiltak for å fremme slike formål kan rettes mot bestemte etniske grupper. Slike tiltak vil dermed lett stå i et motsetningsforhold til ikke-diskrimineringsprinsippet. Selv om det ikke nødvendigvis er et slikt

²¹ Fauchald 2007 side 81-82.

press i dag, så kan samfunnsforholdene forandre seg slik at lovgiverne og opinionen i fremtiden lettere vil kunne være mer tilbøyelige til å sette ikke-diskrimineringsprinsippet til side.

Et grunnlovsfestet diskrimineringsvern vil altså gi større trygghet enn formell lov når det måtte komme tider etter denne. En grunnlovsbestemmelse vil skape varig garanti for at lovgiver ikke krenker retten til ikke-diskriminering. Grunnloven vil sikre at lovgiverne også i fremtiden vurderer lovenes diskriminerende virkninger. Individuer og minoriteter vil dermed bli sikret mot varierende politiske stemningsbølger, så langt rettsregler har makt til å verne.

En tenkelig innvending mot grunnlovsfesting kan være at et grunnlovsvern kan føre til at en berettiget interesse (diskrimineringsvernet) får for stor vekt i forhold til andre berettigete interesser som for eksempel den politiske fordelingen av ressurser på forskjellige områder, og at det blir for begrensede muligheter til å justere kursen i lys av samfunnsutviklingen. Det kan hevdes at et grunnlovsvern i et slikt tilfelle ikke nødvendigvis innebærer at samfunnet i større grad respekterer grunnleggende rettigheter eller interesser enn om det ble overlatt til lovgiver å avveie disse interessene. På den annen side vil det i forskjellige situasjoner alltid kunne oppstå behov for å veie forskjellige beskyttelsesverdige interesser opp mot hverandre. Grunnlovsvern innebærer ikke at en interesse ikke kan måtte vike for andre interesser under noen omstendigheter. Men grunnlovsfesting innebærer at beskyttelsen har en klar kjerne, og at lovgiveren dessuten i tillegg må søke å redusere inngrepet i rettigheten mest mulig der andre viktige interesser tilsier en begrensning. Gjennom en grunnlovsfesting blir lovgiverens vurdering i slike tilfeller underlagt en større grad av domstolskontroll enn ellers, og det kan hevdes at en slik kontroll er enda viktigere i ekstraordinære situasjoner hvor det kan være aktuelt å gripe inn i diskrimineringsvernet.

25.5.2 Domstolenes prøvesrett overfor Stortinget som lovgiver

Domstolene har rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet, det vil si om en lov vedtatt av Stortinget ligger innenfor de skranker som følger av Grunnloven. Domstolene foretar en slik prøvelse i sammenheng med konkrete tvister som reiser spørsmål om lovtolkning. Av domstolene, og i siste instans Høyesterett, har en slik prøvesrett blitt regnet som en konstitusjonell sedva-

nerett. Høyesterett er på denne måten Grunnlovens vokter.

Domstolene er imidlertid generelt tilbakeholdne med å sette til side lover på grunnlag av Grunnloven. I prinsippet gjelder prøvesretten uavhengig av om Stortinget har vurdert forholdet til Grunnloven eller ikke. Domstolene er likevel særlig varsomme med å sette til side Stortingets fortolkning av Grunnloven dersom forholdet til Grunnloven ble vurdert ved vedtakelsen av loven.

Den vekt domstolene tillegger Stortingets oppfatning ved tolkningen av den enkelte grunnlovsbestemmelse, synes også å variere med karakteren av den rettighet bestemmelsen beskytter. Høyesterett er spesielt på vakt når det gjelder lover som berører vern om menneskets personlige frihet og sikkerhet, i motsetning til lover som regulerer økonomiske, prosessuelle eller organisatoriske forhold. I forhold til for eksempel yringsfriheten tillegges Stortingets tolkning liten betydning, se Rt. 1997 side 1821, hvor Høyesteretts flertall uttaler:

«Når det gjelder lovgivers syn på grunnlovsmessigheten, vil jeg bemerke: Grunnloven § 100 hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet. Domstolskontrollen vil her være særlig sterk, og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker yringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet. Jeg viser i denne forbindelse til uttalelser i plenumsdommene i Rt-1976-1 og Rt-1996-1415.»

Disse uttalelsene kan likevel ikke forstås slik at det ikke er rom for nyanseringer også innenfor området for vern av enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet. Det vises til Rt. 1996 side 1415 der det presiseres at det særlig sterke vernet etter grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskers personlige frihet og rettssikkerhet, gjelder som generelt utgangspunkt. Særlig hvor det er snakk om å avveie to rettigheter mot hverandre vil det være rom for å legge vekt på Stortingets oppfatning.²²

Utvalget antar at en bestemmelse om ikke-diskriminering vil bli vurdert på samme måte som andre individuelle friheter og rettigheter. Uansett vil domstolene antakelig bare sette en lov til side unntaksvis og bare dersom det er tale om en

²² Andenæs og Fliflet 2006 side 347-350.

direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet.²³

Konsekvensen av domstolenes prøvelse av en lovs grunnlovsmessighet vil være at loven settes til side så langt den er i strid med grunnloven, hvis ikke motstriden kan løses ved en harmoniserende fortolkning. Det at loven settes til side innebærer at domstolene lar være å anvende loven. Dette må bli resultatet i de sakene der det er tale om personlige interesser. Hvis det er tale om økonomiske interesser, kan domstolene alternativt gi en erstatning. Dette avhenger av en fortolkning av den aktuelle loven, med særlig vekt på hva som er fornuftigst ut fra lovens formål.²⁴

25.5.3 Moment ved lovtolkning

Uavhengig av om grunnlovsbestemmelsen fortolkes som en formell skranke for lovgivningen, skal en ved lovtolkning søke å finne frem til den løsning som er i samsvar med Grunnlovens prinsipper. En grunnlovsbestemmelse vil derfor uansett utforming være en sentral faktor ved fortolkningen av andre lover. En grunnlovsbestemmelse vil få tydelig frem at ikke-diskriminering skal tillegges vekt som et rettsprinsipp, ved forvaltningens skjønnsutøvelse osv.

25.5.4 Plikter for staten

En grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering vil pålegge staten ikke å diskriminere selv, for eksempel i forvaltningen. Bestemmelsen vil pålegge Stortinget, domstolene, regjeringen og andre statlige organer ikke å diskriminere.

I tillegg til det negative, at staten skal unnlate diskriminerende handlinger, kan det også utledes visse positive plikter av en slik bestemmelse. Staten vil ha en viss plikt til tilrettelegging, for å unngå diskriminering. Dette følger av alminnelig fortolkning av diskrimineringsforbudene i menneskerettighetene og i diskrimineringslovgivningen. Se nærmere i punkt 18.5.2.1 om tilrettelegging.

En grunnlovsbestemmelse kan også uttrykkelig pålegge staten å sikre borgerne mot diskriminering. Dette betyr at staten skal ta positive skritt for å hindre at andre diskriminerer. Dette vil først og fremst rette seg mot lovgiver som må vedta et tilstrekkelig diskrimineringsvern og samtidig

sikre at det vedtas og settes i verk et tilstrekkelig håndhevingsapparat som sikrer effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet. Det vil også være naturlig å utlede en viss plikt til å sette i verk andre positive tiltak som motvirker diskriminering.

25.5.5 Plikter for andre

En grunnlovsbestemmelse kan også pålegge kommuner og private plikter. For eksempel følger det av Grunnloven § 100 om ytringsfrihet en plikt for arbeidsgivere til å respektere de ansattes ytringsfrihet, også med hensyn til uttalelser om forhold som berører virksomheten. Dette gjelder statlige, så vel som kommunale og private arbeidsgivere. Arbeidsgivers adgang til å gjøre inngrep i ytringsfriheten ved oppsigelse, erstatning mv. eller andre etterfølgende reaksjoner på ytringen, er begrenset gjennom grunnlovsbestemmelsen.

En grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering kan utformes på liknende måte ved at den pålegger ikke bare statlige, men også kommunale og private rettssubjekter å ikke diskriminere. En slik bestemmelse vil kunne påberopes overfor privatpersoner og kommunale eller private virksomheter, som for eksempel arbeidsgivere, butikkeiere, utleiere og boligselgere.

25.5.6 Symbol- og signalfunksjonen

Grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet vil, uansett utforming, ha en viktig symbol- og signalfunksjon. Grunnlovens funksjon som opinionspåvirkende faktor er beskrevet slik i boka «Statsforfatningen i Norge» av Johs. Andenæs og Arne Fliflet:

«Når visse prinsipper om frihet, likhet og rettsikkerhet blir uttalt i høytidelig form i grunnloven, blir de opphøyd og får på en måte en særlig hellighet. De virker som en forkynnelse av hva som er rett og riktig, og er med på å forme oppfatningene i samfunnet. Disse forestillinger om det riktige og rettferdige virker så i neste omgang med når standpunkter blir tatt og avgjørelser truffet innenfor lovgivning, forvaltning og rettspleie.»²⁵

Utvalget har foran i punkt 25.4.2.5 vist til en undersøkelse som kan tyde på at grunnlovsfesting av retten til miljø har hatt liten rettslig og

²³ Sml. Fauchald 2007, som på side 35-36 kommer til samme konklusjon på bakgrunn av Grunnloven § 110 b.

²⁴ Andenæs og Fliflet 2006 side 352-353.

²⁵ Andenæs og Fliflet 2006 side 382.

rettspolitisk betydning. Dette kan tyde på at symboleffekten av denne bestemmelsen har vært liten. Utvalget vil imidlertid bemerke at erfaringene knyttet til miljøvernbestemmelsen ikke nødvendigvis har overføringsverdi til grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet. I sistnevnte tilfelle er det snakk om et veletablert område med praksis fra nasjonale og internasjonale håndhevingsorganer som definerer prinsippets innhold.

En grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering vil uansett markere at likestilling og ikke-diskriminering er en grunnleggende verdi i det norske samfunnet. Selv om vi skulle få en bestemmelse som ikke er formelt bindende for lovgiver, vil det som nevnt politisk sett være vanskelig å nå frem med en bestemmelse som strider mot Grunnlovens prinsipper.

Bestemmelsen vil kunne styrke rettighetene innenfor undervisning og trolig også i folkeopinionen.²⁶ Fordi en gjerne viser til Grunnloven i undervisning, debatter osv. vil en grunnlovsbestemmelse kunne føre til større kunnskaper og bevissthet knyttet til retten til ikke-diskriminering.

25.5.7 Internasjonale perspektiver

Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet vil også ha betydning internasjonalt. Flere internasjonale organisasjoner har som nevnt i punkt 25.1 påpekt overfor Norge at det ville være hensiktsmessig å gi grunnlovsmessig vern mot diskriminering.

Når Norge deltar i menneskerettsdialoger vil det norske samfunnet bli presentert på en bedre måte overfor verden omkring dersom ikke-diskrimineringsprinsippet er forankret i grunnloven. Uten et godt menneskerettsvern i vår konstitusjon har Norge svakere troverdighet og legitimitet som pådriver i menneskerettsarbeidet internasjonalt.

Vi risikerer imidlertid samtidig at det blir en avstand mellom den internasjonale utviklingen og grunnlovsvernet. Diskrimineringsvernet utvikles gjennom praksis i internasjonale organer. Det kan være vanskelig å formulere en grunnlovstekst som gir rom for en slik utvikling.

25.5.8 Lovtekniske utfordringer

Grunnlovsbestemmelser er vanskelige å endre. Betingelsene for endring i Grunnloven § 112 skal

sikre Grunnlovens funksjon som vern mot for raske omskiftninger. Heller ikke bør Grunnloven utsettes for stadige politiske kamper; dette kan svekke dens demokratiske legitimitet. Dette stiller særlige krav til utformingen av grunnlovsbestemmelser. Det bør være rom for at den utøvende og dømmende makt foretar nødvendige justeringer gjennom praksis. Dette er igjen avhengig av at man klarer å formulere en grunnlovstekst som ikke virker unødige bremsende på utviklingen. Dette gjelder ikke minst siden diskrimineringsbegrepet i nasjonal og internasjonal rett blir fortolket dynamisk. Det kan med andre ord være vanskelig å finne en formulering som både er presis nok og som ikke låser utviklingen.

25.6 Utformingen av en grunnlovsbestemmelse

Den rettslige betydningen av en grunnlovsbestemmelse vil være betinget av hvordan den utformes. De sentrale spørsmålene her er for det første om bestemmelsen i seg selv vil gi rettigheter som kan påberopes av enkeltpersoner overfor private og offentlige. For det andre er det spørsmål om bestemmelsen vil ha forfatningsrettslige konsekvenser som skranke for lovgivningen og prøvesrett. For det tredje er det spørsmål om rekkevidden av ikke-diskrimineringsprinsippet skal følge av Grunnloven selv eller av formell lov.

Utvalget har i samsvar med mandatet vurdert ulike mulige utforminger av en grunnlovsbestemmelse, og formulert konkrete forslag til grunnlovstekst. Det skisseres her opp tre hovedmodeller for utformingen av en ikke-diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven. På bakgrunn av at det er foreslått at nye grunnlovsbestemmelser skal utformes i moderne språk, er modellene utformet i to språkformer, moderne språk og konvensjonelt grunnlovsspråk.²⁷

Uansett utforming vil en grunnlovsbestemmelse markere ikke-diskrimineringsprinsippets forankring i norsk rett. Bestemmelsen vil ha en viktig symbol- og signalfunksjon og være en sentral tolkningsfaktor i rettsanvendelsen, se punkt 25.5.3 og 25.5.6.

Den første modellen utvalget vil presentere gir det sterkeste rettsvernet mot diskriminering og er utformet med sikte på å gi konkrete rettigheter som kan påberopes direkte for domstolene:

²⁶ Smith 2006 side 243.

²⁷ Dokument nr. 12: 16 (2007-2008). Finn Erik Vinje har oversatt forslagene til konvensjonelt grunnlovsspråk.

Modell 1

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

(eller)

Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person.

Av de modellene utvalget har vurdert er dette den modellen som gir sterkest vern mot diskriminering. En slik bestemmelse vil gi rettigheter for individet som kan utledes direkte av Grunnloven. En tilsvarende regel har vi i Grunnloven § 100 om ytringsfrihet.

Modellen tar utgangspunkt i de samme diskrimineringsgrunnlagene som i utvalgets forslag til en samlet lov mot diskriminering. Grunnlagene «graviditet» og «permisjon ved fødsel og adopsjon» er imidlertid ikke tatt med. Disse vil uansett omfattes gjennom grunnlagene kjønn eller «andre lignende vesentlige forhold ved en person».

Retten til ikke-diskriminering vil etter ordlyden gjelde «mennesker». Med dette siktes det til enkeltpersoner/individer, for å avgrense mot juridiske personer.

Pliktsubjekter er offentlige så vel som private fysiske og juridiske personer. Bestemmelsen vil dermed også kunne påberopes ikke bare overfor statlige organer, men også overfor private og kommuner, slik som etter diskrimineringsloven. Det betyr at statlige virksomheter, kommuner, private selskaper, enkeltpersoner osv. vil kunne trekkes til ansvar.

Diskrimineringsvernets rekkevidde vil formelt sett følge av Grunnloven selv og kan ikke endres ved vanlig lovgivning. I praksis må det imidlertid antas at domstolene normalt vil legge samme fortolkning som lovgiver til grunn. Diskrimineringsvernet vil ikke være betinget av formell lov slik som menneskerettsbestemmelsen i § 110 c. Bestemmelsen vil således kunne gi utvidet vern hvis Grunnlovens diskrimineringsvern blir videre, for eksempel hvis grunnlovsbestemmelsens liste over diskrimineringsgrunnlag suppleres med en sekkekategori, og dette ikke gjøres i diskrimineringsloven. Hvis forbudene derimot

formuleres likt i diskrimineringsloven og i Grunnloven slik utvalget foreslår, må det presumeres at bestemmelsene skal fortolkes likt.

En slik bestemmelse vil ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen og prøvesrett for domstolene, se ovenfor punkt 25.5.1 og 25.5.2. Bestemmelsen går således lenger enn Grunnloven § 110 c om menneskerettigheter.

Den andre modellen gir rettigheter som bare kan påberopes overfor staten. Denne modellen gir med andre ord ikke plikter for private:

Modell 2

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

(eller)

Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering fra Statens Myndigheder paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person.

En bestemmelse som denne vil ha et forbud mot diskriminering slik som modell 1. Modellen tar på samme måte som modell 1 utgangspunkt i de samme diskrimineringsgrunnlagene som i utvalgets forslag til en samlet diskrimineringslov.

Bestemmelsen vil først og fremst bety at staten selv skal unngå å diskriminere, for eksempel i lovgivningen. Bestemmelsen vil pålegge Stortinget, domstolene, regjeringen og andre statlige organer å ikke diskriminere. Plikten vil gjelde all statlig aktivitet, det vil si lover, forskrifter, forvaltningspraksis, næringsvirksomhet, tjenesteyting osv. En slik bestemmelse vil ha et såpass presist innhold at den vil ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen og prøvesrett for domstolene.

Denne bestemmelsen kan også påberopes direkte av private som mener seg diskriminert. Bestemmelsen vil i motsetning til modell 1 kun ha statens myndigheter som pliktsubjekter. Bestemmelsen vil ikke ha virkning mellom private; den vil ikke kunne påberopes overfor private som diskriminerer. Det samme gjelder kommuner og fylkeskommuner.

Den tredje modellen utvalget presenterer er utformet etter mønster fra de bestemmelser i

Grunnloven som ikke er ment å gi rettigheter som kan håndheves av domstolene uten forankring i gjeldende lovgivning:

Modell 3

Det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.

(eller)

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen Mennesker udsættes for Diskriminering. Nærmere Bestemmelser fastsættes ved Lov.

Denne modellen har likheter med Grunnloven § 110 c om menneskerettigheter, § 109 om verneplikt og § 110 andre ledd om ansattes medbestemmelserett.

Til forskjell fra alternativene som skal kunne påberopes som grunnlag for individuelle rettigheter er denne modellen utformet mer overordnet uten konkretisering av diskrimineringsgrunnlagene.

En slik bestemmelse vil først og fremst bety at staten selv skal unngå å diskriminere, for eksempel i lovgivningen. Bestemmelsen vil kun ha statens myndigheter som pliktsubjekter, på samme måten som modell 2.

Videre vil en slik bestemmelse bety at staten skal ta positive skritt for å hindre at andre diskriminerer. Bestemmelsen retter seg først og fremst mot lovgiver som må vedta et tilstrekkelig diskrimineringsvern og samtidig sikre at det vedtas og settes i verk et tilstrekkelig håndhevingsapparat som sikrer effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet. Statens plikter etter en slik bestemmelse må også forstås som en form for aktivitetsplikt for staten til å arbeide mot diskriminering, som en plikt til å sette i verk andre positive tiltak som motvirker diskriminering.

Det vil likevel kun være tale om en ren prinsippbestemmelse slik som menneskerettighetsbestemmelsen i § 110 c første ledd, bestemmelsen om arbeid i § 110 og samebestemmelsen i § 110 a. Selv om ordlyden kan tyde på at det er tale om en «plikt» for staten, så vil denne plikten ikke kunne håndheves. Bestemmelsen vil ikke kunne påberopes av den enkelte som grunnlag for et krav mot staten.

Rettslig sett kan det hevdes at en slik bestemmelse ikke går lenger enn det som allerede følger av den generelle menneskerettsbestemmelsen i

§ 110 c. Men i de tilfeller der det norske diskrimineringsvernet går lenger enn det som følger av konvensjoner inntatt i menneskerettsloven, vil også grunnlovsbestemmelsen ha et videre anvendelsesområde. En egen grunnlovsbestemmelse vil også bidra til å gjøre ikke-diskrimineringsprinsippet synlig.

Dette vil som Grunnloven § 110 c kun være en prinsippbestemmelse som markerer ikke-diskrimineringsprinsippet forankring i det norske rettssystemet. Siden en slik bestemmelse vil gi såpass vide rammer for lovgiver, vil den ikke ha forfatningsrettslige konsekvenser som skranke for lovgivningen og prøvelsesrett for domstolene. Bestemmelsen vil ikke kunne påberopes av den enkelte som grunnlag for et krav mot staten.

25.7 Utvalgets vurderinger og forslag

25.7.1 Spørsmålet om det bør vedtas en grunnlovsbestemmelse

Det er alltid innenfor den enkelte stat at individer og minoriteter får sine menneskerettigheter (og vern mot diskriminering) enten respektert eller krenket. Derfor er en forankring av ikke-diskrimineringsprinsippet i den interne retten av sentral betydning. Grunnloven er det sterkeste rettslige virkemiddel vi har for dette.

Spørsmålet om grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet dreier seg ikke bare om statsrett og individers rettskrav. Det gjelder valg av verdier og markering av verdier som angår alle mennesker i landet. En innføring av prinsippet i Grunnloven vil vise nasjonens verdigrunnlag på en klarere måte. Den fastslår en samfunnskontrakt – en felles forståelse av samfunnets hovedtrekk – som man til enhver tid bør kunne si at folket har med myndighetene.

Prinsippet om ikke-diskriminering gir et vern for mindretallet og utsatte grupper og individer, for eksempel etniske, religiøse eller sosiale mindretall, personer med funksjonsnedsettelse, rusavhengige eller personer med psykiske lidelser. Det moralske og politiske hovedprinsipp i vårt samfunn bør være at flertallet selv verner de ulike mindretall. Dette innebærer at flertallet gjennom sin lovgivning og sin øvrige politikk gir mindretallet de vilkår som er nødvendige ved at mindretallet får de rettigheter som kreves for et verdig liv og et kulturelt livsrom.

Utvalget legger som nevnt til grunn at et diskrimineringsvern i Grunnloven ikke bør gå lenger

enn diskrimineringsvernet etter diskrimineringslovgivningen. Et grunnlovsværn vil dermed i utgangspunktet ikke gi nye eller utvidede materielle rettigheter.

Selv om en grunnlovsbestemmelse ikke får en rekkevidde utover de lovregler som utvalget foreslår vil den likevel kunne ha rettslig betydning. Dersom bestemmelsen utformes som en regel som kan påberopes direkte av borgerne vil den på bakgrunn av domstolenes prøvelsesrett være en skranke for lovgivningen. Dette vil kunne være en ønsket effekt av grunnlovsfestingen. Det vil gi domstolene muligheter til å fylle «hull» i lovgivningen og til å føre kontroll med stortingsflertallet i tider hvor diskrimineringsvernet har dårligere kår enn i dag.

Men en slik bestemmelse vil også gi domstolene mulighet for å sette sin vurdering av hva et diskrimineringsvern bør inneholde og hvordan det bør avgrenses mot andre grunnleggende rettigheter over lovgivernes. Mange har hevdet at blant annet utviklingen av menneskerettighetene, spørsmålet om ratifikasjon av nye internasjonale konvensjoner og utviklingen mot en stadig utvidelse av myndigheten til internasjonale organisasjoner og domstoler fører til at nasjonale folkevalgte organer får mindre innflytelse over slike grunnleggende verdispørsmål. Utvalget viser her til debatten om rettsliggjøring som vi har hatt i tilknytning til Maktutredningens innstilling NOU 2003: 19, responsen fra regjeringen Bondevik II på innstillingen i St. meld. nr. 17 (2004-2005) og debatten om inkorporering av FNs kvinnekonvensjon og rasediskrimineringskonvensjon i menneskerettsloven.

Andre har hevdet at rettigheter til individer bringer en ny dimensjon og kraft til folkestyret. Individet kan ikke bare påvirke ved sin stemmerett, men kan også på selvstendig måte utøve egne rettigheter som samfunnsborger. Gode rettslige løsninger – til vern om mindretallet – utformet gjennom den politiske prosess i Stortinget er en realisering, og ikke en forvitring, av folkestyret. Det som forsterkes, er et samfunn av frie og selvstendige borgere.²⁸

Et diskrimineringsvern i Grunnloven som innebærer skranke for lovgivningen og prøvelsesrett, kan føre til at vi får flere saker for domstolene der ikke-diskrimineringsprinsippet påberopes. Ikke-diskrimineringsprinsippet vil kunne påberopes til støtte for enkeltpersoner i de vernede gruppene når det gjelder økonomiske og

sosiale rettigheter, for eksempel i tvister om velferdslovgivningen og skattelovgivningen.

Erfaringene hittil har vist at det er meget få diskriminerings saker som klages inn til domstolene. Til tross for at menneskerettsloven gir ikke-diskrimineringsprinsippet forrang i konflikt med ordinær lovgivning, er det få saker som påberoper seg lovgivningens brudd på ikke-diskrimineringsprinsippet i menneskerettsloven.

På den andre siden er det nettopp ikke-diskrimineringsprinsippet dynamiske karakter som også bør være dets styrke. Saklighetsvurderinger i diskriminerings saker er alltid kontekstavhengig og konteksten forandrer seg stadig. Rettighetspolitikk er dynamisk og bør være det.²⁹ For 20 år siden var ikke ekskludering av personer med funksjonsnedsettelse betraktet som et diskrimineringsproblem – bare som en velferdsutfordring. I dag er det annerledes. Den uforutsigbarhet som ligger i prinsippet dynamiske karakter er ikke noe mer enn det som er nødvendig for å fange opp de endringer som skjer i samfunnet med hensyn til nye former for diskriminering og samfunnets forståelse av hva som er en saklig/usaklig forskjellsbehandling.

Utvalget vil også bemerke at selv om et diskrimineringsvern i Grunnloven setter skranke for vanlige lover, vil resultatet av loven ofte bli stående. Domstolene er som nevnt i punkt 25.5.2 tilbakeholdne med å sette lover til side på grunn av grunnlovsstrid. Hvorvidt domstolene vil sette velferdslovgivning til side, er usikkert. Det er grunn til å anta at domstolene på samme måte vil være tilbakeholdne med å overprøve Stortingets sosialpolitiske og økonomiske avveininger.

En vurdering av om en lovbestemmelse er diskriminerende forutsetter ofte vanskelige avveininger mellom motstridende interesser og hensyn. Det må foretas en konkret vurdering av om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, om den er nødvendig og om den er forholdsmessig, se punkt 16.5. Ved vurderingen av saklighet etter disse kriteriene må det antas at domstolene vil gi lovgiver en viss skjønnsmargin i avveiningen. Slike avveininger er ofte et ledd i en lovgivningsprosess og vil dermed ligge til grunn for lovvedtaket.

Det må tas med i betraktningen at diskrimineringsvernet er et meget skjønnsmessig prinsipp. Dette prinsippet har en dynamisk karakter. Dette er forhold som gjør det vanskelig å forutsi hvor

²⁸ Smith 2006 side 244.

²⁹ Se Hege Skjeies særuttalelse i Maktutredningens innstilling NOU 2003: 19 side 87.

dan en grunnlovsbestemmelse som vedtas i dag, og som det vil være vanskelig å endre, vil bli fortolket i fremtiden.

Usikkerhet knyttet til de rettslige konsekvensene av en grunnlovsbestemmelse kan samlet sett ikke være et avgjørende moment for å ikke vedta en slik bestemmelse. Denne usikkerheten må det eventuelt tas høyde for i utformingen av bestemmelsen.

I tillegg mener utvalget at symbolverdien av å grunnlovfeste ikke-diskrimineringsprinsippet er så viktig at utvalget vil gå inn for dette. Uansett utforming vil en grunnlovsbestemmelse markere forankringen av ikke-diskrimineringsprinsippet i det norske rettssystemet og samfunnet. En grunnlovsbestemmelse vil også være en sentral tolkningsfaktor i rettsanvendelsen. Det vil gi prinsippet en større gjennomslagskraft i rettslig og politisk argumentasjon.

25.7.2 Utformingen

Utvalget mener prinsipielt sett at Grunnloven ikke bør ha rene programmerklæringer uten rettslig innhold i form av plikter og rettigheter som kan påberopes. Selv om Grunnloven allerede har noen slike bestemmelser, mener utvalget at slike bestemmelser er uheldige og at de på sikt kan bidra til å svekke Grunnlovens politiske og rettslige betydning. Utvalget mener også at en slik bestemmelse kan skape et inntrykk eller gi et signal om at ikke-diskriminering ikke har samme gjennomslagskraft som andre rettigheter i Grunnloven som for eksempel ytringsfrihet eller religionsfrihet.

Det sentrale spørsmålet for utvalgets vurdering av hvordan en grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering bør utformes, har vært om den skal sette en reell skranke for Stortingets lovgivningsmyndighet. Det kan slik utvalget ser det, argumenteres både for og mot en bestemmelse som setter en slik skranke.

Når det gjelder argumenter for en slik grunnlovsbestemmelse, vil utvalget særlig fremheve:

I praksis vil det finnes lover som virker ulikt for ulike vernede grupper. For noen av disse lovene kan det hende at lovgiver ikke har vært klar over denne virkningen. Grunnlovens ikke-diskrimineringsprinsipp bør kunne påberopes i slike tilfelle. Dette vil være i samsvar med de demokratiske ideer vårt samfunn bygger på. Grunnloven bør av disse grunner utgjøre en reell skranke for lovgiver.

Det kan hevdes at bestemmelsen bør gi et klart signal om at ikke-diskriminering er en

grunnleggende rettighet som ikke kan fravikes verken i lovgivning, forvaltning eller mellom private aktører. Ikke-diskriminering er allerede et grunnleggende prinsipp i norsk og internasjonal rett. Å ta inn et slikt prinsipp i Grunnloven vil ikke innføre nye rettigheter og plikter. En slik regel vil kunne sies å innebære en styrket gjennomføring av menneskerettighetene i norsk rett.

Hvis man innfører en grunnlovsbestemmelse som slår fast at ingen mennesker skal utsettes for diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person, det vil si modell 1 i punkt 25.6, vil diskrimineringsvernets rekkevidde formelt sett følge av Grunnloven selv og ikke kunne endres ved vanlig lovgivning. En slik bestemmelse vil ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen og prøvesrett for domstolene. Det samme gjelder modell 2.

Domstolene vil med en slik bestemmelse i prinsippet kunne sette til side lover som er i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet. Utvalget antar imidlertid at domstolene bare vil sette en lov til side unntaksvis og bare dersom det er tale om en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet.

Utvalget forutsetter at de nærmere grensene for diskrimineringsforbudet trekkes opp i praksis. Selv om diskrimineringsforbudets innhold formelt sett følger av Grunnloven selv, må det forventes at domstolene i sin fortolkning i praksis vil se hen til diskrimineringslovens diskrimineringsbegrep. Forskjellen vil først og fremst være at ikke-diskrimineringsprinsippet får en større rettslig gjennomslagskraft. Videre vil det bety at det ikke vil være adgang til å uthule diskrimineringsvernet gjennom diskrimineringsloven og unntak fra diskrimineringsforbudet eller gjennom annen lovgivning. Bestemmelsen vil sette en standard som nåværende og fremtidig lovgivning vil kunne prøves mot.

Når det gjelder argumenter mot en grunnlovsbestemmelse som setter skranke for lovgivningen, vil utvalget særlig fremheve:

Det kan hevdes at en bør være varsom med å grunnlovfeste plikter og rettigheter som skal kunne påberopes av enkeltpersoner uavhengig av vanlig lovgivning. Prinsippet om ikke-diskriminering er gjennomgripende både med hensyn til persongruppe, grunnlag og samfunnsområder. Hvis det åpnes for at domstolene overprøver lovgivning og eventuelt setter lover tilside, kan det føre til større press på domstolene. Det kan være proble-

matisk om det åpnes for at lovgivers sosiale og politiske vurderinger settes til side av domstolene. Å gi domstolene en slik rolle er særlig uheldig så lenge det er tale om et såpass skjønnsmessig prinsipp som i dette tilfellet. Bestemmelsen bør derfor heller ikke ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen.

Et viktig spørsmål er hvor myndigheten til å foreta avveining mellom sentrale rettsprinsipper bør ligge – i politiske organer eller domstoler, i nasjonale organer eller overnasjonale. Det kan være grunn til å stille spørsmål ved om Stortingets interesseavveininger som ligger bak vedtakelsen av lover, bør kunne overprøves av domstolene når det dreier seg om hvordan grunnleggende rettigheter best kan realiseres samtidig i forhold til hverandre. Domstolene foretar sine avveininger basert på den konkrete situasjonen i en enkelt sak. Et lovvedtak vil derimot være basert på bredere generelle utredninger og avveininger av lovens konsekvenser. Avveiningen er, i motsetning til det som skjer i domstolene, gjenstand for høring og en åpen politisk prosess. Mange saker dreier seg ikke om rettighetenes ytterkant, men om den finstemte avveiningen mellom rettigheter som alle har krav på å bli fremmet så godt det lar seg gjøre. Domstolene må ha siste ordet når det gjelder å trekke yttergrensene. Det er ikke like opplagt at domstolene også bør ha muligheten til å overprøve lovgiveren når det gjelder realisering og balansering av rettighetene.

At lovgivningen kan overprøves av domstolene kan føre til at domstolene brukes som en arena for omkamp i omstridte politiske saker. En slik utvikling kan føre til en forvitring av folkestyret ved at makten forskyves fra folkevalgte organer. Men den kan også tvert imot betraktes som et vern av individets og mindretallets muligheter og rettigheter overfor flertallet. Nettopp dette er også et aspekt av demokratiet.

Utvalgets flertall (medlemmene Brækhus, Craig, Moseng, Sæbønes og Tøssebro) foreslår at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i Grunnloven blir utformet i samsvar med modell 2. Selv om det først og fremst er gjennom målrettet lovgivning at diskrimineringsvernet mest effektivt vil bli en realitet, mener flertallet at det er viktig med en grunnlovsbestemmelse som kan håndheves rettslig. Flertallet legger særlig vekt på at grunnlovsbestemmelsen viser til menneskerettighetene ved å regne opp de viktigste diskrimineringsgrunnlagene, og at den blir utformet slik at den kan fungere som en skranke for lovgivningen gjennom prøvelsesretten og derved fungere som garantist

for ikke-diskrimineringsprinsippet. Disse medlemmene ser på prøvelsesretten som en rettsikkerhetsgaranti i et helhetlig demokratisk styresystem. Dette blir ivaretatt i modell 2.

Utvalgets mindretall (medlemmene Emberland, Graver, Næss og Stabell) foreslår at vernet mot diskriminering inntas i Grunnloven i form av modell 3.

Mindretallet mener at en mer overordnet utforming som ikke lister opp diskrimineringsgrunnlagene, er å foretrekke i Grunnloven. Ved å liste opp diskrimineringsgrunnlagene risikerer man at det blir et sprik mellom det som står i Grunnloven og det som til enhver tid står i loven. Grunnloven bør åpne for en dynamikk, samtidig som det bør være lovgiveren som har som hovedoppgave å gi diskrimineringsforbudet sitt konkrete innhold. Grunnlovsbestemmelsens funksjon i denne modellen er å opphøye diskrimineringsforbudet til grunnlovs trinnhøyde og å gi retningslinjer til staten i egenskap av lovgiver og forvaltning. Ved at diskrimineringsforbudet har en slik plassering vil det være klart at det ikke skal være underordnet andre rettigheter av grunnlovs rang som for eksempel religionsfriheten. I en slik sammenheng er det ikke nødvendig å konkretisere de enkelte diskrimineringsgrunnlagene. Hva som ligger i Grunnlovens diskrimineringsbegrep må fastlegges ut fra oppfatningene på det tidspunkt bestemmelsen blir gitt, Norges internasjonale forpliktelser og lovgiverens begrunnede oppfatning om rekkevidden.

Mindretallet mener en bestemmelse lik modell 3 vil virke som symbolbærer for den likhetstenkning som vår samfunnsorden bygger på. Forslaget innebærer at diskrimineringsforbudet får forankring i vår konstitusjon. Prinsippet om ikke-diskriminering vil få samme rang som andre menneskerettigheter som er sentrale i Norge, som yringsfriheten, eiendomsrettsvernet og religionsfriheten.

Samtidig vil en grunnlovsbestemmelse i en slik modell understreke et viktig demokratisk prinsipp, ved at bestemmelsen i første rekke vil være et pålegg til lovgiver om at det er de folkevalgtes oppgave – og plikt – å sørge for at prinsippet om ikke-diskriminering gjennomføres i samfunnet. Bestemmelsen innebærer (gjennom formuleringen i første setning) at staten vil være forpliktet etter Grunnloven til selv ikke å diskriminere samt å sørge for diskrimineringsvern for øvrig i samfunnet. Men i stedet for å gjøre en grunnlovsbestemmelse til en rettslig håndhevbar garanti som primært vil bli forvaltet i enkeltsaker

av domstolene (slik modell 1 og modell 2 legger opp til), vil en bestemmelse som modell 3 (gjennom formuleringen i andre setning) peke på Stortinget som det organ som skal realisere ikke-diskriminering som et rettslig forpliktende krav. Utvalgets mindretall mener at det er gjennom målrettet lovgivning, og ikke ved grunnlovsfesting i seg selv, at diskrimineringsvernet mest effektivt vil bli en realitet for de personer som har behov for dette vernet. Behovet for en rettslig håndhevbar rettighet av konstitusjonell rang synes lite påkrevet fordi diskrimineringsvernet i stor grad allerede uttrykkes og utvikles i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Mindretallet mener også av den grunn at det neppe er behov for en grunnlovsfesting av diskrimineringsforbudet utover en prinsippbestemmelse.

Forslaget har likhetspunkter med Grunnloven § 110 c (om menneskerettigheter), § 109 (verne-

plikt) og § 110 andre ledd (medbestemmelsesrett). Utvalgets mindretall mener slektskapet med Grunnloven §§ 110 andre ledd og 110 c taler for en tilsvarende lovteknisk utforming for diskrimineringsvernet. Det er også tradisjon for at tilføyes til Grunnlovens del E foretas i en form som uttrykker en avveining mellom den enkeltes rettigheter på den ene side og det demokratisk valgte flertallets oppgave å sørge for en gjennomføring av den enkeltes vesentlige interesser.

25.7.3 Plassering

En grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering bør etter utvalgets vurdering plasseres i Grunnloven umiddelbart etter den generelle menneskerettighetsbestemmelsen i § 110 c, som en ny § 110 d.

Del V
Utvalgets lovforslag

Kapittel 26

Forslag til lov om forbud mot diskriminering (diskrimineringsloven)

26.1 Oversikt over lovens bestemmelser

Kapittel 1 Forbud mot diskriminering

- § 1 Formål
- § 2 Lovens saklige virkeområde
- § 3 Lovens stedlige virkeområde
- § 4 Forbud mot diskriminering
- § 5 Unntak for saklig forskjellsbehandling
- § 6 Brudd på plikten til universell utforming eller individuell tilrettelegging
- § 7 Forbud mot trakassering
- § 8 Forbud mot instruks
- § 9 Forbud mot medvirkning
- § 10 Forbud mot gjengjeldelse
- § 11 Ufravikelighet
- § 12 Diskrimineringsforbud mv. i menneskerettighetskonvensjoner

Kapittel 2 Aktive tiltak for å fremme likestilling

- § 13 Adgang til positiv særbehandling
- § 14 Offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling
- § 15 Kjønnrepresentasjon i offentlige utvalg mv.
- § 16 Plikt til å forebygge og forhindre trakassering
- § 17 Læremidlers innhold

Kapittel 3 Universell utforming og individuell tilrettelegging

- § 18 Plikt til universell utforming
- § 19 Særlig om universell utforming av IKT
- § 20 Rett til individuell tilrettelegging av kommunale tjenester
- § 21 Rett til individuell tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner

Kapittel 4 Særlige regler om ansettelsesforhold

- § 22 Forbud mot diskriminering i ansettelsesforhold
- § 23 Arbeidsgivers innhenting av opplysninger ved ansettelse
- § 24 Lik lønn for arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn
- § 25 Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker og arbeidstakers representant
- § 26 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling
- § 27 Rett til individuell tilrettelegging

Kapittel 5 Bevisbyrde, oppreisning og erstatning

- § 28 Bevisbyrde
- § 29 Oppreisning og erstatning

Kapittel 6 Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda mm.

- § 30 Håndheving av loven
- § 31 Ombudets pådriverrolle
- § 32 Ombudets håndheving og veiledning
- § 33 Ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser
- § 34 Ombudets uttalelser og vedtaksmyndighet
- § 35 Ombudets avvisning og henleggelse
- § 36 Ombudets organisering
- § 37 Nemndas organisering
- § 38 Nemndas oppgaver
- § 39 Nemndas vedtaksmyndighet
- § 40 Nemndas avvisning og henleggelse
- § 41 Tvangsmulkt
- § 42 Overprøving av nemndas vedtak
- § 43 Opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda. Bevisopptak
- § 44 Nemndas kompetanse i forhold til andre forvaltningsmyndigheter
- § 45 Nemndas forhold til Arbeidsretten
- § 46 Forholdet til forvaltningsloven
- § 47 Forskrift om ombudet og nemnda
- § 48 Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26
- § 49 Håndheving av plikten til universell utforming av IKT etter § 19
- § 50 Organisasjoners adgang til å opptre som fullmektig

Kapittel 7 Straff

- § 51 Straff for overtredelse av pålegg og brudd på opplysningsplikten
- § 52 Straff for grov overtredelse av forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet som er begått av flere i fellesskap

Kapittel 8 Ikrafttredelse

- § 53 Ikrafttredelse

26.2 Lovforslag

Kapittel 1 Forbud mot diskriminering

§ 1 Formål

Lovens formål er å fremme likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige forhold ved en person. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging.

Næss og Stabell foreslår at ordene «og andre liknende vesentlige forhold ved en person» i første punktum utgår.

§ 2 Lovens saklige virkeområde

Loven gjelder på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold.

Kongen kan gi forskrift om at kvinners tjeneste i Forsvaret helt eller delvis skal unntas fra lovens virkeområde.

Brækhus foreslår at ordene «med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold» i første ledd utgår.

§ 3 Lovens stedlige virkeområde

Loven gjelder i riket. Loven gjelder også på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner og fartøy i virksomhet på norsk kontinentalsokkel, på norske skip og norske luftfartøyer.

Lovens §§ 14, 18 – 21, 26 og 27 for så vidt gjelder funksjonsnedsettelse, gjelder likevel ikke på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner og fartøy i virksomhet på norsk kontinentalsokkel, på norske skip i utenriksfart og norske luftfartøyer i internasjonal trafikk. For sjømenn gjelder likevel § 27.

Kongen kan gi forskrift om anvendelsen av bestemmelser som er unntatt etter andre ledd.

Kongen gir forskrift om lovens anvendelse for utsendte arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7.

Craig, Moseng, Sæbønes og Tøssebro foreslår at unntaket i andre ledd ikke skal gjelde § 20 første ledd første punktum og § 21.

§ 4 Forbud mot diskriminering

Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn eller alder er forbudt. Det samme gjelder diskriminering på grunn av andre liknende vesentlige forhold ved en person. Forbudet mot diskriminering på grunn av alder etter første punktum gjelder kun i arbeidsforhold.

Med diskriminering menes usaklig direkte og indirekte forskjellsbehandling. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd, blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt i første ledd stilles dårligere enn andre.

Forbudet gjelder diskriminering på grunn av eksisterende, antatt, tidligere og fremtidige forhold som nevnt i første ledd.

Forbudet gjelder også diskriminering på grunn av forhold som nevnt i første ledd ved en annen person som den som diskrimineres har tilknytning til.

Næss og Stabell foreslår at første ledd andre punktum utgår.

Graver, Næss og Stabell foreslår at ordet «diskriminering» endres til «usaklig forskjellsbehandling» og at andre ledd første punktum erstattes med følgende:

Forbudet i første ledd omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling.

§ 5 Unntak for saklig forskjellsbehandling

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering i § 4. I arbeidsforhold kan forskjellsbehandling bare skje dersom dette er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.

Generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, som er begrunnet i saklige formål, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering etter § 4. Ved forskjellsbehandling på grunn av alder gjelder ikke første ledd andre punktum.

§ 6 Brudd på plikten til universell utforming eller individuell tilrettelegging

Brudd på plikten til universell utforming etter § 18 eller plikten til individuell tilrettelegging i §§ 20, 21 og 27 regnes som diskriminering.

Diskriminering som skyldes mangelfull fysisk tilrettelegging er uttømmende regulert i §§ 18, 20, 21 og 27 for de rettssubjekter og på de områder disse bestemmelsene gjelder.

§ 7 Forbud mot trakassering

Trakassering på grunn av forhold som omfattes av § 4 første ledd jf. tredje ledd samt seksuell trakassering er forbudt.

Med trakassering menes handlinger, unnlattelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.

Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.

§ 8 Forbud mot instruks

Det er forbudt å gi instruks om å diskriminere i strid med § 4, om å trakassere i strid med § 7 og om gjengjeldelse i strid med § 10.

§ 9 Forbud mot medvirkning

Det er forbudt å medvirke til diskriminering, trakassering, gjengjeldelse og instruks i strid med denne lov.

§ 10 Forbud mot gjengjeldelse

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på denne lov, eller som har gitt uttrykk for at klagen kan bli fremmet. Dette gjelder ikke dersom klageren har opptrådt grovt uaktsomt.

Første ledd gjelder tilsvarende for vitner i en klagesak.

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har unnlatt å følge en instruks i strid med § 8.

§ 11 Ufravikelighet

Bestemmelsene i denne lov kan ikke fravikes ved avtale.

§ 12 Diskrimineringsforbud mv. i menneskerettighetskonvensjoner

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering skal gjelde som norsk lov.

Bestemmelser i menneskerettighetskonvensjoner inntatt i menneskerettsloven skal ved motstrid gå foran bestemmelsene i denne lov, jf. menneskerettsloven § 3.

Kapittel 2 Aktive tiltak for å fremme likestilling

§ 13 Adgang til positiv særbehandling

Særbehandling som er egnet til å fremme lovens formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor dem som stilles dårligere som følge av særbehandlingen, regnes ikke som diskriminering etter loven her.

Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.

Kongen kan gi forskrift om hvilke former for særbehandling som tillates i medhold av denne lov, herunder bestemmelser om særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn.

§ 14 Offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling

Offentlige myndigheter skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å realisere lovens formål innenfor sine områder.

§ 15 Kjønnsrepresentasjon i offentlige utvalg mv.

Begge kjønn skal være representert på følgende måte:

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

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

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

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

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

§ 16 Plikt til å forebygge og forhindre trakassering

Ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner skal innenfor sitt ansvarsområde forebygge og søke å hindre at det skjer trakassering i strid med § 8.

§ 17 Læremidlers innhold

I skole og annen undervisningsinstitusjon skal læremidler som nyttes bygge på likestilling mellom kjønnene.

Kapittel 3 Universell utforming og individuell tilrettelegging

§ 18 Plikt til universell utforming

Offentlig virksomhet skal arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innenfor virksomheten. Tilsvarende gjelder for privat virksomhet rettet mot allmennheten.

Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene, herunder informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT), slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig uavhengig av funksjonsnedsettelse.

Offentlig og privat virksomhet rettet mot allmennheten har plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon så langt det ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten. Ved vurderingen av om utformingen eller tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig 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.

Det er ikke plikt til universell utforming etter denne lov dersom virksomheten oppfyller nærmere bestemmelser i lov eller forskrift om innholdet i plikten til universell utforming.

Kongen kan gi forskrift om innholdet i plikten til universell utforming på områder som ikke er omfattet av krav i eller i medhold av annet lovverk.

§ 19 Særlig om universell utforming av IKT

Med informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT) menes teknologi og systemer av teknologi som anvendes til å uttrykke, skape, omdanne, utveksle, lagre, mangfoldiggjøre og publisere informasjon, eller som på annen måte gjør informasjon anvendbar.

Nye IKT-løsninger som underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner, og som er hovedløsninger rettet mot eller stillet til rådighet for allmennheten, skal være universelt utformet fra og med 1. juli 2011, men likevel tidligst tolv måneder etter at det foreligger standarder eller retningslinjer for innholdet i plikten. For IKT-løsninger eldre enn 1. januar 2009 gjelder plikten fra 1. januar 2021. Organet utpekt etter § 49 andre ledd kan gi dispensasjon fra fristene dersom det foreligger særlig tungtveiende grunner.

Kongen gir forskrifter med nærmere bestemmelser om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten til universell utforming av IKT-løsninger.

Plikten etter § 18 gjelder dersom det ikke er plikt til universell utforming etter denne bestemmelsen.

§ 20 Rett til individuell tilrettelegging av kommunale tjenester

Barn med funksjonsnedsettelse har rett til egnet individuell tilrettelegging av kommunale barnehagetilbud for å sikre likeverdige utviklings- og aktivitetsmuligheter. Personer med funksjonsnedsettelse har rett til egnet individuell tilrettelegging av kommunale tjenestetilbud etter sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven av varig karakter for den enkelte, for å sikre at personer med funksjonsnedsettelse får et likeverdig tilbud.

Retten etter første ledd omfatter tilrettelegging som ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

§ 21 Rett til individuell tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner

Elever og studenter med funksjonsnedsettelse ved skole- og utdanningsinstitusjoner har rett til egnet individuell tilrettelegging av lærested, undervisning, læremidler og eksamen for å sikre likeverdige opplærings- og utdanningsmuligheter.

Retten etter første ledd omfatter tilrettelegging som ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

Kapittel 4 Særlige regler om ansettelsesforhold

§ 22 Forbud mot diskriminering i ansettelsesforhold

Forbudet mot diskriminering i § 4 gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, herunder:

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

Adgangen til positiv særbehandling etter § 13 gjelder tilsvarende.

§ 23 Arbeidsgivers innhenting av opplysninger ved ansettelse

Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte innhente opplysninger om:

- a) graviditet, adopsjon eller familieplanlegging,
- b) seksuell orientering, eller
- c) hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål.

Opplysninger som nevnt i første ledd bokstav b) og c) kan innhentes dersom opplysninger om søkerens samlivsform eller hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål er begrunnet i stillingens karakter, eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn, og arbeidstakers stilling vil være av betydning for å gjennomføre formålet.

Dersom opplysninger som nevnt i første ledd bokstav b) og c) vil bli krevet, må det angis i utlysningen av stillingen.

Innhenting av helseopplysninger og opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er regulert i arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4.

§ 24 Lik lønn for arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn

Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.

Retten til lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi i denne bestemmelsen gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres av ulike tariffavtaler.

Om arbeidene er av lik verdi avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante momenter, som for eksempel anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold.

Med lønn menes det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiver.

§ 25 Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker og arbeidstakers representant

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

Tillitsvalgte og verneombud kan på vegne av arbeidstaker som mener seg diskriminert ved lønnsfastsettelsen i strid med § 22 bokstav d) eller prinsippet om likelønn etter § 24, kreve at arbeidsgiver skriftlig opplyser om lønnsnivå og kriteriene for fastsettelsen av lønn for den eller de vedkommende arbeidstaker sammenlikner seg med.

§ 26 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling

Arbeidsgiver skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål. Aktivitetsplikten omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering.

Første ledd gjelder ikke forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd andre punktum.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf.

§ 27 Rett til individuell tilrettelegging

Arbeidstakere og arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse har rett til egnet individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at de kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre.

Retten etter første ledd omfatter tilrettelegging som ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen innebærer en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

Kapittel 5 Bevisbyrde, oppreisning og erstatning

§ 28 Bevisbyrde

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering i strid med denne lov, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Første ledd gjelder ikke der det påstås at det har skjedd diskriminering på grunn av forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd andre punktum.

§ 29 Oppreisning og erstatning

Den som har blitt behandlet i strid med kapittel 1, kapittel 3 med unntak av §§ 18 og 19, og kapittel 4 med unntak av § 26 har krav på oppreisning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap dersom den som har handlet i strid med loven kan bebreides for dette. Arbeidsgivers ansvar gjelder uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides.

Oppreisning og erstatning etter første ledd fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til økonomisk tap, ikke-økonomisk skade, partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

Første og andre ledd gjelder ikke der det påstås at det har skjedd diskriminering på grunn

av forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd andre punktum.

Reglene i denne paragraf gjør ingen innkrenkning i retten til å kreve oppreisning og erstatning etter alminnelige erstatningsregler.

Sæbønes foreslår at ordene «med unntak av §§ 18 og 19» i første ledd utgår.

Kapittel 6 Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda m.m.

§ 30 Håndheving av loven

Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (ombudet og nemnda) skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av denne lov, med unntak av følgende:

- a) forbudet mot seksuell trakassering etter § 7 tredje ledd,
- b) kravene til representasjon i offentlige utvalg etter § 15,
- c) plikten til universell utforming av IKT etter § 19,
- d) arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26,
- e) krav om erstatning og oppreisning etter § 29, og
- f) straff etter lovens kapittel 7.

Brækhus foreslår at det tas inn et nytt punkt bokstave i listen over unntak i første ledd (jf. dissens til § 2):

saker som gjelder familieliv og andre rent personlige forhold.

Brækhus, Craig og Tøssebro foreslår at det tas inn følgende tillegg etter første ledd:

Arbeidsgivers ansvar for oppreisning etter § 29 første og andre ledd faller likevel innenfor nemndas vedtaksmyndighet.

§ 31 Ombudets pådriverrolle

Ombudet skal arbeide for å fremme reell likestilling i samsvar med lovens formål.

§ 32 Ombudets håndheving og veiledning

Ombudet tar opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre. Enhver kan bringe en sak inn for ombudet. Saker brakt inn for ombudet av en som ikke selv er part i saken, skal 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.

Ombudet skal veilede den som bringer en sak inn for ombudet. Veiledningsplikten omfatter alle relevante forhold knyttet til saken og gjelder uavhengig av om ombudet har myndighet til å uttale seg etter loven her. Ombudet skal ikke representere parten utad.

§ 33 Ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser

Ombudet skal føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis er i samsvar med de forpliktelser Norge har etter De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.

§ 34 Ombudets uttalelser og vedtaksmyndighet

Ombudet kan gi uttalelse om hvorvidt et forhold er i strid med denne lov. Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda til behandling etter § 38.

Dersom partene ikke frivillig innretter seg etter ombudets uttalelse, og det antas å medføre ulempe eller skadevirkning å avvende nemndas vedtak, kan ombudet treffe vedtak som nevnt i § 39.

Ombudet skal grunngi vedtaket samtidig med at det treffes. Nemnda skal underrettes om vedtaket.

Ombudets vedtak kan påklages til nemnda.

§ 35 Ombudets avvisning og henleggelse

Ombudet skal avvise en sak dersom saken er avgjort av en domstol eller brakt inn for en domstol til avgjørelse. Ombudet skal også avvise en sak dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt.

Ombudet kan i særlige tilfeller henlegge en sak dersom ombudet ikke finner grunn til videre behandling ut fra sakens alvorlighet i forhold til ombudets tilgjengelige ressurser eller hvis klagen åpenbart ikke vil føre frem.

Ombudets avvisning eller henleggelse kan påklages til nemnda.

§ 36 Ombudets organisering

Ombudet åremålsbeskikkes av Kongen i statsråd for en periode av seks år uten adgang til gjenoppnevning.

Ombudet er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og departementet. Kongen eller departementet kan ikke instruere ombudet om behandlingen av enkeltsaker eller om ombudets faglige virksomhet for øvrig. Kongen eller departementet kan heller ikke omgjøre ombudets vedtak etter § 34.

§ 37 Nemndas organisering

Nemnda skal bestå av en leder, en nestleder og seks øvrige medlemmer. Det skal i tillegg være fire varamedlemmer. Nemnda inndeles i to avdelinger. Lederen og nestlederen deltar i begge avdelingene.

Medlemmene og varamedlemmene oppnevnes av Kongen for fire år. Det er mulighet for én gangs gjenoppnevning. Leder og nestleder skal oppfylle kravene som er foreskrevet for dommere.

Nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og departementet. Kongen eller departementet kan ikke gi instruks om eller omgjøre nemndas utøving av myndighet i enkeltsaker.

Saksforberedelsen forestås av et eget sekretariat.

§ 38 Nemndas oppgaver

Nemnda behandler de saker som bringes inn for den etter § 34. Beslutter ombudet å ikke bringe en sak inn for nemnda etter § 34, kan saken bringes inn av en part i saken eller av en som har brakt saken inn for ombudet uten å være part. Saker brakt inn for nemnda etter andre punktum skal bare behandles av nemnda dersom den krenkede parten gir sitt samtykke til dette.

Nemnda kan kreve at ombudet bringer nærmere bestemte saker som er behandlet av ombudet inn for nemnda.

§ 39 Nemndas vedtaksmyndighet

Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på bestemmelser i denne lov, med mindre annet er bestemt. Dersom nemnda ikke kan treffe vedtak etter § 44, skal nemnda gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for nemnda er i strid med bestemmelser i denne lov.

Nemnda kan med de unntak som følger av §§ 44 og 45 pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører og for å hindre gjentakelse. Nemnda kan sette en frist for oppfyllelse av pålegget.

Nemndas vedtak skal grunngis samtidig med at det treffes.

Brækhus, Craig og Tøssebro foreslår at det tas inn følgende tillegg etter andre ledd:

Nemnda kan treffe vedtak om arbeidsgivers plikt til å betale oppreisning for ikke-økonomisk skade etter § 29 første og andre ledd.

§ 40 Nemndas avvisning og henleggelse

Nemnda skal avvise en sak dersom saken er avgjort av en domstol eller brakt inn for en domstol til avgjørelse. Nemnda skal også avvise en sak dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt. Nemnda kan i særlige tilfeller henlegge en sak dersom den ikke finner grunn til videre behandling.

§ 41 Tvangsmulkt

Nemnda kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegg etter § 39, dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet. Tvangsmulkten begynner å løpe dersom ny frist for å etterkomme pålegget oversittes, og skal normalt løpe frem til pålegget er oppfylt. Nemnda kan sette ned eller frafalle ilagt mulkt når særlige grunner taler for det.

Tvangsmulkten tilfaller staten. Vedtak om tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg.

Nemndas vedtak om tvangsmulkt skal grunngis samtidig med at det treffes.

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

§ 42 Overprøving av nemndas vedtak

Vedtak av nemnda kan bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Vedtak av ombudet etter § 34 andre ledd kan ikke bringes inn for domstolene uten at klageadgangen er utnyttet, og klagen er avgjort av nemnda. Forvaltningsloven § 27 b andre punktum gjelder tilsvarende.

Søksmål til overprøving av nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt.

Søksmål om gyldigheten av nemndas vedtak rettes mot staten ved nemnda.

§ 43 Opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda. Bevisopptak

Offentlige myndigheter plikter uten hinder av taushetsplikt å gi ombudet og nemnda de opplysninger som er nødvendige for gjennomføringen av loven. Slike opplysninger kan også kreves av andre som har vitneplikt etter tvisteloven. Tvisteloven § 24-8 tredje ledd gjelder tilsvarende. Avgjørelse som nevnt i tvisteloven § 22-6 første ledd andre punktum, § 22-7, § 22-8 andre ledd, § 22-9 andre til fjerde ledd, § 22-10 andre punktum og § 22-11 andre ledd treffes av tingretten.

Ombudet og nemnda kan foreta de undersøkelser som de finner påkrevd for å utøve sine gjøremål etter denne lov. Om nødvendig kan det kreves hjelp av politiet.

Ombudet og nemnda kan kreve at opplysninger skal gis til, eller at undersøkelse skal kunne foretas av, andre offentlige organer som er pålagt å medvirke til gjennomføringen av bestemmelsene i denne lov.

Ombudet og nemnda kan kreve bevisopptak ved domstolene, jf. domstoloven § 43 andre ledd.

§ 44 Nemndas kompetanse i forhold til andre forvaltningsorganer

Nemnda kan ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. Nemnda kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe vedtak må utøves for ikke å komme i strid med bestemmelsene i denne lov.

Nemndas vedtak er ikke bindende for Kongen eller departementene.

§ 45 Nemndas forhold til Arbeidsretten

Dersom en sak etter bestemmelsene nevnt i denne lov som indirekte reiser spørsmål om en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse er brakt inn for nemnda, kan hver av partene i tariffavtalen få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten.

Nemnda kan gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale som er brakt inn for nemnda, er i strid med bestemmelsene nevnt i denne lov. Partene i tariffavtalen kan i slike tilfeller bringe spørsmålet om avtalens forhold til en bestemmelse nevnt i denne lov inn for Arbeidsretten.

Sak for nemnda som bringes inn for Arbeidsretten etter første ledd eller andre ledd andre punktum stilles i bero til spørsmålet er ferdig behandlet av Arbeidsretten.

Nemnda kan ikke i noe tilfelle treffe avgjørelser som etter arbeidstvistloven og tjenestetvistloven hører under Arbeidsretten.

§ 46 Forholdet til forvaltningsloven

Dersom ikke annet er bestemt, gjelder forvaltningsloven for ombudets og nemndas virksomhet.

§ 47 Forskrift om ombudet og nemnda

Kongen kan gi forskrift om ombudets og nemndas, herunder sekretariatets, organisering, oppgaver og saksbehandling.

§ 48 Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26

Arbeidstilsynet fører tilsyn med og håndhever arbeidsgivers forpliktelser etter § 26. Arbeidstilsynet gir de pålegg som er nødvendige for gjennomføringen av forpliktelsene.

I pålegg kan det fastsettes en løpende tvangsmulkt for hver dag eller uke eller måned som går etter utløpet av den frist som er satt for oppfyllelse av pålegget, inntil pålegget er oppfylt. Tvangsmulkt kan også fastsettes som en engangsmulkt. Arbeidstilsynet kan frafalle påløpt tvangsmulkt.

Petroleumstilsynet har tilsvarende kompetanse innenfor sitt myndighetsområde.

§ 49 Håndheving av plikten til universell utforming av IKT etter § 19

Kongen utpeker hvilket organ som skal føre tilsyn med at kravene i § 19 overholdes. Organet kan gi pålegg om retting mot en virksomhet som ikke oppfyller kravene gitt i eller i medhold av § 19 tredje ledd, og kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegg dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet. Reglene i denne lov § 41 første til tredje ledd gjelder tilsvarende.

Organet utpekt etter første ledd kan kreve de opplysningene som er nødvendige for å gjennomføre sine oppgaver etter loven, samt kreve adgang til IKT-løsninger som nevnt i § 19. Det samme gjelder klageinstansen ved klage over vedtak etter første ledd.

Søksmål om gyldigheten av vedtak truffet av organet utpekt etter første ledd eller klageinstansen må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Vedtak etter første ledd kan ikke bringes inn for domstolene uten at klageadgangen er utnyttet og klagen er avgjort.

Kongen kan gi forskrift om tvangsmulkt etter første ledd, herunder om tvangsmulkstens størrelse, varighet og andre bestemmelser om fastsettelse og gjennomføring.

§ 50 Organisasjoners adgang til å opptre som fullmektig

Organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering kan brukes som fullmektig i forvaltningssak etter loven her.

Som prosessfullmektig i saker for domstolene etter loven her kan brukes en person utpekt av og med tilknytning til en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering. Dette gjelder ikke for Høyesterett.

Retten kan nekte å godta en prosessfullmakt hvis det etter rettens skjønn er fare for at prosessfullmektigen ikke har tilstrekkelige kvalifikasjoner til å ivareta partens interesser på en tilfredsstillende måte.

En prosessfullmektig skal ved siden av fullmakt som nevnt i tvisteloven § 3-4 til samme tid fremlegge skriftlig orientering fra organisasjonen om prosessfullmektigens kvalifikasjoner.

Kapittel 7 Straff

§ 51 Straff for overtredelse av pålegg og brudd på opplysningsplikten

Den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å etterkomme pålegg gitt med hjemmel i § 34 andre ledd eller § 39 eller som medvirker til dette, straffes med bøter. Det samme gjelder forsettlig eller uaktsomt unnlattelse av å oppfylle opplysningsplikten etter § 43.

Overtredelse foretatt av en person i underordnet stilling straffes ikke dersom overtredelsen vesentlig skyldes underordningsforholdet.

Regelen om bevisbyrde i § 28 kommer ikke til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen.

Overtredelse påtales kun etter begjæring av nemnda, med mindre offentlig påtale kreves av allmenne hensyn.

Påtalemyndigheten kan i forbindelse med straffesaken kreve dom for tiltak for å sikre at den lovstridige handlingen, unnlattelsen eller gjengjeldelsen opphører og for å hindre at den gjentas.

§ 52 Straff for grov overtredelse av forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet som er begått av flere i fellesskap

Den som forsettlig i fellesskap med minst to andre personer grovt overtrer eller medvirker til grov overtredelse av forbudet mot diskriminering, trakassering eller instruks om å diskriminere på grunn av etnisitet, jf. §§ 4, 7 og 8, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Den som tidligere er ilagt straff for overtredelse av denne bestemmelsen, kan straffes selv om overtredelsen ikke er grov.

Ved vurderingen av om en overtredelse er grov 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 en person som er under 18 år.

Før tiltale tas ut for forhold som nevnt i første ledd, skal det vurderes om det vil være tilstrekkelig å ilegge en administrativ reaksjon.

Dersom overtredelse er ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, gjelder straffeloven §§ 60 a og 162 c.

Regelen om bevisbyrde i § 28 kommer ikke til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen.

Kapittel 8 Ikrafttredelse

§ 53 Ikrafttredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelser til ulik tid.

Kapittel 27

Forslag til endringer i Grunnloven, annen lovgivning og forskrifter

27.1 Forslag til ny bestemmelse § 110 d i Grunnloven

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

(eller)

Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering fra Statens Myndigheder paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person.

Emberland, Graver, Næss og Stabell foreslår at grunnlovsbestemmelsen får følgende ordlyd:

Det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.

(eller)

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen Mennesker udsættes for Diskriminering. Nærmere Bestemmelser fastsættes ved Lov.

27.2 Endringer i annen lovgivning

Lov 30. mai 1975 nr. 18 (sjømannsloven)

§ 33 skal lyde:

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, *deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse* er forbudt.

Trakassering og instruks om å diskriminere personer av *grunner som nevnt i første ledd* anses som diskriminering.

Ved diskriminering på grunn av *kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige forhold ved en person* gjelder diskrimineringsloven.

§ 33A andre ledd skal lyde:

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for rederiets valg og behandling av innleide sjømenn.

§ 33B skal lyde:

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet *mot indirekte diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller diskriminering på grunn av deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse*.

§ 33C skal lyde

Rederiet må ikke i utlysning etter nye sjømenn eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger *om* de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Rederiet må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

§ 33D oppheves

§ 33E oppheves

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Loven oppheves.

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)

Paragraf 48 nr. 5 andre og tredje punktum oppheves.

Lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner

Paragraf 3 a oppheves.

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap (regnskapsloven)

Paragraf 3-3 femte ledd oppheves.

Paragraf 3-3 a tiende ledd oppheves

Lov 29. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Paragraf 1-8 oppheves.

Lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag

Paragraf 1-4 oppheves.

Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag

Paragraf 1-5 oppheves.

Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Loven oppheves.

Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Loven oppheves.

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø-, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

§ 13-1 første ledd skal lyde:

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, *deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse* er forbudt.

§ 13-1 andre ledd skal lyde:

(2) Trakassering og instruks om å diskriminere personer av *grunner som* nevnt i første ledd anses som diskriminering.

§ 13-1 tredje ledd skal lyde:

Ved diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre liknende vesent-

lige forhold ved en person gjelder diskrimineringsloven.

§ 13-1 fjerde, femte og sjette ledd oppheves.

§ 13-2 andre ledd skal lyde:

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling *av* innleide arbeidstakere.

§ 13-3 andre ledd skal lyde:

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller diskriminering på grunn av deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse.

§ 13-3 tredje og fjerde ledd oppheves

§ 13-4 første ledd første punktum skal lyde:

Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi *opplysninger* om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner.

§ 13-4 andre ledd første punktum skal lyde:

Forbudet i første ledd gjelder ikke dersom innhenting av *opplysninger* om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjon er begrunnet i stillings karakter.

§ 13-6 oppheves

Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Loven oppheves.

27.3 Forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt

Forslag til forskriftbestemmelse om arbeidsgivers aktivitetsplikt, med hjemmel i diskrimineringsloven § 26 tredje ledd:

Plikt til å arbeide for likestilling

Arbeidsgiver skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adop-

sjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Aktivitetsplikten omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering.

I virksomheter som sysselsetter 50 ansatte eller mer innebærer aktivitetsplikten etter første ledd at arbeidsgiver skal

- a) fastsette mål for likestillingsarbeidet,
- b) foreta en gjennomgang av organisasjonens praksis og kultur for å identifisere barrierer for likestilling
- c) ha oversikt over hvordan ansvar, oppgaver og myndighet for arbeidet med likestilling er fordelt,
- d) kvalitetssikre virksomhetens aktiviteter, prosesser og rutiner i forhold til forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, og utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen,
- e) sørge for systematisk arbeid med forebygging og oppfølging av påstander om diskriminering og trakassering,
- f) sørge for systematisk overvåking og gjennomgang av likestillingsarbeidet for å sikre at det fungerer som forutsatt,
- g) utarbeide dokumentasjon om den faktiske tilstanden når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten, og
- h) utarbeide dokumentasjon om tiltak som er iverksatt og som planlegges iverksatt for å fremme likestilling etter bokstav a) til f).

27.4 Forskrift om offentlige anskaffelser

Utvalget foreslår endringer i følgende bestemmelser i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser:

§ 3-4 Egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven

Første ledd skal lyde:

For arbeid som skal utføres i Norge, skal oppdragsgiver for anskaffelser som overstiger 100.000 kroner ekskl. mva., kreve at den valgte leverandøren fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren vil overholde lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS) og oppfyllelse av plikten til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven.

§ 8-8 Egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven

Første ledd skal lyde:

For arbeid som skal utføres i Norge skal oppdragsgiver kreve at samtlige leverandører fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren oppfyller, eller ved eventuell tildeling av kontrakt, vil overholde, lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS) og oppfyllelse av plikten til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven.

§ 11-1 Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter

Første ledd skal lyde:

Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 8-4 (kvalifikasjonskrav) til § 8-8 (egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens plikt til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).

§ 11-10 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Første ledd bokstav c skal lyde:

har unnlatt å levere egenerklæring i samsvar med § 8-8 (egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens plikt til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven), med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter),

§ 12-3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter

Første ledd skal lyde:

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens plikt til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon av at krav til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene. Tilleggsfristen skal gjelde tilsvarende overfor alle deltakerne i konkurransen, og oppdragsgiver skal ikke vurdere de innkomne tilbudene før tilleggsfristen er utløpt.

§ 14-3 Konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring

Første ledd bokstav a skal lyde:

når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15

(egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens plikt til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud), § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkår,

§ 14-4 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

Første ledd bokstav a skal lyde:

når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens plikt til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta,

§ 17-15 Egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven

Første ledd skal lyde:

For arbeid som skal utføres i Norge skal oppdragsgiver kreve at samtlige leverandører fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren oppfyller, eller vil oppfylle ved eventuell tildeling av kontrakt, lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS) og oppfyllelse av plikten til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven.

§ 20-1 Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter

Første ledd skal lyde:

Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (Egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2 (kriterier for valg av tilbud).

§ 20-12 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Først ledd bokstav c skal lyde:

har unnlatt å levere egenerklæring i samsvar med § 17-15 (Egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven), med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter),

§ 21-3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter
Første ledd skal lyde:

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert egenerklæring om HMS og arbeidsgiverens aktivitetsplikt i diskrimineringsloven, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene. Tilleggsfristen skal gjelde tilsvarende overfor alle deltakerne i konkurransen, og oppdragsgiver skal ikke vurdere de innkomne tilbud før tilleggsfristen er utløpt.

Vedlegg 2 får følgende ordlyd:

Vedlegg 2. Egenerklæring om helse, miljø og sikkerhet (HMS) og likestillingsarbeid

Denne bekreftelsen gjelder:

Virksomhetens navn	Organisasjonsnr/ Fødselsnr
Adresse	Land*
Postnummer	Poststed

* For utenlandske oppdragstakere gjelder følgende: Jeg bekrefter med dette at det ved utarbeidelse av tilbudet er tatt hensyn til helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen som følger av forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften), fastsatt ved kgl. res. 6. desember 1996 i medhold av lov 17. juni 2005 nr. 62 om og arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. samt likestillingsarbeidet. Jeg aksepterer at oppdragsgiver etter anmodning vil bli gitt rett til å gjennomgå og verifisere virksomhetens system for ivaretagelse av helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og arbeidsgivers aktivitetsplikt etter lov xx.xxx nr. xx om forbud mot diskriminering, § 26 med tilhørende forskrifter.

Jeg bekrefter med dette at denne virksomheten arbeider systematisk for å oppfylle kravene i helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen og ved det tilfredsstiller kravene i forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheten (internkontrollforskriften).¹

¹ Fastsatt ved kgl.res. 6. desember 1996 nr. 1127 i medhold av lov 17. juni 2005 nr. 62 om og arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

Jeg bekrefter at virksomheten oppfyller kravene om arbeidsgivers plikt etter diskrimineringsloven til å arbeide aktivt for likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder.²

Jeg bekrefter at virksomheten er lovlig organisert i henhold til gjeldende skatte- og arbeidsmiljøregelverk når det gjelder ansattes faglige og sosiale rettigheter. Jeg aksepterer at oppdragsgiver etter anmodning vil bli gitt rett til å gjennomgå og verifisere virksomhetens system for ivaretagelse av helse, miljø og sikkerhet og likestillingsarbeid.

Dato

Daglig leder

Jeg bekrefter med dette at det er iverksatt systematiske tiltak for å oppfylle ovennevnte krav i helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen og i diskrimineringsloven.

Dato

Representant
for de ansatte

Ingen ansatte

² Lov XX.XX.XXXX nr. X om forbud mot diskriminering § 26 med tilhørende forskrifter.

Kapittel 28

Merknader til de enkelte bestemmelser i forslaget

Merknadene knytter seg til flertallets forslag.

28.1 Merknader til lov om forbud mot diskriminering

Kapittel 1 Forbud mot diskriminering

Til § 1 Formål

Dette er lovens formålsbestemmelse. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 1, lov mot etnisk diskriminering § 1 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett. I bestemmelsen må det innfortolkes et delformål om særlig å styrke stillingen til kvinner, personer med funksjonsnedsettelse, etniske og religiøse minoriteter, eldre og homofile. Å fremme kvinners stilling og å bygge ned funksjonshemmende barrierer vil dermed være elementer av lovens formål, på samme måte som likestillingsloven § 1 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1 andre ledd.

Lovens hovedformål er likestilling. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging. Se nærmere om disse begrepene i punkt 9.1. Formålet knyttes til diskrimineringsgrunnlagene som omfattes av lovens diskrimineringsforbud etter § 4.

Til § 2 Lovens saklige virkeområde

Bestemmelsen angir lovens saklige virkeområde. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 2 første, andre og tredje ledd, lov mot etnisk diskriminering § 3 første ledd første punktum og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2 første ledd.

Første ledd angir at loven gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og andre rent personlige forhold. Dette viderefører gjeldende regler etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og lov mot etnisk diskriminering. Likestillingsloven § 2 omfatter familieliv og personlige forhold, men loven er unntatt ombudet og nemndas håndheving på dette området.

Loven gjelder eksempelvis i arbeidslivet, boligsektoren, skole og utdanningssektoren og tilbud av varer og tjenester. Dette betyr at diskrimineringsforbudet med hensyn til seksuell orientering, politisk syn og alder utvides til å gjelde alle samfunnsområder. Diskrimineringsgrunnlaget alder står likevel i en særstilling, jf. § 4 første ledd tredje punktum.

Unntaket skal fortolkes på samme måte som unntakene i lov mot etnisk diskriminering og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (se Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.1 side 75 og Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.1 side 82).

Begrepet *rent* personlige forhold markerer at det er tale om et snevert unntak. Med familieliv menes de valg og handlinger som er en naturlig del av familielivet. Det dreier seg om aktiviteter innenfor en smalt avgrenset personkrets, hvor alle involverte er i slektskap med hverandre, eller er ektefeller/samboere. Forutsetningen er at det dreier seg om nære familiemedlemmer, så som innad i kjernefamilien, besteforeldre, onkler, tanter og søskenbarn. Andre rent personlige forhold omfatter handlinger som skjer i private eller personlige relasjoner. Forhold som knytter seg til personlige bekjentskaper, omgangskrets, sosialt samvær eller venner vil normalt være forhold av personlig karakter.

Om forholdet er rent personlig og dermed faller inn under unntaket fra virkeområde avhenger ikke bare av personkretsen, men også av hva slags aktivitet det er tale om. Hvis det gjelder utleie av hybel i egen leilighet der utleieren deler inngang og bad mv. med leietakeren, må dette regnes som et personlig forhold og således være unntatt loven. Dette er i samsvar med diskrimineringsforbudet i husleieloven (Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 37). Ansettelsesforhold regnes ikke som private forhold, selv om det er tale om ansettelse av nære familiemedlemmer.

Klubber, foreninger eller liknende som ikke retter seg mot allmennheten, som for eksempel syklubber, vil falle inn under unntaket. Større organisasjoner, som for eksempel idrettsforenin-

ger, speidertropper osv. faller derimot ikke inn under unntaket, og omfattes dermed av loven. Medlemskap i organisasjoner som har betydning for yrkesmuligheter og faglig utvikling, eller hvis foreningens formål i det vesentlige er å bidra til løsningen av alminnelige samfunnsproblemer, har heller ikke privat karakter og omfattes ikke av unntaket. Dette er en videreføring av det som gjelder etter likestillingsloven § 8 om foreninger. Denne bestemmelsen er ikke tatt inn i loven, men må innfortolkes i § 2, jf. § 5.

Andre ledd gir hjemmel til å gi forskrifter om at kvinners tjeneste i Forsvaret helt eller delvis skal unntas fra lovens virkeområde. Denne forskriftshjemmelen erstatter likestillingsloven § 2 tredje ledd. Formålet er å videreføre kgl. res. av 9. mars 1979 om at militær tjeneste unntas fra lovens virkeområde innenfor rammene av Stortingets vedtak om kvinners tjeneste i Forsvaret. Det forutsettes at forskriftshjemmelen oppheves dersom særreglene for kvinner i Forsvaret oppheves.

Til § 3 Lovens stedlige virkeområde

Bestemmelsen angir lovens stedlige virkeområde. Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 20, arbeidsmiljøloven § 1-2 og § 1-3, lov mot etnisk diskriminering § 3 andre ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2 andre ledd og sjømannsloven kapittel II A.

Det følger av *første ledd første punktum* at loven gjelder «i riket». Etter *andre punktum* gjelder loven også på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner og fartøy på den norske kontinentalsokkel og på norske skip og luftfartøyer.

Det følger av *andre ledd* at lovens bestemmelser om aktivitetsplikt når det gjelder funksjonsnedsettelse samt reglene om individuell tilrettelegging og universell utforming likevel ikke gjelder på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner og fartøy på den norske kontinentalsokkel, på norske skip i utenriksfart og norske luftfartøyer i internasjonal trafikk. Lovens øvrige bestemmelser, herunder diskrimineringsforbudet, forbudet mot trakassering, medvirkning og instruks om å diskriminere, gjelder imidlertid på disse områdene.

Unntaket viderefører gjeldende regler. Svalbard er ikke ment å være noe livsløpssamfunn. Derfor er det gjort unntak for reglene om aktivitetsplikt, individuell tilrettelegging og universell utforming.

Når det gjelder skip og luftfartøy er det presisert i lovteksten at unntakene kun gjelder norske skip og luftfartøyer i utenriksfart/internasjonal

trafikk. Bestemmelsen innebærer at reglene om aktivitetsplikt, universell utforming og individuell tilrettelegging gjelder for norske skip og ferjer i innenlands trafikk. Dette er ikke ment å innebære en endring av gjeldende regler. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2 andre ledd andre punktum inneholder etter sin ordlyd et generelt unntak fra bestemmelsene om aktivitetsplikt og tilrettelegging for norske skip og luftfartøyer. Det vises imidlertid til Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.4 side 84 om behovet for særlige regler når det gjelder lovens anvendelse på blant annet norske skip i utenriksfart og norske luftfartøyer i internasjonal trafikk. Også lovutvalget som utredet forslag til ny lov mot diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse, som ligger til grunn for departementets arbeid frem mot diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, foreslo særregler for norske skip og luftfartøyer i utenriksfart (NOU 2008: 5 punkt 10.3.2 side 159).

For å videreføre plikten til individuell tilrettelegging for sjømenn med funksjonsnedsettelse i sjømannsloven § 33 D er det i *andre ledd andre punktum* presisert at retten til individuell tilrettelegging i § 27 likevel gjelder sjømenn med funksjonsnedsettelse.

Det kan være behov for å foreta nærmere vurderinger av om plikten til aktive tiltak og lovens tilgjengelighetsbestemmelser også bør gjelde på de områder som er unntatt. Det er derfor gitt en hjemmel til å vedta forskrifter om dette etter *tredje ledd*.

Etter *fjerde ledd* er det hjemmel til å gi forskrift om lovens anvendelse for utsendte arbeidstakere. Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 2 fjerde ledd, arbeidsmiljøloven § 1-7 fjerde ledd, lov mot etnisk diskriminering § 3 tredje ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 2 tredje ledd. Slike regler er gitt i forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Til § 4 Forbud mot diskriminering

Bestemmelsen angir lovens diskrimineringsforbud. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 3, lov mot etnisk diskriminering § 4, arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 og diskrimineringsforbudet i boliglovene. Reglene om diskriminering i boliglovene oppheves. Dette innebærer ingen endringer i gjeldende regler om adgangen til forskjellsbehandling i boligforhold. Det vises til Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) kapittel 5 side 34-38.

Første ledd slår fast lovens hovedregel om at diskriminering er forbudt. Diskrimineringsforbu-

det gjelder i utgangspunktet for samtlige av lovens diskrimineringsgrunnlag og kommer til anvendelse på alle samfunnsområder unntatt familieliv og rent personlige forhold (jf. § 2).

Diskrimineringsvernet utvides både ved at diskrimineringsgrunnlag som i dag er vernet kun på arbeidslivets område får et generelt vern som omfatter alle samfunnsområder, og ved at enkelte forhold som i dag ikke er vernet eller kan være tvilsomt om er vernet etter gjeldende rett kan påberopes under sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Det er redegjort nærmere for hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag i kapittel 12.

Første ledd første punktum lister opp lovens diskrimineringsgrunnlag: kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Det samme gjelder «andre liknende vesentlige forhold ved en person», jf. *andre punktum*. De vernede diskrimineringsgrunnlagene er dermed ikke utømmende opplistet i loven.

Lovens oppregning av diskrimineringsgrunnlag omfatter alle grunnlag som er vernet etter gjeldende diskrimineringslovgivning.

Begrepet nedsatt funksjonsevne som er benyttet i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er erstattet med begrepet funksjonsnedsettelse. Dette innebærer ingen materielle endringer.

Bestemmelsen slår fast at graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon er diskrimineringsgrunnlag etter loven. De rettighetene det siktes til er kvinners og menns permisjoner etter arbeidsmiljøloven §§ 12-1 til § 12-5, det vil si fri til svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon, omsorgspermisjon, fødselspermisjon, foreldrepermisjon og ammeferie. Dette grunnlaget skal videreføre gjeldende regler etter likestillingsloven § 3 med de endringer som er foreslått i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).

I samsvar med praksis knyttet til forbudet mot kjønnsdiskriminering, skal også transseksualisme innfortolkes i diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Andre transpersoner vil ha et vern under sekke kategorien.

Diskriminering på grunn av nasjonal eller etnisk opprinnelse, avstamning, hudfarge eller språk skal innfortolkes i grunnlaget etnisitet. Det samme gjelder forskjellsbehandling basert på oppfatninger om at en person tilhører en bestemt «rase».

Sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person» er en snever kategori som

skal fungere som en sikkerhetsventil. Loven oppstiller to vilkår for når sekke kategorien kan påberopes, et likhetskrav og et vesentlighetskrav. Den nærmere avgrensningen vil avhenge av en konkret vurdering av situasjonen i den enkelte sak.

Likhetskravet innebærer at det ikke vil være nok at det kan påvises at en person blir behandlet forskjellig fra andre som er i en sammenliknbar situasjon. Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen, eller konsekvensene av den, må i tillegg knytte seg til et grunnlag som har sammenheng eller likheter med et eller flere av de grunnlag som er opplistet i loven. Dette sikter til de tilfeller der det kan være støtende eller vanskelig å begrunne hvorfor ikke de aktuelle gruppene også bør ha et vern. For eksempel har det å ha fravær fra arbeidet på grunn av omsorg for større barn, likhet med det å ha fødsels- og foreldrepermisjon i barnets første leveår. Et annet eksempel er forskjellsbehandling på grunn av fordommer mot overvektige, rusavhengige eller hiv-positive som har likheter med forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse. Tilsvarende har forskjellsbehandling av transpersoner på grunn av deres kjønnsuttrykk og homofile på grunn av deres seksuelle orientering også likhetstrekk, blant annet fordi forskjellsbehandling på slike grunnlag berører grunnleggende forhold ved den enkeltes identitet. Disse gruppene møter mange av de samme fordommene og den samme fordømmelsen av andre i samfunnet.

Vesentlighetskravet innebærer at det skal være tale om forhold ved en person som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder. Relevante momenter i vurderingen vil være om personen mangler kontroll over forholdet, om det er tale om personlige forhold, om grunnlaget kan knyttes til en gruppe som er i en utsatt eller dårlig stilling i samfunnet eller om forholdet er varig eller uforanderlig. For eksempel vil en persons kjønnsidentitet være et forhold av stor betydning for den enkelte. Eksempler på forhold som ikke er vesentlige er hårfarge, musikksmak og fritidsinteresser. Det å være straffedømt kan være vesentlig fordi det ikke går an å endre fortiden selv om en har sonet og sluttet med kriminelle handlinger, hvis dommen tillegges vekt og blir et hinder for å starte et nytt liv med arbeid og bolig.

Aktuelle grunnlag som etter omstendighetene vil kunne påberopes under sekke kategorien, kan for eksempel være helse (inkludert hiv-positive), overvekt, utseende, omsorgsoppgaver, straffedom eller rusavhengighet. Det vises til punktene 12.11 til 12.15 og punkt 13.4.7. Videre vil forskjellsbehandling på grunn av alder på andre samfunnsom-

råder enn arbeidslivet kunne påberopes under sekke kategorien, se kommentarene til § 4 første ledd tredje punktum. Det presiseres at heller ikke denne listen er uttømmende.

Det følger av § 4 *første ledd tredje punktum* at forbudet mot diskriminering på grunn av alder etter første punktum er avgrenset til arbeidsforhold. Det siktes her til arbeidsforhold i vid forstand, det vil si ikke bare ansettelsesforhold. Også valg og behandling av innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende omfattes.

Dette utelukker ikke at diskrimineringsforbudet i særlige urimelige eller usaklige tilfeller vil kunne påberopes under sekke kategorien ved forskjellsbehandling på grunn av alder også utenfor arbeidslivet. Et eksempel er kredittinstitusjoners vurdering av konkrete lånesøknader der det ikke gis lån til en person utelukkende på grunn av dennes alder. Et annet eksempel er forsikringsytelser der det legges vekt på alder uten at dette står i et rimelig forhold til den risikoen som tas og den tjenesten som ytes. Også konkrete prioriteringer i helseinstitusjoner der en person ikke får en helse-tjeneste utelukkende ut fra sin alder, vil etter omstendighetene kunne være i strid med diskrimineringsforbudet. Dette vil avhenge av adgangen til saklig forskjellsbehandling etter § 5. Se nærmere om forbudet mot aldersdiskriminering i punkt 13.6.3 og punkt 16.6.

Det følger av § 4 *andre ledd* at diskrimineringsforbudet i første ledd gjelder usaklig direkte og indirekte forskjellsbehandling. Uttrykket «usaklig» sikter til at saklig forskjellsbehandling ikke regnes som diskriminering i strid med loven, jf. § 5.

Definisjonen av direkte forskjellsbehandling tilsvarer definisjonene i lov mot etnisk diskriminering § 4 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Selv om ordlyden ikke er den samme, er også vernet mot direkte kjønnsdiskriminering etter likestillingsloven § 3 andre ledd videreført i denne bestemmelsen. Det er ikke nødvendig at den som mener seg diskriminert kan vise til at en annen faktisk person har blitt behandlet bedre. En gravid kvinne som forbigås til en stilling trenger ikke å vise til at en mann fikk stillingen i stedet. Det er nok å vise til at hun er blitt dårligere behandlet enn hun ville blitt hvis hun ikke hadde vært gravid. Adgangen til å legge til grunn en slik «hypotetisk sammenlikningsperson», er i dag lovfestet i likestillingsloven § 3 med hensyn til graviditetsdiskriminering, men må antas å gjelde også for andre diskrimineringsgrunnlag.

Definisjonen av indirekte forskjellsbehandling tilsvarer definisjonene i lov mot etnisk diskrimine-

ring § 4 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Likestillingsloven § 3 tredje ledd har en noe annen formulering, men innholdet er det samme.

Det følger av *tredje ledd* at forbudet ikke bare gjelder diskriminering på grunn av eksisterende egenskaper, men også på grunn av egenskaper man tror at en person har, har hatt eller vil kunne komme til å få. Bestemmelsen er en videreføring av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 femte ledd. Et eksempel er forskjellsbehandling på grunn av antakelser eller risiko om at en person vil utvikle en sykdom og få funksjonsnedsettelse. Det skal ikke ha noen betydning om slike antakelser viser seg å være feilaktige. Dette gjelder for eksempel forskjellsbehandling av en person fordi han feilaktig antas å være homofil. Et annet eksempel er hvis en regner med at en gravid arbeidstaker kommer til å ha foreldrepermisjon i ett år, selv om det viser seg at hun bare har tenkt å ta permisjon i en kortere periode fordi hun skal dele permisjonen med barnets far.

Etter *fjerde ledd* omfattes også forskjellsbehandling på grunn av *andres* funksjonsnedsettelse, seksuelle orientering, etnisitet osv. av lovens diskrimineringsforbud (tilknytningsdiskriminering). Bestemmelsen er en videreføring av lov mot etnisk diskriminering § 4 første ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 femte ledd. Forbudet omfatter alle lovens diskrimineringsgrunnlag, inkludert forhold som omfattes av sekke kategorien, jf. § 4 første ledd første og andre punktum. Det skal med andre ord ikke ha betydning om forskjellsbehandlingen er begrunnet i forhold ved den som er diskriminert eller ved andre personer. Det avgjørende er om forskjellsbehandlingen er knyttet til et eller flere av de forhold som loven omfatter.

Diskrimineringsvernet etter denne bestemmelsen forutsetter at det er en tilknytning eller relasjon mellom den som diskrimineres og den som har de aktuelle egenskapene. Hvor nært den som diskrimineres faktisk står den som har disse egenskapene, skal ikke være avgjørende. Det kan være tale om slektskap, vennskap, ekteskap, at man er i følge osv. Vilåret er at det må være en sammenheng mellom tredjepersonens egenskaper og begrunnelsen for diskrimineringen.

Til § 5 Unntak for saklig forskjellsbehandling

Første ledd første punktum lovfester et generelt unntak fra diskrimineringsforbudet for saklig forskjellsbehandling. Unntaksadgangen vil avhenge

av en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Det er tre vilkår som må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være saklig og dermed lovlig. Forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål, den må være nødvendig for å realisere formålet, og den må ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. I den konkrete vurderingen av om forskjellsbehandlingen skal anses saklig og lovlig vil det komme i betraktning blant annet om det er tale om direkte eller indirekte diskriminering og hvilke samfunnsområder eller rettigheter saksforholdet gjelder. For en nærmere redegjørelse vises til punkt 16.4. Aldersdiskriminering er nærmere omtalt i punkt 13.6.3 og 16.6.4.

Bestemmelsen er en forenkling og sammenlåing av gjeldende unntaksregler. Bestemmelsen viderefører gjeldende unntak for direkte diskriminering i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd om alder, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd og lov mot etnisk diskriminering § 4 fjerde ledd. Det samme gjelder den ulovfestede saklighetsregelen på likestillingslovens område. Bestemmelsen viderefører også gjeldende unntak for indirekte forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3 fjerde ledd, arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd første punktum og lov mot etnisk diskriminering § 4 fjerde ledd. Bestemmelsen erstatter også de særlige unntakene for tros- og livssynssamfunn i likestillingsloven § 2 første ledd, arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd og lov mot etnisk diskriminering § 3 første ledd andre punktum på de områder der disse gjelder. Dette er i samsvar med forslaget i Ot.prp. nr 79 (2008-2009) om å oppheve arbeidsmiljølovens særregel om trossamfunn.

Bestemmelsen må fortolkes i lys av definisjonen av indirekte diskriminering i likebehandlingsdirektivet artikkel 2 bokstav b, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav b og rammedirektivet artikkel 2 bokstav b. Forarbeidene og praksis til disse reglene vil være veiledende utgangspunkter, men må nå fortolkes i lys av at den nye loven har en felles standard for unntaksadgangen. Presiseringer av saklighetskravet som følger av unntaksbestemmelser i gjeldende diskrimineringslovgivning, forarbeider og praksis vil dermed fremdeles ha relevans. Relevante forarbeider er Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.6.3 side 38, Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8 side 101 flg., Ot. prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.4.5 side 40 flg. og Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 9.7.5 side 106 flg. Når det gjel-

der forskjellsbehandling av kvinner og homofile i tros- og livssynssamfunn vises det til NOU 2008: 1 og Ot.prp. nr. 79 (2008-2009).

Unntaksbestemmelsen gjelder alle lovens diskrimineringsgrunnlag og alle samfunnsområder. Se imidlertid § 5 andre ledd om særlig unntak for aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale. Videre gjelder unntaket både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Resultatet av den konkrete saklighetsvurderingen vil imidlertid med hensyn til enkelte grunnlag som nevnt kunne variere etter som det er tale om direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

Det følger av § 5 første ledd andre punktum at unntaksadgangen fra diskrimineringsforbudet er snevrere i arbeidsforhold enn på andre samfunnsområder. Det følger av denne bestemmelsen at det er et *tilleggsvilkår* at et bestemt kjønn, seksuell orientering, hudfarge eller liknende må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke for at forskjellsbehandling kan anses som saklig. Unntaket skal fortolkes svært restriktivt for ikke å føre til en uthuling av diskrimineringsforbudet.

Bestemmelsen er en videreføring av unntak for direkte forskjellsbehandling der en bestemt egen-skap er nødvendig for arbeidets utførelse eller eventuelt en bestemt rolle, oppgave eller liknende. Denne regelen er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 13-3 første ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd andre punktum. På likestillingslovens område gjelder en slik regel etter ulovfestet rett. Bestemmelsen omfatter også særreglene for tros- og livssynssamfunn i likestillingsloven § 2 første ledd og arbeidsmiljøloven § 13-3 tredje ledd, jf. imidlertid forslag til endringer i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009). Det vises også til forarbeidene til lov om etnisk diskriminering som sier at den generelle unntaksregelen for saklig forskjellsbehandling, innenfor arbeidslivet skal fortolkes i samsvar med den strenge unntaksregelen i EUs rasediskrimineringsdirektiv. Når det gjelder etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning og hudfarge kan det vanskelig tenkes et saklig formål for direkte forskjellsbehandling ut fra disse grunnlagene. Direkte forskjellsbehandling på disse grunnlagene er kun saklig om den ligger innenfor unntaket for regulære og avgjørende yrkesmessig krav etter EUs rasediskrimineringsdirektiv (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8.2 side 102).

Unntaket skal fortolkes i lys av EUs likebehandlingsdirektiv artikkel 14 nr. 2, rasediskrimineringsdirektiv artikkel 4 og rammedirektiv artikkel 4 nr. 1.

Unntaksadgangen er ment å fange opp de tilfeller der det faktisk er avgjørende at en arbeidstaker har bestemte egenskaper, det vil si forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd, for å kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til. Med regelen siktes det for eksempel til modeller og skuespillere som må ha et bestemt utseende eller kjønn. Et annet eksempel er garderobevakter i svømmehaller, der det ut fra hensynet til bluferdighet vil være adgang til å stille krav om et bestemt kjønn. Det samme gjelder sikkerhetsvakter, fengselsansatte og andre som må foreta kroppsvisiteringer. I barnevernsinstitusjoner kan en mann foretrekkes fordi barn og unge har behov for mannlige rollemodeller. Overfor personer med funksjonsnedsettelse innebærer vilkåret at funksjonskravene må være avgjørende for å utføre arbeidsoppgavene som ligger til stillingen, for eksempel at en pilot må ha godt syn eller at en sykepleier som har vakter på en sengepost må kunne gå, se og høre. Et annet eksempel er hvis det stilles krav om at en arbeidstaker har gode ferdigheter i norsk. Det er da ikke nok at det er en fordel at arbeidstakeren skriver og snakker godt norsk; det må være en forutsetning for å kunne utføre de arbeidsoppgavene som ligger til stillingen.

Regelen gjelder i arbeidsforhold. Med dette menes arbeidsforhold i vid forstand, det vil si ikke bare ansettelsesforhold. Også valg og behandling av innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende omfattes.

Tilleggsvilkåret gjelder ikke ved forskjellsbehandling på grunn av alder, jf. § 5 andre ledd andre punktum. I disse tilfellene vil den lempeligere unntaksadgangen etter § 5 første ledd første punktum eller andre ledd første punktum kunne påberopes. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.

Det følger av § 5 *andre ledd første punktum* at regler om generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, som er begrunnet i saklige formål, ikke er i strid med diskrimineringsforbudet. I disse tilfellene gjelder ikke vilkårene for unntak i første ledd.

Kun aldersgrenser som mangler et saklig formål vil kunne settes til side av håndhevingsorganene eller domstolene. Saklige formål vil være for eksempel sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn, helse, sikkerhet eller rekrutterings- og utdanningshensyn.

Unntaket vil omfatte regler om avgangsalder i arbeidslivet som følger av lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale. For eksempel vil aldersgrenser etter lov om aldersgrenser for offentlige

tjenestemenn og «70-årsregelen» i arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd, falle innenfor denne unntaksbestemmelsen. Dette særlige unntaket vil derimot ikke omfatte virksomhetsfastsatt avgangsalder som må vurderes etter den generelle regelen om saklig forskjellsbehandling i § 5 første ledd første punktum.

Det er et krav at tariffavtalen skal være landsomfattende (landsdekkende). Med landsomfattende tariffavtale menes at avtalen må være inngått med en arbeidstakerorganisasjon som organiserer arbeidstakere innen en yrkesgruppe eller sektor, uavhengig av hvilken bedrift de arbeider i eller hvor i landet de bor. Det er ikke noe krav om at foreningen har grupper over hele landet. Tariffavtaler inngått med såkalte husforeninger eller lokale organisasjoner omfattes ikke av bestemmelsen. Eventuelle bestemmelser om aldersgrenser tatt inn i slike avtaler må vurderes etter den generelle bestemmelsen om saklig forskjellsbehandling etter § 5 første ledd første punktum.

Se nærmere om rekkevidden av unntaket for aldersgrenser i punkt 16.6.

Bestemmelsen vil først og fremst ha betydning i arbeidsforhold. Dette følger av § 4 første ledd tredje punktum, der det generelle forbudet mot diskriminering på grunn av alder er avgrenset til arbeidslivets område. For tilfeller hvor aldersdiskriminering påberopes på andre områder enn arbeidslivet, gjelder imidlertid unntaket tilsvarende, slik at det er adgang til å fastsette aldersgrenser i lov eller forskrift om myndighetsalder, stemmerett, adgang til å ta førerkort, kjøp av alkohol, inndeling av skoleklasser basert på alder, samt regler om aldersgrenser knyttet til pensjon.

Til § 6 Brudd på plikten til universell utforming eller individuell tilrettelegging

Det følger av *første ledd* at brudd på plikten til universell utforming eller individuell tilrettelegging regnes som diskriminering etter diskrimineringsloven. Bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 fjerde ledd.

Andre ledd erstatter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 siste ledd. Det er tatt inn en presisering om at avgrensingsregelen kun skal gjelde for de rettssubjekter og på de områder der tilretteleggingsplikten i dag er særlig regulert. Regelen innebærer at krav om universell utforming av fysiske forhold i virksomheter rettet mot allmennheten og individuell tilrettelegging av fysiske forhold for personer med funksjonsned-

settelse innen arbeidsliv, skole- og utdanning, barnehage og visse andre kommunale tilbud, ikke vil følge av forbudet mot diskriminering. Det vises til punkt 18.5.2.2.

Til § 7 Forbud mot trakassering

Loven forbyr trakassering på grunn av lovens vernede diskrimineringsgrunnlag, samt seksuell trakassering. Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 8 a, lov mot etnisk diskriminering § 5, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 og arbeidsmiljøloven § 13-1 andre ledd. Forbudet mot trakassering utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Begrepet trakassering er sammensatt, og det kan være uklart hvor mye som skal til før et forhold kan betegnes som trakassering i lovens forstand. Med begrepet trakassering siktes det som regel til gjentakende, vedvarende eller grove handlinger eller ytringer som virker krenkende, skremmende, fiendtlige eller nedverdiggende. Det kan også være kulturelt bestemt hva som oppfattes som trakassering. Trakassering kan dessuten ha en sammenheng med maktforhold og maktstrukturer. Hva som skal betegnes som trakassering avhenger av konteksten og kan variere fra grunnlag til grunnlag. Av forarbeidene til likestillingsloven fremgår det for eksempel at et enkeltstående tilfelle av uønsket atferd kan representere ulovlig trakassering på grunn av kjønn (Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 7.6.2.2 side 38). I forarbeidene til lov mot etnisk diskriminering skilles det mellom trakassering i og utenfor arbeidsforhold. Det uttales at det utenfor arbeidsforhold må være tale om gjentatt eller vedvarende trakassering, mens derimot enkeltstående tilfeller rammes av trakasseringsforbudet i arbeidslivet (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 side 208).

Til § 8 Forbud mot instruks

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 sjettede ledd, lov mot etnisk diskriminering § 6, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 7 og arbeidsmiljøloven § 13-1 andre ledd. Forbudet mot instruks om diskriminering utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Til § 9 Forbud mot medvirkning

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 syvende ledd, lov mot etnisk diskriminering § 4 femte ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 sjettede ledd. Forbudet mot medvirkning til diskriminering utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 femte ledd, lov mot etnisk diskriminering § 9, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8 og arbeidsmiljøloven § 2-4. Forbudet mot gjengjeldelse mot en som har tatt opp en sak om diskriminering, utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Til § 10 Forbud mot gjengjeldelse

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 femte ledd, lov mot etnisk diskriminering § 9, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 8 og arbeidsmiljøloven § 2-4. Forbudet mot gjengjeldelse mot en som har tatt opp en sak om diskriminering, utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Til § 11 Ufravikelighet

Det følger av denne bestemmelsen at loven ikke kan fravikes ved avtale. Dette er en videreføring av gjeldende regler. Dette er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 1-9, men må også legges til grunn når det gjelder øvrige diskrimineringslover.

Det vil følge av regelen om ufravikelighet at bestemmelser i individuelle og kollektive avtaler som er i strid med loven er ugyldige. Ugyldighetsvirkningen er i dag lovfestet i arbeidsmiljøloven § 13-9 tredje ledd. Denne bestemmelsen videreføres ikke. Dette medfører ingen endringer i gjeldende rett. Virkningene av ugyldighet vil fremdeles følge av alminnelige avtalerettslige prinsipper og av rettspraksis knyttet til diskrimineringslovgivningen. Resultatet av ugyldighet kan være at avtalen (eller bestemmelser i den) settes til side så langt de er i strid med loven, eller eventuelt at avtalevilkårene endres. EF-domstolen har i flere dommer lagt til grunn at diskriminerte arbeidstakere har krav på å få samme lønn som sammenlikningsgruppen, som er det eneste referansepunktet inntil ny avtale er fremforhandlet (prinsippet om oppjustering/«leveling up», jf. Kowalska 33/89 og Nimz C-184/89.) Domstolen har i sakene Worringham 69/80 og Jenkins 96/80 uttalt at når en bestemmelse i en tariffavtale fører til indirekte diskriminering, så skal medlemmene i den gruppen som stilles dårligere på grunn av diskrimineringen, behandles på samme måte som øvrige ansatte.

Til § 12 Diskrimineringsforbud i menneskerettighetskonvensjoner

Første ledd viderefører lov mot etnisk diskriminering § 2.

Andre ledd er endret sammenliknet med likestillingsloven § 1 b. Det er tatt inn en henvisning til menneskerettsloven og konvensjoner inntatt i denne, det vil si Den europeiske menneskeretts-

konvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om barnets rettigheter. I Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) er det fremmet forslag om at også FNs kvinnekonvensjon skal inkorporeres i menneskerettsloven. Konvensjoner tatt inn i menneskerettsloven gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning (jf. menneskerettsloven § 2 og § 3).

Kapittel 2 Aktive tiltak for å fremme likestilling

Til § 13 Adgang til positiv særbehandling

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 a, lov mot etnisk diskriminering § 8, arbeidsmiljøloven § 13-6 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5. Vilkårene for positiv særbehandling, som i dag fremgår av forarbeidene til lovene og av praksis, er tatt inn i lovteksten. Adgangen til positiv særbehandling utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Til § 14 Offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling

Bestemmelsen utvider gjeldende aktivitetsplikt for offentlige myndigheter etter likestillingsloven § 1 a, lov mot etnisk diskriminering § 3 a og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3 til å omfatte alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Aktivitetsplikten innebærer en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål, jf. § 1. Aktivitetsplikten innebærer ikke bare en plikt til å gjennomføre konkrete likestillingstiltak, men også å se til at likestillingshensynet integreres i *all offentlig virksomhet*. Dette innebærer for eksempel å påse at forslag til nytt regelverk er i samsvar med diskrimineringsloven, iverksetting av forvaltningstiltak som har som konkret siktemål å fremme likestilling, samt plikt til å påse at øvrige forvaltningsvedtak som gjennomføres er i samsvar med likestillingspolitiske hensyn.

Offentlige myndigheter vil i tillegg ha aktivitetsplikt som arbeidsgivere, på samme måte som private virksomheter, jf. § 26.

Til § 15 Kjønnrepresentasjon i offentlige utvalg mv. Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 21.

Til § 16 Plikt til å forebygge trakassering

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 8 a tredje ledd, lov mot etnisk diskriminering § 5 tredje ledd, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 6 femte ledd og arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd. Plikten til å forebygge trakassering utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Til § 17 Læremidlers innhold

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 7.

Kapittel 3 Universell utforming og individuell tilrettelegging

Til § 18 Plikt til universell utforming

Bestemmelsen pålegger en plikt til universell utforming. Bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9. Bestemmelsen gjør ingen endringer i gjeldende regler, se nærmere i punkt 18.2.1. I bestemmelsen er det tatt inn en presisering av at bestemmelsen også omfatter IKT, i samsvar med forslaget i Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) kapittel 9 side 59. Om universell utforming av IKT, se kommentarene til § 19.

Det er også tatt inn en presisering av at bestemmelsen retter seg mot personer med funksjonsnedsettelse, jf. uttrykket «uavhengig av funksjonsnedsettelse». Selv om universell utforming kan være en fordel også for andre grupper, som for eksempel gravide eller generelt ut fra sikkerhetshensyn, så kan bestemmelsen bare påberopes i forhold til funksjonsnedsettelse.

Det følger av *fjerde ledd* at det ikke er plikt til universell utforming etter diskrimineringsloven hvis virksomheten har oppfylt krav om universell utforming på det aktuelle området etter andre regler.

Til § 19 Særlig om universell utforming av IKT

Denne bestemmelsen om IKT viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11. Bestemmelsen gir hjemmel for å vedta særregler som utfyller og presiserer det nærmere innholdet av plikten til universell utforming på dette området, jf. *tredje ledd*. Om universell utforming av IKT, se nærmere i punkt 18.5.3.

Bestemmelsen setter i *andre ledd* særlige frister for når disse kravene kan gjøres gjeldende. Det er ikke gjort endringer i disse fristene i forhold til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 11. Det er kun gjort tekniske endringer som følge av at bestemmelsen er innarbeidet i diskriminerings-

loven. Andre ledd andre punktum om frister for universell utforming av nye IKT-løsninger, må oppheves eller endres hvis diskrimineringsloven trer i kraft etter 1. juli 2011 eller før forskrifter om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten er vedtatt.

Fjerde ledd presiserer sammenhengen mellom den generelle plikten i § 18 og særregelen om IKT i § 19. Det følger en viss plikt til universell utforming av IKT-løsninger av den generelle regelen i § 18. Det betyr at den generelle regelen i § 18 i særlige tilfeller vil kunne påberopes på områder der det ikke er plikt til universell utforming etter egne forskrifter. Den generelle plikten etter § 18 er begrenset av en uforholdsmessighetsvurdering. Hvor langt plikten etter denne bestemmelsen i tilfelle rekker, må avklares i hvert enkelt tilfelle. Det vises til punkt 18.2.3 og punkt 18.5.3.

Til § 20 Rett til individuell tilrettelegging av kommunale tjenester

Denne bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 tredje og fjerde ledd. Det er ikke gjort noen endringer i gjeldende plikter og rettigheter. Det er imidlertid gjort enkelte lovtekniske endringer.

Reglene om individuell tilrettelegging er formulert som en rett og ikke som en plikt. Dette innebærer ingen innholdsmessige endringer i reglene.

Bestemmelsen gjelder tilrettelegging av de tjenester kommunen tilbyr befolkningen som ledd i ivaretagelsen av sine oppgaver som ansvarlig for innbyggernes velferd. Det spiller i denne forbindelse ingen rolle om tjenesten ytes gjennom en offentlig eller privat institusjon eller tjenesteyter. Retten er den samme enten tjenestemottakeren har plass på en offentlig eller privat barnehage eller sykehjem. Det får således ingen betydning for plikten til å tilrettelegge hvorledes kommunen velger å organisere forholdet mellom kommunens egne tilbud og private aktører innen helse- og velferdssektoren.

Det stilles krav om at tilretteleggingen er *egnet*. Dette innebærer ingen endringer i gjeldende regler. Kravet om egnethet skal erstatte kravet om rimelig tilrettelegging i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 tredje, fjerde og femte ledd, og skal forstås på samme måte. På samme måten som «rimelig» siktes det her til et krav om at konkrete tilretteleggingstiltak skal vurderes i forhold til den enkelte person med funksjonsnedsettelse. Ordlyden er ment å vise tydeli-

gere at det siktes til en vurdering av tilretteleggingstiltaket opp mot situasjonen, behovet og nytten for den som har tilretteleggingsbehov. Videre sier det noe om hva slags tilrettelegging som kan kreves, og hva som er tilstrekkelig for den ansvarlige til å oppfylle plikten. Se nærmere om kravet i punkt 18.2.4.1 og punkt 18.5.5.1.

Retten til individuell tilrettelegging gjelder så fremt tilretteleggingen ikke innebærer en uforholdsmessig byrde for virksomheten. Dette er en videreføring av gjeldende regler. Se nærmere om uforholdsmessighetsvurderingen i punkt 18.2.4.1.

Til § 21 Rett til individuell tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner

Bestemmelsen slår fast skole- og utdanningsinstitusjoners plikt til individuell tilrettelegging overfor elever og studenter med funksjonsnedsettelse. Bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 andre og femte ledd. Se for øvrig kommentarene til § 20.

Kapittel 4 Særlige regler om ansettelsesforhold

Til § 22 Forbud mot diskriminering i ansettelsesforhold

Lovens kapittel 4 inneholder en samlet regulering av de særlige regler som kommer til anvendelse for ansettelsesforhold. Også de øvrige bestemmelsene i loven, som bevisbyrde, håndheving, oppreisning og erstatning, gjelder for ansettelsesforhold.

Første ledd presiserer diskrimineringsforbudet etter lovens § 4 når det gjelder ansettelsesforhold. Bestemmelsen har ingen selvstendig betydning, men er tatt inn av informasjonshensyn.

Andre ledd som henviser til § 13 om adgang til positiv særbehandling, er tatt inn av informasjonshensyn, da positiv særbehandling har stor praktisk betydning i arbeidslivet.

Diskrimineringsforbudet gjelder ikke bare i ansettelsesforhold, men også ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere. Gjeldende presisering etter arbeidsmiljøloven § 13-2 andre ledd er ikke tatt inn i loven. Diskrimineringsvernet følger imidlertid av lovens generelle virkeområde, jf. § 2. Tilsvarende gjelder for diskrimineringsvernet ved innmelding i og deltakelse i en arbeidstaker-, arbeidsgiver eller yrkesorganisasjon, samt fordeles slike organisasjoner gir sine medlemmer, som i dag er presisert i arbeidsmiljøloven § 13-2 tredje

ledd. Dette innebærer dermed ingen endringer i gjeldende rett.

Til § 23 Arbeidsgivers innhenting av opplysninger ved ansettelse

Bestemmelsen viderefører gjeldende rett, jf. arbeidsmiljøloven § 13-4, lov mot etnisk diskriminering § 7 og likestillingsloven § 4 tredje ledd som foreslått ved Ot.prp. nr. 79 (2008-2009). Forbudet mot innhenting av opplysninger om hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål etter første ledd bokstav c omfatter også spørsmål om søkerens livssyn. Innhenting av opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og helseopplysninger reguleres i arbeidsmiljøloven § 13-4 og § 9-3.

Til § 24 Lik lønn for arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 5, som regulerer retten til lik lønn for samme arbeid og arbeid av lik verdi uavhengig av kjønn. Forbudet mot diskriminering ved lønnsfastsettelsen gjelder likevel for alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Det følger av § 22 første ledd bokstav d jf. § 4 at det er forbudt å diskriminere på alle lovens grunnlag med hensyn til lønn.

Til § 25 Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker og arbeidstakers representant

Første ledd viderefører gjeldende bestemmelser i diskrimineringslovgivningen om arbeidsgivers opplysningsplikt i arbeidsmiljøloven § 13-7, lov mot etnisk diskriminering § 11, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 14 og likestillingsloven § 4 tredje ledd. Opplysningsplikten overfor arbeidstaker etter første ledd gjelder kun ved ansettelse, og omfatter utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner.

Andre ledd utvider arbeidsgivers opplysningsplikt etter gjeldende bestemmelser til også å omfatte opplysninger om lønn. Bestemmelsen er ny. Opplysningsplikten gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag, og omfatter således mistanke om diskriminering ved lønnsfastsettelse generelt og ved mistanke om brudd på likelønnsbestemmelsen i § 24. Etter denne bestemmelsen kan arbeidstakers representant på vegne av arbeidstaker som mener seg diskriminert ved lønnsfastsettelsen, kreve opplysninger om andres lønnsnivå samt kriteriene for lønnsfastsettelsen. Med kriterier for

lønnsfastsettelsen menes forhold som ansvar, kompetansekrav for stillingen, ansiennitet med videre. Bestemmelsen omfatter ikke opplysninger om arbeidsgivers vurderinger av individuelle arbeidsprestasjoner til den eller de som arbeidstakeren sammenlikner seg med.

Opplysningene etter andre ledd kan kreves fremlagt av tillitsvalgte og verneombud. Med begrepet tillitsvalgt menes i denne sammenheng representant for arbeidstaker som anerkjennes som fagforening etter arbeidsmiljøloven. Begrepet tillitsvalgte skal ikke forstås snevert som kun representanter for arbeidstakere som er organisert i tradisjonelle fagforeninger/fagforbund og som er valgt i henhold til tariffavtale som virksomheten er bundet av.

Til § 26 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling

Bestemmelsen innfører aktivitetsplikt for arbeidsgiver på alle lovens opplistede diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 1 a, lov mot etnisk diskriminering § 3 a og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 3. Bestemmelsen gir ikke individuelle rettigheter for den enkelte arbeidstaker eller arbeidssøker. Bestemmelsen innebærer at aktivitetsplikten utvides til å gjelde ikke bare diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet og funksjonsnedsettelse, men også diskriminering på grunn av seksuell orientering, alder og politisk syn.

Med aktivitetsplikt menes en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling i samsvar med lovens formål, jf. § 1. Aktivitetsplikten knytter seg til arbeidsgivers personalpolitiske funksjoner i vid forstand, som ansettelse og rekruttering, lønn, arbeidstid, permisjonsordninger, beskyttelse mot trakassering mv.

Aktivitetsplikten kan innlemmes i og være del av virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, jf. arbeidsmiljøloven § 3-1, dersom arbeidsgiver finner det hensiktsmessig.

Alle virksomheter er omfattet av plikten, uavhengig av antall ansatte. Plikten er generelt formulert. Plikten er formulert slik at den skal være fleksibel i forhold til behovene og situasjonen i den enkelte virksomhet. Hvilke tiltak virksomheten bør sette i verk for å oppfylle plikten avhenger av hva slags type virksomhet det er tale om, virksomhetens størrelse osv. Aktivitetspliktens innhold for virksomheter med 50 ansatte eller mer reguleres nærmere i forskrift. Forskriften skal også tjene som en veiledning for mindre virksomheter. Se forslag til forskriftsbestemmelse i punkt 27.3.

For virksomheter med mindre enn 50 ansatte vil aktivitetsplikten i hvert fall innebære at virksomhetens ledelse må være bevisst på lovens krav om ikke-diskriminering, kommunisere dette til sine ansatte og sørge for at formålstjenlige tiltak settes inn ved ansettelser og behandling av personalet der det foreligger fare for at arbeidssøkere eller noen av personalet kan bli direkte eller indirekte diskriminert. Det vil for disse ikke være krav om å utvikle administrative systemer eller pålegg om administrasjonsbyrder.

For virksomheter med 50 ansatte eller mer vil aktivitetsplikten innebære at virksomhetene må foreta en gjennomgang av virksomheten, identifisere barrierene for likestilling og like muligheter, og sette tidfestede mål for likestillingsarbeidet og gjennomføre tiltak for å fremme likestilling og likebehandling. Virksomhetene må utarbeide en plan for hvordan barrierene for likestilling og like muligheter som er funnet skal nedbygges, og for allokering av rutiner, ressurser, ekspertise og ansvar. Planen bør utarbeides etter drøftinger med arbeidstakernes representanter. Virksomhetene må etablere rutiner i bedriften som sikrer at diskrimineringsanklager blir tatt seriøst og behørig etterforsket. Virksomhetene må ha et verktøy for å systematisk kontrollere og vurdere om målene for likestillingsarbeidet er oppnådd, og revidere mål eller tiltak dersom det viser seg å være nødvendig. Det skal utarbeides dokumentasjon om den faktiske tilstand når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten samt om de ovenfor nevnte tiltak som er iverksatt og som planlegges iverksatt for å aktivt fremme likestilling. Disse kravene fremgår av forslag til forskriftsbestemmelse som konkretiserer aktivitetspliktens innhold.

Reglene om redegjøringsplikt i likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, kommuneloven og regnskapsloven oppheves og erstattes av dokumentasjonskravene som følger av § 26 og forskrifter gitt i medhold av denne bestemmelsen.

Til § 27 Rett til individuell tilrettelegging

Bestemmelsen slår fast retten til individuell tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse. Bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd. Se for øvrig kommentarene til § 20.

Kapittel 5 Bevisbyrde, oppreisning og erstatning

Til § 28 Bevisbyrde

Første ledd fastsetter at det gjelder delt bevisbyrde i saker om diskriminering. Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted brudd på lovens diskrimineringsforbud skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.

Bestemmelsen viderefører likestillingsloven § 16, lov mot etnisk diskriminering § 10 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13. Den viderefører også de særskilte bevisbyrdereglene i boliglovene (eierseksjonsloven § 3 a tredje ledd, husleieloven § 1-8 tredje ledd, boligbyggelagsloven § 1-4 tredje ledd og borettslagsloven § 1-5 tredje ledd). Bestemmelsen viderefører arbeidsmiljøloven § 13-8, men med den forskjell at det ikke er nødvendig at alle opplysninger som gir grunn til å tro at det har forekommet diskriminering kommer fra arbeidstaker eller arbeidssøker.

Delt bevisbyrde gjelder ved brudd på reglene i kapittel 1, kapittel 3 og kapittel 4. Delt bevisbyrde kommer til anvendelse både når saken fremmes for ombudet, nemnda og domstolene.

Det følger av *andre ledd* at regelen om delt bevisbyrde ikke skal gjelde for saker der det påstås diskriminering på grunn av «andre liknende vesentlige forhold ved en person» (sekkekategori, jf. § 4 første ledd andre punktum). Dette innebærer at de alminnelige bevisreglene for sivile saker kommer til anvendelse i disse tilfellene.

Delt bevisbyrde gjelder heller ikke ved brudd på straffebestemmelsene i lovens kapittel 7, jf. § 51 tredje ledd og § 52 femte ledd. For straff gjelder de alminnelige bevisbyrdereglene i straffeprosessen.

Til § 29 Oppreisning og erstatning

Bestemmelsen har regler om oppreisning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap ved brudd på lovens diskrimineringsforbud. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 17, arbeidsmiljøloven § 13-9 første og andre ledd, lov mot etnisk diskriminering § 14 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 17. Vilkårene for oppreisning og erstatning er noe endret i forhold til gjeldende diskrimineringslovgiving.

Det følger av *første ledd* at brudd på loven utløser krav på oppreisning for ikke-økonomisk skade og erstatning for økonomisk tap. Dette gjelder

brudd på reglene i kapittel 1, 3 og 4. Reglene gjelder ikke ved brudd på den generelle plikten til universell utforming etter § 18 og plikten til universell utforming av IKT etter § 19. Regelen gjelder heller ikke ved brudd på arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26. Hovedreaksjonen ved denne formen for diskriminering er forutsatt å være pålegg om retting fra nemnda, jf. § 39 andre ledd. Erstatning og oppreisning kan i disse tilfellene eventuelt kreves etter alminnelige erstatningsregler, jf. § 29 fjerde ledd.

På andre områder enn arbeidsforhold er oppreisnings- og erstatningsansvaret betinget av at den ansvarlige kan bebreides for dette, det vil si at det som et minimum kreves vanlig uaktsomhet.

Arbeidsgivers oppreisnings- og erstatningsansvar gjelder uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides (objektivt ansvar), jf. første ledd andre punktum. Det er tilstrekkelig for å komme i ansvar at arbeidsgiver rent faktisk har diskriminert en arbeidstaker eller arbeidssøker i strid med loven. Dette innebærer en lempning av vilkårene i forhold til alminnelig erstatningsrett, hvor ansvaret er betinget av at arbeidsgiver kan bebreides (har utvist skyld). Regelen gjelder overfor arbeidssøkere og arbeidstakere.

Andre ledd gir retningslinjer for utmåling av oppreisning og erstatning. Retningslinjene er skjønnsmessig utformet. Utmålingen skal skje etter en rimelighetsvurdering. Oppreisning og erstatning fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til økonomisk tap, ikke-økonomisk skade, partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Det skal legges vekt på både gjerningspersonens og fornærmedes forhold i saken. At det skal tas hensyn til «omstendighetene for øvrig» viser at det skal foretas en bred helhetsvurdering av forholdene i saken, herunder styrkeforholdet mellom partene, saksøktets økonomi, utvist skyld og krenkelsens grovhet. Den praksis som har utviklet seg når det gjelder erstatning for ikke-økonomisk tap i medhold av arbeidsmiljøloven §§ 15-12 og 15-14 vil kunne gi en viss veiledning ved utmålingen av oppreisningen. Det vises for øvrig til punkt 21.3.2.

Bestemmelsens *tredje ledd* slår fast at de særlige reglene om oppreisning og erstatning i diskrimineringsloven ikke gjelder ved diskriminering på grunn av forhold ved en person som omfattes av sekke kategorien, jf. § 4 første ledd andre punktum. I slike tilfeller vil det kunne kreves oppreisning og erstatning etter alminnelige erstatningsregler, jf. fjerde ledd.

Det følger av *fjerde ledd* at de særlige reglene om oppreisning og erstatning i første til tredje

ledd ikke begrenser adgangen til å kreve oppreisning og erstatning etter alminnelige erstatningsregler. Erstatning for økonomisk tap er betinget av at den ansvarlige kan bebreides (vanlig uaktsomhetsansvar). For å få oppreisning for ikke-økonomisk skade er det etter alminnelige erstatningsrettslige regler krav om at det skal foreligge grov uaktsomhet.

Kapittel 6 Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda mm.

Til § 30 Håndheving av loven

Bestemmelsen viderefører ombudets og nemndas myndighet etter diskrimineringsombudsloven § 1.

Forbudet mot seksuell trakassering etter § 7 tredje ledd er unntatt fra håndheving av ombudet og nemnda, jf. § 30 bokstav a. Dette forbudet håndheves av domstolene. Dette er en videreføring av likestillingsloven § 8 a femte ledd.

Kravene til representasjon i offentlige utvalg, jf. § 15, er unntatt fra håndheving av ombudet og nemnda etter § 30 bokstav b. Bestemmelsen håndheves av Barne- og likestillingsdepartementet, noe som er en videreføring av forskrift 2. februar nr. 110 om representasjon av begge kjønn i statlige utvalg, styrever, råd, delegasjoner mv., gitt med hjemmel i likestillingsloven § 21.

Plikten til universell utforming etter § 19 er unntatt fra håndheving av ombudet og nemnda etter § 30 bokstav c. Disse reglene skal håndheves av organ utpekt etter § 49. Dette er en videreføring av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16. Det vises til innstillingens punkt 18.2.3.

Arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26 er unntatt fra håndheving av ombudet og nemnda etter § 30 bokstav d. Plikten foreslås håndhevet av Arbeidstilsynet, jf. lovforslaget § 48. Det vises til innstillingens punkt 17.2.5.11.

Krav om oppreisning og erstatning etter § 29 er unntatt fra håndheving av ombudet og nemnda etter § 30 bokstav e. Krav om oppreisning og erstatning må reises for domstolene. Dette er en videreføring av lov mot etnisk diskriminering § 13, likestillingsloven § 9, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 første ledd og diskrimineringsombudsloven § 1 andre ledd nr. 4. Det vises til innstillingens kapittel 22.

Ombudet og nemnda håndhever ikke bestemmelsene om straff etter lovens kapittel 7, jf. § 30 bokstav f. Bestemmelsene om straff håndheves av påtalemyndigheten. Dette er en videreføring av lov mot etnisk diskriminering § 13 jf. § 15, og diskrimineringsombudsloven § 13.

Til § 31 Ombudets pådriverrolle

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd. Ombudets pådriverrolle utvides til alle lovens opplistede diskrimineringsgrunnlag. Tilsvarende vil eventuelle andre grunnlag som påberopes under sekkekategori «andre vesentlige liknende forhold ved en person» (jf. § 4 første ledd andre punktum) kunne falle inn under ombudets pådriverrolle, dersom det avdekkes under ombudets klagesaksbehandling eller på annen måte at enkelte grupper utsettes for diskriminering og/eller har behov for vern.

Til § 32 Ombudets håndheving og veiledning

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 3 fjerde ledd.

Til § 33 Ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 1 andre ledd.

Til § 34 Ombudets uttalelser og vedtaksmyndighet

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd.

Til § 35 Ombudets avvisning og henleggelse.

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd.

Andre ledd utvider ombudets adgang til å henlegge innkomne klagesaker. Ombudet kan i særlige tilfeller henlegge en sak dersom ombudet ikke finner grunn til videre behandling ut fra sakens alvorlighet, ombudets tilgjengelige ressurser eller hvis klagen åpenbart ikke vil føre frem. Bestemmelsen viderefører gjeldende regler som gir ombudet kompetanse til å henlegge saker om bagatellmessige forhold eller saker som gjelder fortidige forhold. Nytt er at ombudet også skal kunne henlegge saker ut fra ressurshensyn og prioritering av saker. Bakgrunnen for utvidelsen er at utvalgets flertall foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag suppleres med sekkekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person», jf. § 4 første ledd andre punktum og punkt 13.4.6.

Til § 36 Ombudets organisering

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 2. Ombudets åremålsperiode er endret til seks år uten adgang til oppnevning i tråd med forslaget som er fremmet ved Ot.prp. nr. 74 (2008-2009).

Til § 37 Nemndas organisering

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 5. Diskrimineringsombudsloven § 5 andre ledd andre punktum, hvoretter halvparten av nemndas medlemmer og varamedlemmer oppnevnes for to år ved første gangs oppnevning, oppheves da regelen ikke lenger har noen praktisk betydning.

Til § 38 Nemnda oppgaver

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 6 første og andre ledd.

Til § 39 Nemndas vedtaksmyndighet

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 7.

Til § 40 Nemndas avvisning og henleggelse

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 6 tredje ledd.

Til § 41 Tvangsmulkt

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 8.

Til § 42 Overprøving av nemndas vedtak

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 12.

Til § 43 Opplysningsplikt overfor ombudet og nemnda

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 11.

Til § 44 Nemndas kompetanse i forhold til andre forvaltningsmyndigheter

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 9.

Til § 45 Nemndas forhold til Arbeidsretten

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 10.

Til § 46 Forholdet til forvaltningsloven

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 15.

Til § 47 Forskrift om ombudet og nemnda

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 16.

Til § 48 Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26

Bestemmelsen er ny. Arbeidsgivers aktivitetsplikt håndheves av Arbeidstilsynet som ledd i det ordinære tilsynet med arbeidsgivers systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid jf. arbeidsmiljøloven § 18-1. Arbeidstilsynet kan gi pålegg som er nødvendige for å gjennomføre forpliktelsene, som kan gjennomdrives med tvangsmulkt. Petroleumstilsynet har tilsvarende myndighet innenfor sitt myndighetsområde.

Til § 49 Håndheving av plikten til universell utforming av IKT etter § 19

Bestemmelsen viderefører diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 andre og tredje ledd.

Til § 50 Organisasjonenes adgang til å opptre som fullmektig

Bestemmelsen viderefører lov mot etnisk diskriminering § 12, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 15 og arbeidsmiljøloven § 13-10.

Kapittel 7 Straff

Til § 51 Straff for overtredelse av pålegg og brudd på opplysningsplikten

Bestemmelsen viderefører diskrimineringsombudsloven § 13 og § 14.

Til § 52 Straff for grov overtredelse av forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet som er begått av flere i fellesskap

Bestemmelsen viderefører lov mot etnisk diskriminering § 15.

Kapittel 8 Ikrafttredelse

Til § 53 Ikrafttredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.

28.2 Merknader til ny bestemmelse i Grunnloven

Til ny § 110d i Grunnloven

Bestemmelsen setter forbud mot diskriminering. Den har de samme diskrimineringsgrunnlagene som diskrimineringsloven. Grunnlagene «graviditet» og «permisjon ved fødsel og adopsjon» er ikke listet opp, men skal innfortolkes i grunnlaget «kjønn».

Bestemmelsen vil først og fremst bety at staten selv skal unngå å diskriminere, for eksempel i lovgivningen. Bestemmelsen vil pålegge Stortinget, domstolene, regjeringen og andre statlige organer å ikke diskriminere. Plikten vil gjelde all statlig aktivitet, det vil si lover, forskrifter, forvaltningspraksis, næringsvirksomhet, tjenesteyting osv. Bestemmelsen er ment å ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen og prøvesesrett for domstolene.

Bestemmelsen vil kunne påberopes direkte av private som mener seg diskriminert. Bestemmelsen vil imidlertid kun ha statens myndigheter som pliktsubjekter. Bestemmelsen vil ikke ha virkning mellom private; den vil ikke kunne påberopes overfor private som diskriminerer. Det samme gjelder kommuner og fylkeskommuner. Se nærmere i punkt 25.6 (modell 2).

28.3 Merknader til endringer i andre lover

Sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18 (sjømannsloven)

Til kapittel IIA

Endringene i sjømannsloven er begrunnet med at reglene om diskriminering i denne loven speiler reglene om diskriminering i arbeidsmiljøloven, se merknadene nedenfor til endringene i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Til forslaget om å oppheve likestillingsloven

Likestillingsloven erstattes av ny samlet diskrimineringslov. I vedlegg 1 er det tatt inn et lovspeil som viser hvordan reglene i likestillingsloven er videreført i den samlede diskrimineringsloven. Det vises for øvrig til kapittel 8.

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)

Til § 48 nr. 5 andre og tredje punktum

Bestemmelsene om rapporteringsplikt oppheves og erstattes av dokumentasjonskravene som følger av § 26 og forskrifter gitt i medhold av denne. Det vises til merknadene til den nye diskrimineringsloven § 26 samt punkt 17.2.5.12 om arbeidsgivers aktivitetsplikt og forslag til forskrifter i punkt 27.3.

Lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner

Til § 3 a Forbud mot diskriminering

Paragraf 3 a oppheves. Dette innebærer ingen endringer i gjeldende rett. Ifølge lovforslaget § 2 skal diskrimineringsloven gjelde på alle samfunnsområder. Dette betyr at den nye loven også skal gjelde for diskriminering på boligmarkedet. Det vises til punkt 8.2.

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap (regnskapsloven)

Til § 3-3 femte ledd og § 3-3 a tiende ledd

Bestemmelsene om rapporteringsplikt oppheves. Det vises til punkt 17.2.5.12.

Lov 29. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Til § 1-8 Forbud mot diskriminering

Se merknader til eierseksjonsloven § 3 a.

Lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag

Til § 1-4 Forbud mot diskriminering

Det vises til merknadene til eierseksjonsloven § 3 a.

Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag

Til § 1-5 Forbud mot diskriminering

Det vises til merknadene til eierseksjonsloven § 3 a.

Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Til opphevingen av lov mot etnisk diskriminering (diskrimineringsloven)

Lov mot etnisk diskriminering erstattes med den nye diskrimineringsloven. I vedlegg 1 er det tatt inn et lovspeil som viser hvordan reglene i lov mot etnisk diskriminering er videreført i den samlede diskrimineringsloven. Det vises ellers til kapittel 8.

Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Til opphevingen av diskrimineringsombudsloven

Diskrimineringsombudslovens regler er innarbeidet i utvalgets lovforslag. I vedlegg 1 er det tatt inn et lovspeil som viser hvordan diskrimineringsombudslovens regler blir videreført i den samlede diskrimineringsloven. Det vises ellers til punkt 8.1

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

Til endringer i arbeidsmiljøloven §§ 13-1, 13-3, 13-4, 13-5 og 13-6

Endringene i arbeidsmiljøloven er begrunnet med at forbudet mot diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og forbudet mot diskriminering ved deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse fortsatt skal være i arbeidsmiljøloven, se punkt 8.2 og punkt 13.7. Diskrimineringsvernet på grunn av seksuell orientering, politisk syn og alder er innarbeidet i forslaget til samlet lov. De bestemmelsene som er relevante for diskriminering på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltid og midlertidig ansettelse står fortsatt i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Av opplysningshensyn er det tatt inn en henvisningsbestemmelse i arbeidsmiljøloven § 13-1 tredje ledd der de ulike diskrimineringsgrunnlagene i samlet diskrimineringslov er oppregnet. I vedlegg 1 er det tatt inn et lovspeil som viser hvordan arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler er videreført i den samlede diskrimineringsloven og

hvilke regler som blir stående igjen i arbeidsmiljøloven.

Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Til opphevingen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven erstattes av den nye diskrimineringsloven. I vedlegg 1

er det tatt inn et lovspeil som viser hvordan diskriminerings- og tilgjengelighetslovens regler er videreført i den samlede diskrimineringsloven. Det vises ellers til kapittel 8.

Kapittel 29

Økonomiske og administrative konsekvenser

29.1 Harmonisering

Forslaget til en samlet diskrimineringslov er i hovedsak en harmonisering av de gjeldende diskrimineringslovene, det vil si likestillingsloven, lov mot etnisk diskriminering, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsforbudene i boliglovene. Selve lovharmoniseringen medfører ikke økonomiske og administrative konsekvenser.

Økonomiske og administrative konsekvenser av de materielle endringene utvalget foreslår blir gjennomgått nedenfor (punkt 29.2 og 29.3). Utvalget gjennomgår også forslag ved uendret ressursbruk (punkt 29.4).

29.2 Vurdering av nytte og kostnader

29.2.1 En samlet diskrimineringslov

29.2.1.1 Utvidet diskrimineringsvern for seksuell orientering og politisk syn

Utvalget foreslår at diskrimineringsvernet med hensyn til seksuell orientering og politisk syn, utvides til alle samfunnsområder, i motsetning til i dag hvor dette kun er lovfestet i arbeidslivet og i boligsektoren. Se punkt 13.6 og lovforslaget § 4 første ledd første punktum jf. § 2 første ledd.

Nytten av forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og politisk syn på andre samfunnsområder vil bero på om loven vil virke som et effektivt verktøy for personer som utsettes for slik diskriminering på disse samfunnsområdene. Det er imidlertid vanskelig å måle den samfunnsøkonomiske nytten av et utvidet diskrimineringsvern. I kost-nytteanalyser rangeres tiltak etter samfunnsmessig lønnsomhet, og alle effekter omregnes til kroneverdi. Hovedprinsippet for verdsetting som vanligvis brukes, er at nytten settes lik det befolkningen er villig til å betale for å oppnå et gode. I praksis vil andre hensyn veie tungt i den samlede vurderingen av en sak. Når

det gjelder nytten av å redusere eller fjerne diskriminering på grunn av seksuell orientering eller politisk syn på nye samfunnsområder, vil nytteeffekten være vanskelig å måle ut fra lønnsomhetskriterier.

Diskriminering og trakassering av homofile forekommer på mange samfunnsområder. Utvalget gjennomgår i punkt 12.9.4 undersøkelser om forekomst av forskjellsbehandling på grunnlag av seksuell orientering. I tillegg til arenaer der det allerede er et diskrimineringsvern (arbeidslivet og boligsektoren), rapporteres det om diskriminering på en rekke områder. Marginalisering og diskriminering av homofile skjer fortsatt i Norge. Det sosiale trykket kan bidra til psykisk lidelse og økt selvmordsrisiko i denne befolkningsgruppen. Homofile utsettes for vold og trusler om vold i det offentlige rom. På områder som helsetjenester, sosial- og velferdstjenester, forsikring, idrett, skole, kirke og religion, uteliv mv. ser det ut til at det forekommer mest indirekte diskriminering.

Kunnskapen om sammenhengen mellom diskriminering på disse områdene og levekår er ufullstendig, og gir dermed ikke grunnlag for å beregne nytten økonomisk. Samtidig må de etiske aspektene ved likebehandling og likeverd være sentrale i avveiningen av den rettslige reguleringen.

Forebygging av diskriminering må antas å ha stor nytteeffekt for den enkelte, og ivareta interessene til personer i disse målgruppene. Dette gjelder først og fremst med hensyn til diskriminering på grunn av seksuell orientering.

Det er ikke tilsvarende kunnskap om forekomst av diskriminering på grunn av politisk syn. Utvidelsen av diskrimineringsvernet når det gjelder politisk syn må først og fremst ses i sammenheng med ytringsfriheten. Forslaget medfører at inngrep i ytringsfriheten også utenfor arbeidslivet vil omfattes av diskrimineringsvernet.

Utvidelsen av diskrimineringsvernet for politisk syn vil støtte opp under ytringsfriheten.

For offentlige myndigheter gjelder det allerede et ulovfestet prinsipp om å opptre saklig. For

slaget kan likevel medføre behov for større kunnskap og bevisstgjøring, spesielt når det gjelder indirekte diskriminering. Et eksempel er indirekte diskriminering i helsevesenet. For næringslivet, organisasjoner mv. kan det ikke utelukkes at forslaget vil få enkelte konsekvenser i form av en plikt til likebehandling, for eksempel i forbindelse med tjenester som forsikring, i forbindelse med idrett, uteliv samt i kirkelige og religiøse sammenhenger.

Diskrimineringsforbudet gjelder ikke ved saklig forskjellsbehandling. Konsekvensene for virksomhetene og andre rettssubjekter av et utvidet forbud, vil etter utvalgets vurdering ikke være urimelig store fordi forbudet gjennom saklighetsvurderingen er betinget av en forholdsmessighetsvurdering. Forskjellsbehandling i trossamfunn og organisasjoner med religiøst formål, vil etter omstendighetene være saklig dersom forskjellsbehandlingen er begrunnet i deres religiøse lære.

Reglene vil klargjøre og utdype plikten til å likebehandle på grunn av seksuell orientering og politisk syn, og må ses i sammenheng med at det allerede er tilsvarende plikter for en rekke andre diskrimineringsgrunnlag. Brudd på reglene kan medføre reaksjoner i form av pålegg, tvangsmulkt mv. fra nemnda i en vedvarende diskriminerings-situasjon. For øvrig kan virksomheten komme i ansvar for oppreisning og erstatning dersom den kan bebreides. Den enkelte virksomhet vil kunne forebygge slik diskriminering og dermed unngå reaksjoner.

De administrative og økonomiske konsekvensene for ombudet og nemnda blir behandlet i punkt 29.2.1.5.

29.2.1.2 *Diskriminering på grunnlag som påberopes under sekke kategorien*

Utvalgets flertall foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag skal suppleres med sekke kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person», se punkt 13.4.7 og lovforslaget § 4 første ledd andre punktum. Lovforslaget åpner for en viss beskyttelse mot diskriminering på andre grunnlag enn de som er oppregnet i loven. Det er her tale om randsonene av de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene. Grupper som har et behov for diskrimineringsvern, men som ikke er uttrykkelig oppregnet i loven kan være personer med omsorgsansvar, transpersoner, overvektige, rusavhengige, straffedømte og personer med et utseende andre reagerer negativt på. Forslaget åpner også for at personer som blir forskjellbe-

handlet på grunn av alder på andre områder enn arbeidslivet kan påberope seg vernet under sekke kategorien.

I forslaget legges det til grunn at det skal mindre til for å anse forskjellsbehandling ved diskriminering på grunnlag som faller inn under sekke kategorien som saklig enn for lovens oppregnede grunnlag. Samtidig er det gjort unntak fra reglene om delt bevisbyrde og de særlige erstatnings- og oppreisningsreglene for grunnlag som påberopes under sekke kategorien. Disse unntakene vil hindre urimelige konsekvenser for arbeidsgivere og andre som ikke på forhånd vil kunne innrette sin virksomhet eller aktivitet på å forebygge diskriminering under en eventuell sekke kategori som måtte bli påberopt. For offentlig forvaltning gjelder uansett et saklighetsprinsipp som følger av de ulovfestede reglene i forvaltningsretten. For næringslivet er det vanskelig å se at sekke kategorien vil få store økonomiske og administrative konsekvenser, fordi forslaget har begrensninger med hensyn til at alminnelige bevisbyrderegler og erstatningsregler skal gjelde.

Konsekvensene for ombudet og nemnda blir behandlet i punkt 29.2.1.5.

29.2.1.3 *Aktivitetsplikt for arbeidsgivere*

Utvalget foreslår at det lovfestes en plikt for arbeidsgiver til å arbeide aktivt for å fremme likestilling i virksomheten på alle lovens diskrimineringsgrunnlag, se punkt 17.2 og lovforslaget § 26. Plikten skal omfatte alle virksomheter uavhengig av antall ansatte, men pliktens innhold er ulikt for henholdsvis små og store bedrifter. Gjeldende redegjøringsplikt foreslås opphevet. Aktivitetsplikten foreslås knyttet til virksomhetenes helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Reglene skal håndheves av Arbeidstilsynet som ledd i det ordinære tilsynet med virksomhetene.

Aktivitetsplikten for arbeidsgivere følger allerede av diskrimineringslovene og innebærer således ingen ny plikt. Men forslaget innebærer at aktivitetsplikten utvides til også å omfatte grunnlagene politisk syn, seksuell orientering og alder, i tillegg til kjønn, funksjonsnedsettelse, etnisitet og religion slik reglene er i dag. Grensen på 50 ansatte i private bedrifter når det gjelder funksjonsnedsettelse og etnisitet er også foreslått endret, slik at aktivitetsplikten vil gjelde alle virksomheter med ansatte.

Forslaget er i stor grad en konkretisering av dagens aktivitetsplikt. Det legges imidlertid opp til at aktivitetsplikten skal kunne implementeres i

bedriftenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS-arbeid) etter arbeidsmiljøloven. Virksomhetene har allerede plikt til HMS-arbeid etter arbeidsmiljøloven, uansett antall ansatte. Samtidig er det rom for fleksibilitet når det gjelder virksomhetenes prioritering av egne ressurser. Aktivitetsplikten vil være mindre ressurskrevende for små og oversiktlige virksomheter enn for virksomheter med 50 ansatte eller mer.

Econ Pöyry har på oppdrag fra utvalget gjort en samfunnsøkonomisk analyse av forslaget, «Arbeidsgivers likestillingsarbeid». Utredningen er i sin helhet tilgjengelig på www.econ.no.

Econ Pöyry legger til grunn at nytten av endringen ikke lar seg tallfeste. Den viktigste antatte nytten av aktivitetsplikten er ifølge Econ Pöyry mindre forekomst av diskriminering og forskjellsbehandling i arbeidslivet, noe som kan bidra til økt sysselsetting, gjennom redusert sykefravær og utstøting og økt inkludering. Andre effekter kan være bedre utnyttelse av arbeidskraften og et mer likestilt og tolerant samfunn. Alle diskrimineringsgrunnlag i den nye aktivitetsplikten omfattes også av gjeldende rett. Forskning viser at målgruppene for aktivitetsplikten møter barrierer på arbeidsmarkedet som følge av diskriminering og forskjellsbehandling. Tiltak som kan bidra til å redusere slike barrierer, kan bidra til å øke sysselsettingen og gi en bedre utnyttelse av arbeidskraften blant målgruppene.

Etter utvalgets vurdering vil en endring i aktivitetsplikten kun få minimale økonomiske konsekvenser for virksomhetene. Utvalget viser til utredningen fra Econ Pöyry.

De viktigste kostnadene vil påløpe hovedsakelig det første året, i tilknytning til å «konvertere» det gamle systemet til HMS-systemet. Econ Pöyry har estimert engangskostnadene til å være i størrelsesorden 59-99 millioner kroner (per ansatt estimert til 56 kroner i privat sektor, 20 kroner i kommunal sektor, 24 kroner i statlig sektor og 9 kroner i helseforetakene). De samlede kostnadene første året blir dermed 7-11 millioner kroner for kommunesektoren, 2-4 millioner kroner for statlig sektor, 1 million kroner for helseforetakene og 50-83 millioner kroner for næringslivet. De fleste virksomhetene Econ Pöyry intervjuet trodde ikke at endringene i aktivitetsplikten vil medføre ekstra kostnader for dem utover implementeringskostnadene. Endringene i aktivitetsplikten medfører ifølge Econ Pöyry større krav til små enn til store virksomheter, fordi de ikke er omfattet av disse kravene etter gjeldende regler. Econ Pöyry mener derfor

det er grunn til å tro at endringene vil føre til høyere kostnader for virksomheter med færre enn 50 ansatte.

Fra det andre året forventes virksomhetene ifølge Econ Pöyry ikke å ha økte kostnader sammenlignet med dagens plikt, med unntak av de små virksomhetene, der økningen i de årlige løpende administrative kostnadene anslås å være i størrelsesorden 28-46 millioner kroner for alle virksomheter samlet. Disse kostnadene forventes i sin helhet å være for private virksomheter med færre enn 50 ansatte (estimert til 74 kroner per år per ansatt).

Forslaget vil medføre økt ressursbehov for Arbeidstilsynet. Arbeidstilsynet har ikke kunnet gi Econ Pöyry et konkret anslag på ressursbruk dersom de skal håndheve den nye aktivitetsplikten. Det har sammenheng med at ressursbruken vil avhenge av hvilken satsing det skal være på dette området. Econ Pöyry har derfor innhentet oversikt over ressursbruken på andre større satsingsområder hvor Arbeidstilsynet har fått et utvidet ansvar de siste årene, det vil si områdene forebygging av sosial dumping og styrket tilrettelegging og oppfølging. Begge disse områdene omfatter rundt 10 prosent av ukeverkressursene i Arbeidstilsynet og kostnadene anslås til om lag 40 millioner kroner årlig. Dersom satsingen på tilsyn med aktivitetsplikten skal være like stor kan ressursbehovet anslås til om lag det samme. Dersom satsingen ikke vil være i samme størrelsesorden, vil også Arbeidstilsynets ressursbehov være mindre. Hensikten med utvalgets forslag er imidlertid en mer egnet aktivitetsplikt, og utvalget vil advare mot å legge seg på en minimumsløsning. Utvalget anslår på denne bakgrunn at kostnadene vil være på 20-40 millioner kroner årlig avhengig av satsningsnivå.

Samtidig vil ombudet bli fritatt for oppgaver med å følge opp dagens aktivitets- og redegjørelsesplikt for arbeidsgivere. Ressursbesparelser for ombudet omtales i punkt 29.2.1.5.

For at den samfunnsøkonomiske nytten av endringene i aktivitetsplikten skal være minst like stor som de samfunnsøkonomiske kostnadene, må effekten på sysselsettingen ifølge Econ Pöyry være i størrelsesorden 140-240 personer i målgruppen for aktivitetsplikten. Dersom vi kun ser på to av disse målgruppene; etnisitet og funksjonsnedsettelse, utgjør dette sysselsettingsanslaget rundt 1 prosent av arbeidsledige personer med funksjonsnedsettelse, eller 1-2 prosent av arbeidsledige med bakgrunn fra land utenom den «vestlige verden».

Utvalget mener at økningen i sysselsettingen i de aktuelle gruppene ikke vil måtte være særlig markant før nytten overstiger kostnadene. Etter utvalgets vurdering kan en implementering av aktivitetsplikten i virksomhetens HMS-arbeid også forventes å gi positive synergieffekter i form av et bedre arbeidsmiljø for virksomhetene. Både aktivitetsplikten og plikten til systematisk HMS-arbeid er plikter som allerede påligger virksomhetene. Ved gjennomføring av aktivitetsplikten kan en derfor bygge på eksisterende rutiner.

29.2.1.4 Andre forslag

Utvalget foreslår at tillitsvalgte og verneombud skal ha rett til innsyn i lønn ved mistanke om diskrimineringsbrudd ved lønnsfastsettelse, se punkt 19.4.5 og lovforslaget § 25 andre ledd. Dette vil kunne føre til et visst merarbeid for arbeidsgivere. Tillitsvalgte har imidlertid allerede rett til innsyn i lønn i forbindelse med lønnsforhandlinger, og merarbeidet vil derfor neppe bli særlig omfattende.

Utvalgets forslag om at plikt for ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner til å forebygge trakassering utvides til å omfatte grunnlagene seksuell orientering og politisk syn, antas ikke å få vesentlige konsekvenser. Se lovforslaget § 16. Både ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner har allerede plikt til å forebygge trakassering på de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. I tillegg er det egne bestemmelser i opplærings- og utdanningslovene om å motvirke trakassering.

Utvalget foreslår at erstatning for økonomisk tap i arbeidslivet skal kunne kreves uten hensyn til skyld, se punkt 21.4 og lovforslaget § 29. Dette kan føre til at flere arbeidsgivere kan bli trukket til ansvar. For oppreisning er ansvarsreglene i arbeidslivet de samme som i dag. Reglene om lemping av ansvaret kan avverge eventuelle urimelige konsekvenser av et ansvar. En nytteeffekt av ansvar uten hensyn til skyld i arbeidslivet kan være at arbeidsgivere skjerper sin aktsomhet slik at de ikke diskriminerer.

29.2.1.5 Konsekvenser for ombudet og nemnda

En utvidelse av virkeområdet for diskrimineringsforbudet vil føre til nye håndhevings- og pådriveroppgaver for ombudet. Ombudet har i dag allerede ansvar for håndheving og veiledning om diskriminering på grunn av seksuell orientering og politisk syn i arbeidslivet. Det kan særlig være

grunn til å forvente at grunnlaget seksuell orientering vil kreve kompetanseoppbygging og økt kapasitet for ombudet. Utvidelsen vil føre til at ombudets kompetanse- og pådriverrolle vil inkludere nye spørsmål, med krav til kompetanseutvikling, dokumentasjon og kunnskapsinnhenting.

Ombudet får allerede henvendelser om diskriminering på grunn av seksuell orientering utenfor arbeidslivet. I 2007 omfattet 32 saker seksuell orientering utenfor arbeidslivet, og tilsvarende ingen saker om politisk syn.¹ Det må forventes at saks tilfanget vil være størst når det gjelder seksuell orientering.

Ombudets merarbeid når det gjelder grunnlag som kan påberopes under sekkekategori vil i all hovedsak omfatte håndheving i forbindelse med klagesaker. Videre vil ombudet måtte veilede i saker som kan være aktuell diskriminering på grunnlag som omfattes av sekkekategori. Hvor omfattende merarbeidet blir, vil i noen grad også bero på hvordan ombudet vil praktisere den skjønnsmessige adgangen til å henlegge saker ut fra for eksempel sakens alvorlighet og tilgjengelige ressurser (se punkt 13.4.4 og lovforslaget § 35 andre ledd).

Nemnda vil også kunne få en større saksmengde som følge av forslaget om utvidet virkeområde for seksuell orientering og politisk syn. I tillegg må det forventes klagesaker når det gjelder grunnlag som påberopes under sekkekategori, herunder klager over ombudets henleggelse.

Det vil være viktig at ombudet sikres tilstrekkelige ressurser til å kunne ivareta disse nye oppgavene effektivt. I beregningen av behovet må det tas høyde for at ombudet samtidig får færre oppgaver på andre områder, jf. forslaget om å oppheve redegjørelsesplikten og å legge håndhevingen av aktivitetsplikten til Arbeidstilsynet, se punkt 29.2.1.3. Dette utgjør en besparelse på om lag 7 millioner kroner årlig. Ombudets budsjett for 2009 er på om lag 48,5 millioner kroner. Utvalget anslår på denne bakgrunn at ombudets ressurser bør økes med om lag 10-15 prosent sammenlignet med dagens budsjett.

Utvalget antar at økt saksmengde kan tilsi at nemndas ressurser tilsvarende bør økes med 10-15 prosent, da nemnda kun skal behandle innkomne enkeltsaker og ikke har pådriveroppgaver mv. slik ombudet har. Mange saker som har vært behandlet av ombudet bringes ikke inn for nemnda. Dette innebærer at nemnda får færre saker til behandling enn ombudet.

¹ Praksis 2007 side 24-25.

29.3 Andre forslag

29.3.1 Grunnlovsendring

Forslaget om grunnlovsendring fra utvalgets flertall medfører ingen materielle endringer, men forslaget vil kunne virke som en skranke for lovgivningen. Det kan derfor ikke utelukkes at noen flere saker vil bli prøvd for domstolene.

29.3.2 Offentlige anskaffelser

Hensikten med å stille krav om egenerklæring for leverandørenes overholdelse av aktivitetsplikten er å styrke bedriftenes likestillingsarbeid. Egenerklæringen om overholdelse av denne plikten inntas i HMS-egenerklæringen, og skal bidra til at bedrifter som følger opp aktivitetsplikten skal ha et konkurransefortrinn. Gevinsten ved å innføre et slikt tillegg i egenerklæringene er imidlertid vanskelig å måle.

Et krav i anskaffelsesreglene om egenerklæring fra arbeidsgivere om at virksomheten oppfyller plikten til å arbeide aktivt for likestilling vil ikke pålegge noen ny plikt for arbeidsgivere som er leverandører. Merarbeidet må vurderes i sammenheng med at virksomhetene allerede er pålagt å gi egenerklæring om overholdelse av

helse-, miljø- og sikkerhetskrav (HMS-krav), som skal tas inn og behandles i det samme dokumentet. I lys av at aktivitetsplikten i diskrimineringsloven kan knyttes nært opp til arbeidsgiverens HMS-arbeid, mener utvalget at innføring av slik egenerklæring i innkjøpsregelverket kan skje uten noe særlig merarbeid verken for leverandører som omfattes av plikten eller for oppdragsgiverne.

29.4 Uendret ressursbruk

Utvalget skal ifølge mandatet avgi minst ett forslag som er basert på uendret ressursbruk.

Et forslag utelukkende basert på uendret ressursbruk vil i hovedsak bare innebære at diskrimineringsreglene samles i én diskrimineringslov. Det vil si at vernet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og politisk syn ikke utvides til nye samfunnsområder, og at diskrimineringsvernet ikke utvides til en sekkekategori. Derved vil utgifter blant annet til nye oppgaver for ombudet, nemnda og domstolene helt unngås.

Videre vil et forslag basert på uendret ressursbruk kreve at aktivitets- og redegjørelsesplikten beholdes som i dag uten at tilsynet legges til Arbeidstilsynet.

Referanser

Norske offentlige dokumenter

NOU 2009: 5 Farskap og annen morskap. Fastsettelse og endring av foreldreskap.

NOU 2008: 6 Kjønn og lønn. Fakta, analyser og virkemidler for likelønn.

NOU 2008: 1 Kvinner og homofile i trossamfunn. Likestillingslovens og arbeidsmiljølovens særlige unntak fra forbudet mot diskriminering.

NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet. Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.

NOU 2004: 29 Kan flere jobbe mer? – deltid og undersysselsetting i norsk arbeidsliv.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

NOU 2003: 19 Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.

NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet.

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.

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

NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser.

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinneskillekonvensjonen).

Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Ot.prp. nr. 74 (2008-2009) Om endringer i diskrimineringsombudsloven, markedsføringsloven og barneombudsloven.

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.).

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpassing av annen lovgivning).

Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Ot.prp. nr. 41 (2007-2008) Om lov om endringer i lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler m.m.

Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par).

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).

Ot.prp. nr. 91 (2005-2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven (arbeidstid mv.).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlamentets rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).

Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) Om bustadbyggjelag (bustadbyggjelagslova) og lov om burettslag (burettslagslova).

- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).
- Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Ot.prp. nr. 71 (1997-98) Om lov om offentlige anskaffelser.
- Ot.prp. nr. 29 (1994-1995) Om lov om endringer i lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.
- Ot.prp. nr. 1 (1977-1978) Om lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
- Ot.prp. nr. 33 (1974-1975) Om lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
- St. meld. nr. 26 (2008-2009) Om offentlig retts- hjelp.
- St.meld. nr. 25 (2005-2006) Mestring, muligheter og mening. Fremtidas omsorgsutfordringer.
- St.meld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati.
- St.meld. nr. 40 (2002-2003) Nedbygging av funksjonshemmende barrierer.
- St.meld. nr. 5 (2000-2001) Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg.
- Litteratur*
- Andenæs og Fliflet 2006 Johs. Andenæs og Arne Fliflet: Statsforfatningen i Norge, Oslo 2006.
- Andersen mfl. 2006 Agnete Andersen, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 2, København 2006.
- Andersen mfl. 2005 Agnete Andersen, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Bind 1, København 2005.
- Arnardóttir 2004 Oddný Mjöll Arnardóttir: Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights, Haag 2004.
- Aune 2008 Helga Aune: Deltids- og midlertidig ansattes diskrimineringsvern, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.): Diskriminerings- og likestillingsrett, Oslo 2008.
- Aune 2009 Helga Aune: Deltidsarbeid. Vern mot diskriminering på strukturelt og individuelt grunnlag, doktoravhandling ved Universitetet i Oslo, 2009, under publisering.
- Bjørst 2005 Byrial R. Bjørst: Ligeløn for job af samme værdi, København 2005.
- Brekke 2008 Idunn Brekke: Like muligheter? Betydningen av etnisk bakgrunn for sysselsetting og inntekt, Universitet i Oslo 2008.
- Brækhus 2008 Hege Brækhus: Likelønn, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.): Diskriminerings- og likestillingsrett, Oslo 2008.
- Brækhus 2009 Hege Brækhus: Likelønn – markedslønn. I hvilken utstrekning kan markedslønn begrunne lønnsdifferensiering etter likestillingsloven § 5?, i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.): Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, Oslo 2009.
- Craig 2007 Ronald Craig: Systemic discrimination in employment and the promotion of ethnic equality, Leiden 2007.
- Craig 2008 Ronald Craig: Systemisk diskriminering i arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.): Diskriminerings- og likestillingsrett, Oslo 2008.
- Danielsen 2005 Kirsten Danielsen: Diskriminering – en litteraturgjennomgang, NOVA skriftserie 4/05.
- Daugstad (red.) 2008 Gunnlaug Daugstad (red.): Innvandring og innvandrere, Oslo 2008.
- Difi 2009 På sporet av kjønnsperspektivet. Integrering av et kjønns- og likestillingsperspektiv i budsjettarbeidet, Difi rapport 2009: 1.
- Dyb mfl. 2006 Evelyn Dyb, Ingar Brattbakk, Klaus Bergander og Janne Helgesen: Løslatt og hjemløs. Samarbeidsrapport NIBR/Byggforsk/KRUS 2006.
- Dybendal og Høydahl 2008 Kirsten Enger Dybendal og Even Høydahl: Vi blir flere og yngre – av økt innvandring, SSB, Samfunnspeilet nr. 5-6, 2008.
- Eckhoff og Smith 2006 Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, Oslo 2006.
- Econ 2007 Econ: Aktivitetsplikt mot diskriminering, Rapport 2007-027.
- Econ Pöyry 2009 Econ Pöyry: Arbeidsgiveres likestillingsarbeid – samfunnsøkonomisk analyse, mai 2009.
- Egeland mfl. 2008 Chatrine Egeland, Heidi Enehaug, Sigtuna Halrynjo, Selma T. Lyng, Helge Svare: Erfaringer med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv, Arbeidsforskningsinstituttets rapport nr. 2, 2008.
- Egeland og Basberg Neumann 2009 Cathrine Egeland og Cecilie Basberg Neumann: Evaluering av Likestillings- og diskrimineringsombudet, Arbeidsforskningsinstituttet, rapport nr. 17, 2009.
- Ellis 2005 Evelyn Ellis: EU Anti-Discrimination Law, Oxford 2005.

- Emberland 2006a Marius Emberland: *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford 2006.
- Emberland 2006b Marius Emberland: *Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet*. I *Jussens Venner* hefte 4/2006, side 198 flg.
- Evju 2003 Stein Evju: *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, i *Arbeidsrett og arbeidsliv*, hefte 1, 2003.
- Evju 2006 Stein Evju: *Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder*. Om Mangold, Chacón Navas – og arbeidsmiljølovens kap. 13, i *Arbeidsrett* nr. 3, 2006.
- Fangen mfl. 2002 Katrine Fangen, Arne Grønningseter, Thomas Lorentzen og Siv Øverås: *Levekår og livskvalitet blant hivpositive*, Fafo rapport 2002:402.
- Fauchald 2007 Ole Kristian Fauchald: *Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110b*, i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 01/02, 2007.
- Fliflet 2005 Arne Fliflet: *Kongeriket Norges grunnlov*. *Grunnloven med kommentarer*, Oslo 2005.
- Fougner og Holo 2006 Jan Fougner og Lars Holo: *Arbeidsmiljøloven*. *Kommentarutgave*, Oslo 2006.
- Fransson 2000 Susanne Fransson: *Lønediskriminering*, Stockholm 2000.
- Friestad og Skog Hansen 2004 Christine Friestad og Inger Lise Skog Hansen: *Levekår blant innsatte*, Fafo, rapport 429, 2004.
- Gerards 2008 Janneke Gerards: *Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Report prepared for the Commission to Propose a Comprehensive Anti-Discrimination Legislation in Norway* (vedlegg 2 i denne innstillingen).
- Gibson 1991 Dale Gibson: *Analogous grounds of discrimination under the canadian charter: Too much ado about next to nothing*, *Alberta Law review*, volume XXIX no 4, 1991.
- Graver 2007 Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2007.
- Grønningseter mfl. 2009 Arne Backer Grønningseter, Roland Mandal, Bjørn Richard Nuland og Hilde Haug: *Fra holdninger til levekår*. Liv med hiv i Norge i 2009. Fafo 2009: 13.
- Grønningseter og Nuland 2008 Arne Backer Grønningseter og Bjørn Richard Nuland: *Diskriminering av lesbiske, homofile og bifile og av hivpositive*, Fafo-notat 2008: 24.
- Harris mfl. 2009 David Harris et al: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009.
- Helgesen 2002 Jan E. Helgesen: *Bør vi – anno 2002 – modernisere individets grunnlovsværn?* I *Rettsteori og rettsliv*. *Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002.
- Hellerslia 2006 Thom Arne Hellerslia: *Seksuelle menneskerettigheter*, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2006 nr. 2.
- Hellum og Ketscher (red.) 2008 Anne Hellum og Kirsten Ketscher: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008.
- Helset og Stordrange 2006 Per Helset og Bjørn Stordrange: *Norsk statsforfatningsrett*, Oslo 1998.
- Heyerdahl 2008 Frøydis Heyerdahl: *Retten til ikke-diskriminering*, i *Njål Høstmælingen*, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Oslo 2008.
- Holgerson 1984 Gudrun Holgerson: *Likestillingsloven*, Oslo 1984.
- Høstmælingen 2003 Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo 2003.
- Høstmælingen mf. (red.) 2008 Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Oslo 2008.
- Haarr 2006 Dagfinn Haarr: *Trygdeytelser – diskrimineres rusmiddelavhengige?*, *Tidsskrift for den norske legeforening*, nr. 19, 2006: 126 side 2546 flg.
- Jakhelln 2004 Henning Jakhelln: *Oversikt over arbeidsretten*, Oslo 2004.
- Jakhelln 2008 Henning Jakhelln: *Forbud mot diskriminering på grunn av medlemskap i fagorganisasjon*, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.): *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008.
- Johnsen 2008 Tina Avantis Johnsen: *«Feite folk er ekle!» Om stigmatisering av overvektige*, semesteroppgave i sosialpsykologi, UiO, 2008.
- Justesen 2007 Pia Justesen: *Generelt saklighetskrav*, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* 2007 nr. 2.
- Likestillings- og diskrimineringsombudet: *Kartlegging av diskriminering i statlig sektor – første trinn?*, 2008.
- Lomell 2007 Heidi Mork Lomell: *Selektive overblikk*, Oslo 2007.
- Makkonen 2005 Timo Makkonen: *The principle of non-discrimination in international human rights law and EU-law*, Helsinki 2005.

- Mandal mfl. 2008 Roland Mandal, Bjørn Richard Nuland og Arne Backer Grønningsæter: Fortsatt farlig å kysse? Kunnskap om og holdninger til hiv, Fafo-rapport 2008:21.
- McClimans 2008 Else Leona McClimans: Rettspraksis om diskrimineringslovgivning, avgitt til diskrimineringslovutvalget, 2008.
- McClimans og Langvassbråten 2009 Else Leona McClimans og Trude Langvassbråten: Likestillingsloven § 21, en evaluering, Universitetet i Oslo og Institutt for samfunnsforskning, 2009.
- Moseng 2005 Bera Ulstein Moseng: Lesbiske og homofile arbeidstakere – pilotundersøkelse, NOVA 3/05.
- Moseng 2007 Bera Ulstein Moseng: Vold mot lesbiske og homofile tenåringer. En representativ undersøkelse av omfang, risiko og beskyttelse, NOVA rapport 19/07.
- Møller og Togeby 1999 Birgit Møller og Lise Togeby: Oplevet diskriminering. En undersøkelse blant etniske minoriteter, Nævnet for etnisk ligestilling, København 1999.
- Møse 2002 Erik Møse: Menneskerettigheter, Oslo 2002.
- Nielsen 2006 Ruth Nielsen: Princippet om likebehandling af kvinder og mænd som et generelt princip i kontraktretten, i Tidsskrift for rettsvitenskap, 2006 nr. 1, side 71 flg.
- NIKK 2008 NIKK – Nordisk institutt for kunnskap om kjønn: Flerdimensjonal diskrimineringspolitikk i Norden – en oversikt, 2008.
- Praksis 2006/2007/2008 Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO): Praksis 2006, 2007 og 2008.
- SaLDO 2007/2008 Likestillings- og diskrimineringsombudet: Saldo 2007/2008. Et samfunnsregnskap for likestilling og diskriminering, 2007/2008.
- Skaug 2008 Gry Kornelia Skaug: Livssituasjon blant tidligere innsatte, nåværende og tidligere rusavhengige med fokus på mulig diskriminering eller usaklig forskjellsbehandling, rapport utført for utvalget, 30. september 2008 (www.regjeringen.no/diskrimineringslovutvalget).
- Skjeie og Teigen 2003 Hege Skjeie og Mari Teigen: Menn imellom, Makt- og demokratiutredningen 1998-2003, Oslo 2003.
- SMED 2005 Senter mot etnisk diskriminering: Prinsipielle diskrimineringssaker 1999-2005. En rapport basert på SMEDs rettshjelpsvirksomhet, 2005.
- Smith 2006 Carsten Smith: Bør menneskerettighetene styrkes i vår grunnlov? I Jussens Venner nr. 04/2006 side 235 flg.
- Solem 2008 Per Solem: Eldres situasjon i samfunnet og diskriminering av eldre, NOVA 15. september 2008, utredning for diskrimineringslovutvalget (www.regjeringen.no/diskrimineringslovutvalget).
- Sosial- og helsedirektoratet og Nasjonalt kompetansesenter for personer med nedsatt funksjonsevne: Full deltakelse for alle. Utviklingstrekk 2001-2006.
- Sosial- og helsedirektoratets EU-prosjekt «Nasjonal bevisstgjøring for å bekjempe diskriminering»: En kunnskapsoppsummering med anbefalinger om strategier og tiltak, rapport IS-1354, 2006.
- Verdikommisjonen 2001 Valgt fellesskap; prosjektrapporter og forslag, Verdikommisjonens sluttrapport, bind 2, 2001.
- Vigerust 2008 Elisabeth Vigerust: Vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold, i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.): Diskriminerings- og likestillingsrett, Oslo 2008.
- Wildhaber 2002 Luzius Wildhaber: Protection against Discrimination under the European Convention of Human Rights – A Second-Class Guarantee?, i Baltic Yearbook of International Law, Ineta Ziemele (ed.), 2/2002.

Utenlandske rapporter og publikasjoner

- Department for Communities and Local Government: Discrimination law review. A framework for fairness: proposals for a single equality bill for Great Britain, London 12. June 2007.
- Commission for racial Equality, Race Equality and Public Procurement (UK): A guide for Public Authorities and Contractors, July 2003.
- Commission for Racial Equality, Race Equality and Public Procurement in Local Government (UK): A guide for Authorities and Contractors, July 2003.
- European Commission: Religion and belief discrimination in employment – the EU-law, November 2006.
- European Commission: Tackling multiple discrimination. Practices, policies and laws, September 2007.
- European Commission against Racism and Intolerance (ECRI): General Policy Recommendation No 7.

- European Commission against Racism and intolerance (ECRI): ECRI's rapport om Norge, (fjerde overvåkingssyklus). Vedtatt 20. juni 2008. Offentliggjort 24. februar 2009.
- European Network of Legal Experts in the non-discrimination field: Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared, Prepared by Mark Bell, Isabelle Chopin and Fiona Palmer for the European Network of Independent Experts in the non-discrimination field, July 2007.
- Integrationsverket (Sverige): Ingen diskriminering med skattemedel!, rapportserie 2000: 7.
- KOM (2001) 566 endelig Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter.
- KOM (2008) 426 endelig Forslag til rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.
- Konkurrensverket (Sverige): Författningssamling KKV FS 2008: 1, 15. juli 2008.
- Konkurrensverket (Sverige): Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen, desember 2008.
- Ontario Human Rights Commission: An intersectional approach to discrimination. Addressing multiple grounds in human rights claims, Ontario 9. oktober 2001.
- Proposition 2002/03: 65. Ett utvidgat skydd mot diskriminering.
- Proposition 2007/8: 95 Ett starkare skydd mot diskriminering.
- SOU 2004: 55 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.
- SOU 2006: 22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.
-

Vedlegg 1

Lovspeil

Tabell 1.1 Likestillingsloven

Lkstl.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer
§ 1			§ 1	Endres. Viderefører ikke presiseringen om «kvinneres stilling».
§ 1a	1		§ 14	Endres.
	2	1	§ 26	Endres. Knyttes til virksomhetens HMS-arbeid.
		2		Oppheves.
	3			Oppheves.
	4			Oppheves.
§ 1b		1	§ 12	Oppheves. Overflødig.
		2		Ikke videreført. Er i Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) foreslått tatt inn i menneskerettsloven.
				Oppheves. Overflødig.
§ 2	1		§ 2, 1. ledd	Endres. Ikke unntak for trossamfunn. Unntak for private forhold.
	2			Oppheves.
	3	1	§ 2, 2. ledd	Endres. Gjelder kun kvinner i Forsvaret.
		2		Oppheves. Overflødig.
§ 3	4		§ 3, 4. ledd	Videreføres.
	1		§ 4, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
	2		§ 4, 2. ledd, 2. punktum	Videreføres.
	3		§ 4, 2. ledd, 3. punktum	Videreføres.
	4		§ 5, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
	5		§ 10	Videreføres.
	6		§ 8	Videreføres.
§ 3a	7		§ 9	Videreføres.
	1	1	§ 13, 1. og 2. ledd	Videreføres.
		2	§ 5, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
§ 4	2		§ 13, 3. ledd	Videreføres.
	1	1	§ 22, 1. ledd, bokstav a	Videreføres.
§ 5		2	§ 22, 1. ledd, bokstav a	Videreføres.
			§ 22, 1. ledd, bokstav b og e	Videreføres.
	2		§ 25	Videreføres. Utvides til opplysninger om lønn.
	3		§ 24	Videreføres.
§ 6	1 til 4			Oppheves. Forskriftshjemmel ikke brukt.
	5			
§ 7	1		§ 4 jf. § 2	Videreføres.
	2		§ 22, 1. ledd, bokstav c	Videreføres.
§ 8			§ 17	Videreføres.
§ 8			§ 4, jf. § 2 og § 5	Videreføres i lovens generelle diskrimineringsforbud.

Tabell 1.1 Likestillingsloven

Lkstil.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer
§ 8a	1		§ 7, 1 ledd	Videreføres.
	2	1	§ 7, 2 ledd	Videreføres.
		2	§ 7, 3 ledd	Videreføres.
	3		§ 16 og § 26	Videreføres.
	4		§ 30	Videreføres.
	5		§ 30	Videreføres.
§ 9			§ 30	Videreføres.
§ 16			§ 28	Videreføres.
§ 17	1		§ 29, 1. til 3. ledd	Endret. Ansvar uten hensyn til skyld i arbeidslivet, uaktsomhetsansvar utenfor arbeidslivet.
	2		§ 29, 4. ledd	Videreføres.
§ 20	1		§ 3	Videreføres.
	2			Oppheves.
§ 21			§ 15	Videreføres.

Tabell 1.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Dtl.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer	
§ 1		1	§ 1	Endres. Viderefører ikke presiseringen om. «funksjonshemmende barrierer»	
		2		Oppheves.	
§ 2	1		§ 2, 1. ledd	Videreføres.	
	2		§ 3,1 til 3. ledd	Videreføres.	
	3		§ 3, 4. ledd	Videreføres.	
§ 3	1		§ 14	Videreføres.	
	2	1 og 2	§ 26	Endres. Utvides til å gjelde alle virksomheter. Knyttet til virksomhetens HMS-arbeid.	
				Oppheves.	
				Oppheves.	
	3			Oppheves.	
4			Oppheves.		
§ 4	1		§ 4, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.	
	2		§ 4, 2. ledd, 2. punktum	Videreføres.	
	3		§ 4, 2. ledd, 3. punktum	Videreføres.	
	4	1		§ 5, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
		2		§ 5, 1. ledd, 2. punktum	Videreføres.
	5		§ 4, 3. ledd	Videreføres.	
	6		§ 9	Videreføres.	
§ 5	7		§ 6, 2. ledd	Endres. Presisering.	
			§ 13	Videreføres.	

Tabell 1.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Dtl.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer
§ 6	1		§ 7, 1. ledd	Videreføres.
	2		§ 7, 2. ledd	Videreføres.
	3		§ 7, 1. ledd jf. 3. ledd	Videreføres.
	4		§ 9	Videreføres.
§ 6	5		§ 16 og § 26	Trakassering regulert i forskrifter til § 26.
§ 7	1		§ 8	Videreføres.
	2		§ 9	Videreføres.
§ 8	1 til 3		§ 10	Videreføres.
	4		§ 9	Videreføres.
§ 9	1 til 3		§ 18, 1. til 3. ledd	Videreføres.
	4		§ 6, 1. ledd	Videreføres.
	5		§ 18, 4. ledd	Videreføres.
	6		§ 18, 5. ledd	Videreføres.
§ 10			Oppheves.	
§ 11	1	1	§ 19, 1. ledd	Lovtekniske presiseringer.
	2	1 og 2	§ 19, 2. ledd, 1. og 2. punktum	Videreføres.
		3		Oppheves.
	3		§ 19, 2. ledd, 3. punktum	Videreføres.
§ 12	1		§ 19, 3. ledd	Videreføres.
	2		§ 27, 1. ledd	Videreføres.
	3		§ 21, 1. ledd	Videreføres.
	4		§ 20, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
	5		§ 20, 1. ledd, 2. punktum	Videreføres.
	6		§ 20, 2. ledd, § 21, 2. ledd og § 27, 2. ledd	Videreføres.
§ 13			§ 6, 1. ledd	Videreføres.
§ 13			§ 28	Videreføres.
§ 14			§ 25, 1. ledd	Videreføres.
§ 15			§ 50	Videreføres.
§ 16	1	1	§ 30	Videreføres.
		2	§ 30, 1. ledd bokstav e	Videreføres.
	2 til 5		§ 49	Videreføres.
§ 17			§ 29	Endres. Ansvar uten hensyn til skyld i arbeidslivet, uaktsomhetsansvar utenfor arbeidslivet.

Tabell 1.3 Lov mot etnisk diskriminering (diskrimineringsloven)

Etnl.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer
§ 1			§ 1	Videreføres.
§ 2	1	1	§ 12, 1. ledd	Videreføres.
		2		Oppheves.
§ 3	1	1	§ 2, 1. ledd	Videreføres.
		2 og 3	§ 5, 1. ledd, 1. punktum	Særregelen for trossamfunn oppheves. Omfattes av unntaket for saklig forskjellsbehandling.
	2		§ 3, 1. ledd	Videreføres.
	3		§ 3, 4. ledd	Videreføres.
§ 3 a	1		§ 14	Videreføres.
	2	1 og 2	§ 26	Endres. Utvides til alle virksomheter. Knyttet til virksomhetens HMS-arbeid.
		3		Oppheves.
	3			Oppheves.
	4			Oppheves.
	5			Oppheves.
§ 4	1		§ 4, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
	2		§ 4, 2. ledd, 2. punktum	Diskrimineringsvernet for foretak oppheves. Videreføres for øvrig.
	3	1	§ 4, 2. ledd, 3. punktum	Videreføres.
		2		Oppheves.
	4		§ 5, 1. ledd	Videreføres.
	5		§ 9	Videreføres.
§ 5	1	1	§ 7, 1. ledd	Videreføres.
		2	§ 7, 2. ledd	Videreføres.
	2		§ 9	Videreføres.
	3		§ 16 og § 27	Videreføres.
§ 6	1	1	§ 8	Videreføres.
		2	§ 8	Videreføres.
	2		§ 9	Videreføres.
§ 7	1		§ 23	Videreføres.
	2	1	§ 23, 2. ledd	Videreføres.
		2	§ 23, 3. ledd	Videreføres.
§ 8			§ 13	Videreføres.
§ 9	1		§ 10, 1. ledd	Videreføres.
	2		§ 10, 2. ledd	Videreføres.
§ 10			§ 28	Videreføres.
§ 11			§ 25, 1. ledd	Videreføres.
§ 12			§ 50	Videreføres.
§ 13			§ 30 og § 48	Videreføres. Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt overføres til Arbeidstilsynet.
§ 14			§ 29	Endres. Ansvar uten hensyn til skyld i arbeidslivet, uaktsomhetsansvar utenfor arbeidslivet.
§15			§ 52	Videreføres.

Tabell 1.4 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

Aml.	Ledd	Punktum	Ny lov	Endret aml.	Kommentarer
§ 13-1	1		§ 4	§ 13-1 (1)	Videreføres. Grunnlagene politisk syn, alder og seksuell orientering overføres til ny lov. Medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse forblir regulert i arbeidsmiljøloven.
	2		§ 7 og § 8	§ 13-1 (2)	Videreføres.
	3			§ 13-1 (1)	Forblir regulert i arbeidsmiljøloven
	4			§ 13-1 (3)	Erstattes med en henvisning til diskrimineringsloven.
	5			§ 13-1 (3)	Erstattes med en henvisning til diskrimineringsloven.
§ 13-2	1		§ 22	§ 13-2 (1)	Videreføres.
	2		§ 4 jf. § 2	§ 13-2 (2)	Oppheves i arbeidsmiljøloven mht selvstendige. Spørsmål om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, midlertidig ansettelse eller deltid er ikke relevant for denne gruppen.
	3		§ 4 jf. § 2	§ 13-2 (3)	Videreføres i arbeidsmiljøloven.
	4			§ 13-2 (4)	Forblir i arbeidsmiljøloven.
§ 13-3	1		§ 5, 1. ledd, 2. punktum	§ 13-3 (1)	Videreføres.
	2		§ 5, 1. ledd, 1. punktum	§ 13-3 (2)	Videreføres.
	3				Oppheves.
	4				Oppheves.
§ 13-4	1	1	§ 23, 1. ledd bokstav b og c	§ 13-4 (1)	Videreføres. Spørsmål om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon forblir regulert i arbeidsmiljøloven.
		2	§ 23, 1. ledd	§ 13-4 (1) 1 punktum	Videreføres.
	2	1	§ 23, 2. ledd		Videreføres.
		2	§ 23, 2. ledd		Videreføres.
		3	§ 23, 3. ledd		Videreføres.
§ 13-6			§ 13		Videreføres.
§ 13-7			§ 25		Videreføres. Utvides til opplysninger om lønn.
§ 13-8			§ 28		Videreføres.
§ 13-9	1	1	§ 29, 1. ledd	§ 13-9 (1) 1 punktum	Endres. Ansvar uten hensyn til skyld i arbeidslivet, uaktsomhetsansvar utenfor arbeidslivet.
		2	§ 29, 2. ledd	§ 13-9 (1) 2 punktum	Videreføres.
	2		§ 29, 4. ledd	§ 13-9 (2)	Videreføres
	3			§ 13-9 (3)	Oppheves i diskrimineringsloven.
§ 13-10			§ 50	§ 13-10	Videreføres.

Tabell 1.5 Diskrimineringsombudsloven

Dol.	Ledd	Punktum	Ny lov	Kommentarer
§ 1	1			Oppheves.
	2		§ 33	Videreføres.
§ 2			§ 36	Videreføres.
§ 3	1	1	§ 31	Endres i samsvar med lovens anvendelsesområde.
		2	§ 31	Endres i samsvar med lovens anvendelsesområde.
	2		§ 30	Videreføres, og utvides i samsvar med ny lovs virkeområde.
		3	§ 34, 1. ledd	Videreføres.
		4	§ 32, 1. ledd	Videreføres.
		5	§ 35, 1. ledd, 1. punktum	Videreføres.
3	2	§ 35, 1. ledd, 2. punktum	Videreføres.	
		§ 35, 2. ledd	Videreføres.	
	4	§ 35, 3. ledd	Videreføres.	
	6	§ 32, 2. ledd	Videreføres.	
§ 4	1		§ 34, 2. ledd	Videreføres.
	2		§ 34, 3. ledd	Videreføres.
	3		§ 34, 4. ledd	Videreføres.
§ 5			§ 37	Videreføres.
§ 6	1		§ 38, 1. ledd	Videreføres.
	2		§ 38, 2. ledd	Videreføres.
	3		§ 40	Videreføres.
§ 7			§ 39	Videreføres.
§ 8			§ 41	Videreføres.
§ 9			§ 44	Videreføres.
§ 10			§ 45	Videreføres.
§ 11			§ 43	Videreføres.
§ 12			§ 42	Videreføres.
§ 13			§ 51	Videreføres.
§ 14			§ 51	Videreføres.
§ 15			§ 46	Videreføres.
§ 16			§ 47	Videreføres.
§ 17				Oppheves.
§ 18				Oppheves.

Vedlegg 2

Janneke Gerards: Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights

Report prepared for the Commission to Propose a Comprehensive Anti-Discrimination Legislation in Norway

Prof. dr. J.H. Janneke Gerards, University of Leiden, the Netherlands 11 December 2008

1 Background and aims of Protocol No. 12 – the accessory character of Article 14

Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights¹ has a relatively long history. Inter-governmental work on the Protocol started in the 1990s, when preparations for the new protocol were made by the Steering Committee for Human Rights (CDDH).² The Protocol was adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 26 June 2000 and it was opened for signature by the member states of the Council of Europe on 4 November 2000 in Rome.³ The Twelfth Protocol entered into force on 1 April 2005, when was ratified by the required number of ten signatory states.⁴ At 1 December 2008, the Protocol was signed by 37 member states and ratified by 17 member states of the Council of Europe. This means that, at present, 10 member states have not signed the Protocol.⁵ Of the 37 signatory states, 20 states have not ratified the Protocol.

The primary reason for drafting and adopting the Twelfth Protocol were the limitations of the present non-discrimination provision of Article 14 ECHR.⁶ The possible strength of Article 14 has been strongly reduced by the fact that is not an independent provision.⁷ According to the text of the Article the prohibition of discrimination can only be invoked in conjunction with other, substantive Convention provisions. Only if the subject-matter of a discrimination complaint comes 'within the ambit' of such a provision, the complaint may be examined by the Court.⁸ The result is that Article 14 offers only limited protection against discrimination in the area of social, cultural and economic rights, since these rights are not expressly protected by the Convention.⁹

The restrictive effects of the accessory character of Article 14 have been reduced somewhat by the readiness of the European Court of Human Rights to give a broad interpretation to the various Convention rights in order to declare non-discrimination complaints admissible.¹⁰ An example of this is the case of *Sidabras and Džiautas*, in which

¹ CETS No. 177; see <http://conventions.coe.int>.

² Since the drafting history of the Protocol is not of real relevance to the question of ratification, a lengthy discussion will be left out here; a detailed discussion of the drafting history can be found with Schokkenbroek 2003, p. 19ff. Of course, this report will make reference to the drafting history and the views exchanged during the drafting process whenever this seems appropriate and relevant.

³ For more information, see <http://conventions.coe.int>.

⁴ The first States to ratify the Protocol were Albania, Armenia, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Cyprus, Finland, Georgia, Montenegro, the Netherlands, San Marino, Serbia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia. For these states, the Protocol entered into force at 1 April 2005. More recently, the following states have ratified to the Protocol: Andorra (ratification on 6 May 2008), Luxemburg (ratification on 21 March 2006), Romania (ratification on 17 July 2006), Spain (ratification on 13 February 2008) and Ukraine (ratification on 1 July 2006).

⁵ Bulgaria, Denmark, France, Lithuania, Malta, Monaco, Poland, Sweden, Switzerland and the United Kingdom have not signed the Protocol.

⁶ Cf. Wintemute 2004a, p. 367.

⁷ Cf. Fredman 2002b, p. 6 and Moon 2000, p. 49.

⁸ Initially, the requirements placed on the relationship with a substantive Convention provision were very strict; see e.g. European Committee on Human Rights 8 March 1960, Appl. 16/808, *Isop/Austria*, Yearbook of the European Convention on Human Rights 5 (1962), p. 108 ff, in which it chose an approach whereby a claim was only admissible where it appeared that a Convention provision was violated. In the *Belgian Linguistics* case, the Court itself made clear that a violation was not necessary (ECtHR 23 July, *Belgian Linguistics Case*, Series A, Vol. 6, § 9). The present «within the ambit» formula was introduced by the Court in the *Abdulaziz* case (ECtHR 28 May 1985, Series A, Vol. 94, § 71) and has been used ever since.

⁹ See e.g. Kerdel 2001, p. 43 and Gerards 2005a, p. 107.

¹⁰ Cf. Tsatsa-Nikolovska 2008, p. 28.

the ECtHR held that, for the purpose of the examination of a complaint about discrimination, access to private employment should be taken to come within the ambit of the right to privacy protected by Article 8.¹¹ Likewise, the Court has interpreted Article 8 as covering such issues as planning policy and health care¹² and it has brought all kinds of social security benefits within the ambit of the right to property as guaranteed by Article 1 of the First Protocol.¹³

Of special relevance to the way in which the Court defines the «ambit» of the substantive provisions of the Convention is its admissibility decision in *Stec* (2005).¹⁴ In this case the Grand Chamber of the Court held that Article 1 of Protocol No. 1:

«... places no restriction on the Contracting State's freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme. If, however, a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit ... that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements. In cases ... concerning a complaint under Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 that the applicant has been denied all or part of a particular benefit on a discriminatory ground covered by Article 14, the relevant test is whether, but for the condition of entitlement about which the applicant complains, he or she would have had a right, enforceable under domestic law, to receive the benefit in question.»¹⁵

In the recent case of *Carson* (2008), the Court confirmed that this means that the prohibition of discrimination in Article 14 extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms that the Convention and Protocols require each State to guarantee:

«It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention article, for which the State has voluntarily decided to provide».¹⁶

As a consequence, the prohibition of discrimination of Article 14 applies as soon as a discrimination complaint somehow relates to a Convention right, even if the right itself would not be applicable to the facts of the case. Furthermore, if a state provides more extensive protection to a right than the Convention obliges it to do, Article 14 of the Convention requires that the state act a non-discriminatory manner.

Since the Court has thus widened the scope of Article 14, the difference in scope between Article 14 and Article 1 of Protocol No. 12 is not as large as is sometimes thought. Nonetheless, the Convention still primarily guarantees «classic» civil and political rights. In a number of cases the Court has indicated that these rights cannot infinitely be stretched to cover social rights, even though it has accepted that «the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation».¹⁷ The Court has held that such issues as access to public places or protection of the environment cannot generally be considered to fall within the scope of the Convention.¹⁸ In addition, the Court's case-law on the accessory character of Article 14 is not entirely consistent. Although the Court in many cases defines «the ambit» of the substantive provisions as widely as possible, various cases can be mentioned in which the Court has declared the discrimination complaint inadmissible because the substantive articles were not held to be «applicable» or because no interference with a substantive right was established.¹⁹

¹¹ ECtHR 27 July 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Reports 2004-VIII, §§ 47-50.

¹² It has done so even outside the context of discrimination complaints; see e.g. ECtHR 16 November 2004, *Moreno Gómez v. Spain*, Reports 2004-X (relating to regulation of noise levels in residential areas), ECtHR 4 May 1999 (dec.), *Marzari v. Italy*, appl. no. 36448/97 (relating to rights of disabled persons), ECtHR 4 January 2005 (dec.), *Pentiacova v. Moldavia*, Reports 2005-I (relating to access to and quality of health care).

¹³ See e.g. ECtHR 30 September 2003, *Koua Poirrez v. France*, Reports 2003-X and ECtHR 6 January 2005 (dec.), *Hoogendijk v. the Netherlands*, appl. no. 58641/00. The Court has even brought some social benefits under the ambit of Article 8 of the Convention: in the case of *Niedzwiecki*, the Court held that «by granting child benefits, States are able to demonstrate their respect for family life within the meaning of Article 8 of the Convention; the benefits therefore come within the scope of that provision» (ECtHR 25 October 2005, *Niedzwiecki v. Germany*, appl. no. 58453/00, § 31).

¹⁴ ECtHR 6 July 2005 (GC, dec.), Reports 2005-X.

¹⁵ *Stec*, §§ 54 and 55; see more recently ECtHR 22 January 2008 (GC), *E.B. v. France*, appl. no. 43546/02, § 49 and ECtHR 4 November 2008, *Carson and Others v. UK*, appl. no. 42184/05, § 71.

¹⁶ ECtHR 4 November 2008, *Carson and Others v. UK*, appl. no. 42184/05 § 70. The court has applied this line of case-law also with respect to Article 8 of the Convention; see ECtHR 22 January 2008, no. 43546/02, §§ 48/49.

¹⁷ ECtHR 6 July 2005 (GC, dec.), *Stec and Others v. UK*, Reports 2005-X, § 52.

Consequently, quite a large number of possible equal treatment cases cannot be successfully challenged under Article 14 of the Convention. Cases about employment decisions regarding civil servants, about specific social rights issues (access to public facilities, access to health-care),²⁰ about the choice of the language of correspondence with public authorities,²¹ about issues of «racial profiling»,²² about access to nationality²³ or about certain aspects of asylum and immigration policy will still be declared inadmissible.²⁴ In addition, it appears from the Court's case-law that it does not regard Article 14 as a central Convention provision.²⁵ In many cases the Court refuses to address a non-discrimination complaint if it has already decided upon the complaint about interference with a substantive non-discrimination provision.²⁶ Only in rare cases the Court provides substantive reasoning in reaction to a discrimination complaint. The result of the Court's reluctance to deal with non-discrimination claims is that its non-discrimination case-law is relatively underdeveloped in comparison to that about other fundamental rights protected by the Convention.²⁷

It is precisely for these reasons that the Twelfth Protocol was proposed and accepted.²⁸ The Protocol contains an independent, self-standing prohibition of discrimination and applies to all situations in which a difference in treatment arises under national law.²⁹ For states in which Protocol No. 12 has entered into force, this means

that individual applicants can bring any case of unequal treatment by the state before the European Court of Human Rights, regardless of its subject. Even if a case solely concerns social or cultural rights it will have to be considered by the Court under Protocol 12. This does not only mean that individuals are protected against discrimination in a more effective manner, but also that the Court will more often be called upon in equal treatment cases, enabling it to further develop its case-law.

2 Research questions and approach

The primary aim and intended effect of Protocol No. 12 is to widen the scope of the prohibition of discrimination to provide better and more sophisticated protection of individuals against unequal treatment. Although this seems to be clear at the outset, many questions can be asked as to the exact meaning and effects of the Protocol. This report will address the most important of these questions, which have been specified as follows by the Commission to Propose a Comprehensive Anti-Discrimination Legislation in Norway:

1. Positive obligations and indirect horizontal effect

It is believed that ECHR Protocol 12 Article 1 includes positive obligations on the signatories, including an indirect horizontal effect of the provision.

¹⁸ E.g. ECtHR 22 May 2003, *Kyrtatos v. Greece*, Reports 2003-VI (environmental protection), ECtHR 24 February 1998, *Botta v. Italy*, Reports 1998-I (rights of disabled persons) and ECtHR 8 July 2003 (dec.), *Seniges v. the Netherlands*, app. no. 27677/02; see Wintemute 2004a, p. 373 and De Schutter 2005, p. 23 for some other examples. It must be remarked, however, that it is not yet clear what the influence of the new *Stec*-line of case-law will mean in this respect – if a state normally provides legislative protection to disabled persons but does this in a discriminatory fashion, it may well be that the Court extends its *Stec*-reasoning to such a case. If that happens, the distinction in scope between Article 14 and Article 1 of Protocol is reduced even further.

¹⁹ See e.g. ECtHR 19 October 2005 (GC), *Roche v. UK*, Reports 2005-X, § 133 and ECtHR 27 July 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Reports 2004-VIII, § 72 (with respect to the complaint about Article 14 in conjunction with Article 10).

²⁰ See e.g. ECtHR 19 April 2007 (GC), *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, appl. no. 63235/00, § 94 and ECtHR 4 September 2007 (dec.), *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento E Dalla Guerra Di Liberazione and 275 Others v. Germany*, appl. no. 45563/04.

²¹ See ECtHR 30 November 2006, *Igors Dmitrijevs v. Latvia*, no. 61638/00, § 85.

²² On this see in particular Goldston 2006, p. 54/55.

²³ De Schutter 2005, p. 24.

²⁴ Cf. Baker 2006, p. 715 and Wintemute 2004a, p. 375. It must be stressed that even in these situations, some forms of discrimination might come within the scope of Article 14, as is exemplified by the case of *Thlimmenos v. Greece* (ECtHR 6 April 2000, Reports 2000-IV). Although the case really concerned an employment decision and the Court had then not yet decided that these come within the scope of Article 8, the Court considered it relevant that distinction made was (indirectly) based on the applicant's religion. For that reason, the Court accepted that there was a sufficient relationship between the discrimination and the right to freedom of religion. In this manner, the ground of discrimination itself may sometimes render Article 14 ECHR applicable, even if the case concerns a right that would not normally come within the scope of the Convention. See further on this Wintemute 2004a, p. 371ff.

²⁵ Cf. Moon 2000, p. 49.

²⁶ Fredman 2002b, p. 6 and Provine 2005, p. 97. For an example, see ECtHR 5 October 2006, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, appl. no. 72881/01, § 101.

²⁷ Fredman 2002b, p. 6/7; Provine 2005, p. 99ff; cf. also Schokkenbroek 2005, p. 24, who explains that the fact that there was so little Strasbourg case-law available about racial discrimination inspired the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) to propose an independent prohibition of discrimination.

1. How broad will the positive obligations and indirect horizontal effect flowing from ECHR Protocol 12 Article 1 be?
2. Will such positive obligations and horizontal effect be more comprehensive than those already existing under the main Convention's anti-discrimination protection scheme, i.e. Article 14 in particular? If so, in what ways?
3. What will be the limits (if any) of positive obligations and indirect horizontal effect flowing from ECHR Protocol 12 Article 1?
4. An orientation about the discussion whether the obligation to introduce positive actions or preferential treatment might form part of the positive obligations flowing from the Protocol.

II. Scope of ECHR Protocol 12 Article 1

ECHR Protocol 12 represents a general (as opposed to an accessory) prohibition clause against discrimination. In the Explanatory Report para. 22 it is suggested an expansion of the present Convention anti-discrimination protection as follows:

- «the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law,
- in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner,
- by a public authority in the exercise of discretionary power,
- by any act or omission by a public authority.»

The Commission is interested in a detailed analysis on the meaning and implications of the expansions listed in the Explanatory Report. Also, the Commission is interested in views as to what are the differences (if any) between a general principle of non-arbitrariness in public administration and the scope of ECHR Protocol 12 Article 1.

III. Relationships between Article 14 of the Convention and ECHR Protocol 12 Article 1.

Article 14 of the Convention will not be made void even if ECHR Protocol 12 Article 1 comes into force.

1. Is it likely that the European Court of Human Rights, in its interpretation of Article 14 of the Convention, will refer to and draw upon developments with regard to its interpretation of ECHR Protocol 12 Article 1? The Commission is particularly interested in more details on this question, as it has been suggested in the literature that the Court's judgment in *Thlimmenos v. Greece* may have been inspired by the work on ECHR Protocol 12 Article 1.
2. What other relationships might there be between the two anti-discrimination provisions once Protocol 12 Article 12 has come into effect?

This report aims to provide answers to these questions on the basis of the available legal literature and case law. In addition, on request of the Commission a short section (IV) is added to explain the interrelationship between Article 1 of Protocol No. 12 and Article 26 of the International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR).

As a preliminary to the report it must be remarked that little English-, Dutch-, German- or French-language literature has become available after the entry into force of the Protocol. The scholarly lack of interest in the Protocol might be explained by the fact that many important member states have still not signed or ratified the Protocol, as well as by the fact that, as yet, no cases about Protocol No. 12 have been decided by the European Court of Human Rights.³⁰ Although little information is available about cases pending before the Court, it may be derived from the available data that only a few cases have been brought under the Protocol thus far.³¹ This might be different for the courts in the states that have ratified the Protocol, but due to language difficulties it is hard to investigate to what extent the Protocol has been invoked in national procedures. In the Netherlands, the Protocol has been invoked

²⁸ Cf. in particular Schokkenbroek 2005, p. 20ff and Wintemute 2004a, p. 367.

²⁹ This seems to have been the most important reason to introduce the Protocol; see the Explanatory Report, § 7 and cf. the Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of 14 January 2000, Doc. 8614, § 4.

³⁰ The Court has mentioned the Protocol in its recent admissibility decision in *Alboize-Barthes and Laure Alboize-Montezume v. France*, but the reason why was not entirely clear. It only stated that the facts of the case would come within the scope of the new Protocol No. 12, but that this Protocol was not applicable to the case since it had not been ratified by the respondent state (ECtHR 21 October 2008, appl. no. 44421/04).

before the (lower) courts a number of times, but this has always been done in combination with other non-discrimination provisions, such as those contained in Article 26 ICCPR or Article 14 ECHR. Unfortunately, in none of these cases the Dutch courts have interpreted and applied Article 1 of Protocol No. 12 on its own, nor have they addressed any of the questions raised by the Commission.

As a result it is still rather difficult to answer questions as to the interpretation, meaning and scope of Protocol No. 12. The present report therefore draws heavily on the Explanatory Report to the Protocol, the drafting history, the existing case-law of the European Court of Human Rights and the sparse legal literature that is available. Answers to the research questions can and will only be given with great prudence.

3 Positive obligations, (indirect) horizontal effect and preferential treatment

3.1 Positive obligations and (indirect) horizontal effect

3.1.1 *The Explanatory Report*

According to the Explanatory Report to Protocol No. 12, Article 1 of the Protocol embodies a primarily negative obligation for the states, *i.e.* an obligation and to refrain from making unjustified distinctions between individuals or groups.³² The text of Article 1 makes clear that a complaint about discrimination must relate to the enjoyment of «any right set forth by law» in order to be judicially enforceable. This formula has been included expressly to limit the possibility of reading positive obligations into the text.³³ It implies that Article 1 contains an obligation for the government

not to discriminate when securing *existing* rights. This means that the text cannot easily be read as to include an obligation to create *new* rights or to introduce specific legislation to protect the principle of equal treatment.³⁴

As a species of the debate about positive obligations, attention has been paid in the drafting history to the question whether Protocol No. 12 might have any (indirect) horizontal effect. It appears from the Explanatory Report that the Twelfth Protocol is not intended to impose a general positive duty on the states to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private parties.³⁵ No obligation should be inferred from the text to adopt general legislation prohibiting discrimination in employment or the provision of services and goods. The drafting committee even expressly rejected a number of text variants which would more easily allow for direct or indirect horizontal effect.³⁶ The text that is finally chosen is meant to restrict any horizontal effect by expressly stating in the second paragraph that it is discrimination *by public authorities* that is prohibited.³⁷

Obviously, much has been done by the drafters to limit the horizontal effect of the Protocol, but the possibility of indirect horizontal effect cannot be ruled out entirely. The Explanatory Report states that a failure to provide protection against discrimination in very serious and grave cases may constitute a failure to comply with Article 1, even if a case concerns a horizontal relationship.³⁸ It reduces the possible impact of this statement by asserting that any such positive obligation would concern, at the most, relations in the public sphere that are normally regulated by law and for which a state has a certain responsibility (e.g. access to work and access to public services or utilities such as medical care and water).³⁹ The Explanatory Report also underlines that purely private matters would not be affected by the Protocol.⁴⁰ As De Schutter has mentioned, this may be taken to mean that in the interactions between

³¹ More information can be found via <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=15556776&skin=hudoc-cc-en>. This is not to say that there is little interest for the Protocol and that no cases can be expected. Cases can only be declared admissible by the Court if all national remedies have been exhausted. Since many national legal proceedings take longer than three years to be completed and the Protocol has only entered into force in April 2005, and since it always takes some time for legal practitioners to «discover» a new instrument such as Protocol No. 12, it can be expected that more cases will be brought in the near future and that it will be long before some interesting cases will be declared admissible by the Court.

³² Explanatory Report, § 24.

³³ Which could imply some indirect horizontal effect; see Explanatory Report, §§ 27 and 29.

³⁴ Explanatory Report, § 25.

³⁵ Explanatory Report, § 25.

³⁶ Cf. Schokkenbroek 2005, p. 32, explaining that the text «No one shall be discriminated on any ground such as...» was rejected since the wording did not distinguish between public authorities and private actors as being the source of discrimination.

³⁷ Schokkenbroek 2005, p. 33.

³⁸ Explanatory Report, § 26.

³⁹ Explanatory Report, § 28.

⁴⁰ Explanatory Report, § 28.

private individuals the state authorities will only be under an obligation to prevent the most flagrant cases of discrimination and offer remedies to the victims thereof.⁴¹

The definition of the scope of Article 1 of Protocol No. 12 does not entirely exclude any (indirect) horizontal effect. As will be explained in section II.2, the second paragraph of Article 1 does cover contracts in which a public authority is engaged, as well as services provided by the government (e.g. public transport or education). It is plausible that the second paragraph also covers decisions taken by a public authority in its capacity as an employer.⁴² This means that the Protocol has, to a certain extent, horizontal effect, since the factual legal relationship in these cases is more «horizontal» than «vertical» in character. It is important to note, however, that such horizontal effect also arises from Article 14 of the Convention – according to the Court’s case-law, the state always has the obligation to respect Convention rights, whether it acts in its official state capacity or not.⁴³ Still, there is an important difference. As a result of the accessory character of Article 14 and the limited applicability of Articles 6 and 8 to employment relationships with civil servants, the present prohibition of discrimination does not generally cover the kind of discrimination issues that may arise from such relationships. The same is true for discrimination complaints about access to (some) public facilities and services. Because of the self-standing character of Article 1 of Protocol No. 12, employment complaints by civil servants and complaints relating to (allegedly) discriminatory provision of services by the government (for example complaints about accessibility of public transport facilities for disabled persons) can now be decided on their merits by the Strasbourg Court. Although it is debatable whether this can really be regarded as horizontal application of the European Convention, it may be a factor to be taken into account in deciding about the ratification of the Protocol.

3.1.2 Case-law of the European Court of Human Rights

Introduction

As has been mentioned before, no Strasbourg case-law is presently available in which the

Twelfth Protocol has been interpreted and applied. It therefore cannot be said with certainty whether the European Court will opt for a similar approach concerning positive obligations as is currently used with respect to Article 14. This makes it rather difficult to predict the scope of any possible positive obligations and horizontal effect that may flow from Protocol No. 12. However, the Court will probably follow its established case-law, building on precedents it has already created.⁴⁴ This section will therefore set out the general line in the Court’s case-law on positive obligations and the creation of (indirect) horizontal effect under Article 14 of the Convention.

Positive obligations in the Court’s present case-law

The Court does not easily read positive obligations into the Convention if there is much controversy between the member states about the exact meaning or scope of a certain right. It usually leaves a wide margin of appreciation to the states in sensitive or complicated policy areas such as planning policy, tax law or social security. The Court defines positive obligations on the basis of a balancing exercise, whereby it juxtaposes the individual interest of the applicant (e.g. an interest to non-discrimination) and the general interest of the state (i.e. the interest not to treat cases in the same way). If a wide margin of appreciation is left to the state, the government’s reasons not to accommodate an individual interest to equal treatment will relatively easily be accepted.⁴⁵

As regards the positive obligations that the Court has read into the prohibition of discrimination of Article 14 ECHR, it can be concluded that such obligations and effects are limited in scope. The most important positive obligations that have

⁴¹ De Schutter 2005, p. 25.

⁴² Cf. Gerards 2005a, p. 118.

⁴³ Gerards 2005a, p. 117/118.

⁴⁴ It is rather unclear how much value the Court will attach to the drafting history of (new) protocols. The Court does not have a reputation for closely reading and respecting the *travaux préparatoires* or the explanatory reports of the rights contained in the Convention and its Protocols; cf. Ost 1992, p. 290 and Orakhelashvili 2003, p. 537 and 547. The Court expressed the limited value of the *travaux préparatoires* for example in the case of *Loizidou v. Turkey* (ECtHR 23 March 1995 (prel. obj.), Series A, Vol. 310, § 71; in other cases, however, it has made clear that the *travaux* may be used to support a textual interpretation of the Convention (e.g. ECtHR 4 April 2000, *Witold Litwa v. Poland*, Reports 2000-III, §§ 59ff). It may be expected, however, that the Court will respect the opinion of the drafters if they reflect the existence of a clear European consensus and if the *travaux* are of topical interest.

⁴⁵ See e.g. ECtHR 29 April 2008 (GC), *Burden v. the United Kingdom*, appl. no. 13378/05.

been found to exist under Article 14 are procedural in nature. Such procedural obligations have only recently been accepted by the Court in the case of *Nachova* (2005).⁴⁶ *Nachova* concerned the killing of two Roma by military policemen who were attempting to arrest them. According to the applicants, the facts disclosed disproportionate use of violence that was motivated by racial prejudice against Roma. Although the Court found that no racist intent had been established «beyond reasonable doubt», it did find a positive obligation to investigate allegations of racist motive:

«... the authorities' duty to investigate the existence of a possible link between racist attitudes and an act of violence is an aspect of their procedural obligations arising under Article 2 of the Convention, but may also be seen as implicit in their responsibilities under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 to secure the enjoyment of the right to life without discrimination.»⁴⁷

In later case-law the Court has explained that this positive obligation is not an absolute one, but an obligation to use best endeavours – the authorities must do what is reasonable in the circumstances.⁴⁸ In addition, the Court has made clear in the case of *Angelova and Iliev* that the national criminal legislation should contain a specific category for racially motivated offences in order to combat racial prejudice more effectively.⁴⁹ It can be derived from the latter line of case-law that the Court will also sometimes oblige national states to introduce legislation to combat particular forms of discrimination. It may be noted, however, that the case of racially motivated violence is highly specific – the Court itself clearly referred in all relevant cases to the need «to reassert continuously society's condemnation of racism and to maintain the confidence of minorities in the authorities' ability to protect them from the threat of racist violence».⁵⁰ It therefore cannot be concluded from this case-law that the Court will also be willing to adopt positive obligations to legislate against discrimination in other situation types.

Substantive positive obligations (such as an express obligation to apply the prohibition of

discrimination in private or horizontal relations) have not been accepted under Article 14 ECHR. However, some positive obligations may arise from the combination of Article 14 and provisions such as Article 8 or Article 1 of Protocol No. 1. For example, if a state recognises individual rights and claims in the area of social security, the Court has held that the state should refrain from offering these advantages in a discriminatory way.⁵¹ This primarily negative obligation may easily be translated into a positive obligation to guarantee all kinds of national benefits and advantages without discrimination. A good example of this can be found in the case of *Petrov*, which concerned the possibility for prisoners to maintain contact with their families.⁵² Unlike married prisoners, the applicant had not been allowed to use the telephone to call his long-term partner. The Court held that Article 8 implies a positive obligation for the states to assist inmates in maintaining contact with their close family.⁵³ Since no convincing explanation had been advanced by the government to justify the difference in treatment between married and unmarried prisoners, the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 8.⁵⁴ This outcome does imply an obligation for the respondent state to remove the difference in treatment with respect to contact between prisoners and their partners. Since the Court has regularly found such positive obligations to exist under Article 14 in combination with Article 1 of Protocol No. 1, Article 8 and other Articles of the Convention, it is probable that it will also recognise such obligations under Article 1 of Protocol No. 12.

The substantive kind of positive obligations described above differs from the general obligation to adopt legislation to combat discrimination in private law relationships. Although this cannot be said with any certainty, it does not seem very likely that the Court would accept such an obliga-

⁴⁶ ECtHR 6 July 2005 (GC), *Nachova and Others v. Bulgaria*, Reports 2005-VII.

⁴⁷ § 161.

⁴⁸ ECtHR 13 December 2005, *Bekos and Kontropoulos v. Greece*, appl. no. 15250/02, § 69.

⁴⁹ ECtHR 26 July 2007, *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, appl. no. 55523/00, §§ 116/117.

⁵⁰ *Angelova and Iliev*, § 116. See also ECtHR 26 July 2007, *Cobzaru v. Romania*, appl. no. 48254/99, § 88 («racial violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment»). Cf. De Schutter 2005, p. 18/19.

⁵¹ E.g. ECtHR 6 July 2005 (GC, dec.), *Stec and Others v. UK*, Reports 2005-X.

⁵² ECtHR 22 May 2008, *Petrov v. Bulgaria*, appl. no. 15197/02.

⁵³ § 51.

⁵⁴ §§ 54/55.

tion. Not only is it clear from the drafting history that such an obligation is expressly rejected by the states parties, there is no indication in the existing case-law on Article 14 that the Court would be willing to accept such an obligation. Abstract and general judgments in which the Court expresses a broad view on the lack of specific legislation are extremely rare. Examples are almost only visible in the sphere of abuse of minors, where the Court has found the lack of specific legislative possibilities for criminal prosecution to be incompatible with the need to protect the right to respect for the private life of the victim.⁵⁵ The Court has made clear that it normally will not interfere in the national choice to prefer civil-law provisions over criminal-law provisions:

«... the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring «respect for private life», and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue. Recourse to the criminal law is not necessarily the only answer.»⁵⁶

It is only because of the highly abject character of abuse of minors that the Court has accepted a positive obligation to introduce criminal-law provisions in this area:

«The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated.»⁵⁷

The Court has reiterated this principle in later case-law, which illustrates that it will not normally oblige the member states to make specific legislative choices.⁵⁸

Other examples of legislative positive obligations concern clear legislative anomalies or mistakes, as in the case of *L. v. Lithuania*.⁵⁹ In the case

of *L.*, the right for transsexuals to change their gender and their civil status was recognised by Lithuanian law, but a bill to allow transsexuals to complete full gender-reassignment surgery was already pending for years without being accepted or rejected. The Court did not see any good reason not to adopt the bill and it held that the necessary legislation should be adopted within three months of the judgment becoming final.⁶⁰

In all of these situations, a clear violation of important individual rights was effected by a lack of legislation in an area where the Court usually does not leave a wide margin of appreciation. Apart from this highly specific category of cases, the Court will not easily accept a positive obligation to actively develop and adopt legislation.

(Indirect) horizontal effect in the Court's present case-law

As to the horizontal effect of the Protocol it is doubtful whether this will reach any further than the effect that has already been created by the Court. The present case-law shows two different approaches that are used to give the Convention some applicability in private law relationships. Firstly, the Court has sometimes imposed positive obligations on the national authorities to guarantee Convention rights in relations between private individuals. The case of *Appleby*, for example, concerned the question whether the state could be held responsible for «private» limitations on the freedom of expression – in this case a prohibition on distribution of leaflets in a privately owned shopping centre.⁶¹ The Court held in this case that the Convention could not (yet) be considered to cover the right to freedom of expression on private property, but it also found that

«... where the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that

⁵⁵ See ECtHR 26 March 1985, *X. and Y. v. the Netherlands*, Series A, Vol. 91.

⁵⁶ § 24.

⁵⁷ § 27.

⁵⁸ See ECtHR 4 December 2003, *M.C. v. Bulgaria*, Reports 2003-VII, §§ 148-153. In other cases the Court has also concluded that proper legislative protection against abuse would be needed, but it does not usually stipulate that such legislative protection should be of a criminal-law character – the states are normally left a certain margin of appreciation in this regard (see e.g. ECtHR 23 September 1998, *A. v. UK*, Reports 1998-VI, § 24, in which the Court restricted itself to finding that «the law did not provide adequate protection to the applicant against treatment or punishment contrary to Article 3»).

⁵⁹ ECtHR 11 September 2007, appl. no. 27527/03.

⁶⁰ § 74.

⁶¹ ECtHR 6 May 2003, *Appleby and Others v. UK*, Reports 2003-VI.

the essence of the right has been destroyed, the Court would not exclude that a positive obligation would arise for the State to protect the enjoyment of the Convention rights by regulating property rights».⁶²

The approach adopted by the Court in *Appleby* is rather similar to the views expressed by the drafters of Protocol No. 12 in the Explanatory Report. It is said in the Report that no positive obligations and (indirect) horizontal effect can generally be held to flow from the Protocol, except for «very serious and grave situations». Having regard to the Court's findings in *Appleby* and the Explanatory Report, it can hardly be expected that the Court will impose much stronger positive obligations to guarantee fundamental rights in private law cases in the context of Protocol No. 12.

Secondly, the Court has created indirect horizontal effect by holding national courts responsible for a proper interpretation and application of the Convention. In many private law cases about, for example, defamation, property rights or family law issues, the Court has examined whether the national courts correctly applied the relevant provisions of the Convention.⁶³ The relevance of this approach to discrimination issues is illustrated by the 2004 case of *Pla and Puncernau*.⁶⁴ The case concerned a private law dispute about the interpretation of a will that was made in 1939 and in which the testatrix indicated that her son was to transfer the estate to a «son or grandson of a lawful and canonical marriage». The national court had interpreted the will as meaning that the testatrix did not want adopted or non-biological grandchildren to inherit her estate. According to the applicant this interpretation constituted a discrimination as prohibited by Article 14 in conjunction with Article 8. The Court decided as follows:

«Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more

broadly with the principles underlying the Convention.»⁶⁵

These considerations of the Court show that national courts need to apply the general principle of equal treatment as protected by Article 14 even in purely horizontal relationships, such as the interpretation of a testamentary disposition or a private contract. This is a far-reaching judgment which – if applied to Article 1 of Protocol No. 12 – would seem to imply some significant indirect horizontal effect.⁶⁶ After all, national courts would always have to respect the principle of equal treatment in deciding private law disputes, regardless of whether they concern employment contracts, contracts to provide services or goods or any other private transaction. Moreover, national courts should interpret the principle of equal treatment in accordance with the equal treatment case-law of the European Court of Human Rights as it stands at the moment the case is being brought before the national court.

An important caveat is in place, however, as regards the actual impact of the decision in *Pla and Puncernau*. The judgment has been delivered by a Chamber of seven judges, two of whom did not support the decision. The Grand Chamber has not expressed itself on the issue, nor have any similar cases been brought before the Court since 2004. This means that there is no authoritative judgment available in which the reasoning of the Chamber in *Pla and Puncernau* has been either confirmed or overruled. Moreover, it must be stressed that the judgment in *Pla and Puncernau* has not been favourably received by legal scholars – on the contrary, most case-comments are highly critical on the way in which the Court has interpreted and widened the national courts' obligation to apply the Convention in private law disputes.⁶⁷ Even though the Court's reasoning does not strongly deviate from that in other cases in which it has introduced some indirect horizontal effect (cf. the cases on defamation, family law or property rights), it is therefore still questionable whether *Pla and Puncernau* is really indicative of the Court's stance on indirect horizontal effect.⁶⁸

Having regard to the above, it is difficult to predict the extent of the indirect horizontal effect that

⁶² § 47.

⁶³ Cf. Cherednychenko 2006, p. 198.

⁶⁴ ECtHR 13 July 2004, *Pla and Puncernau v. Andorra*, Reports 2004-VIII.

⁶⁵ § 59.

⁶⁶ Cf. Cherednychenko 2006, p. 207 and Kay 2006.

⁶⁷ See e.g. Kay 2006, p. 471/472, Cherednychenko 2006, p. 207 («disastrous consequences ... for the private autonomy and freedom of contract») and Brems in her case comment in *European Human Rights Cases 2004/87* (in Dutch).

the Court might give to Protocol No. 12. Clearly, future confirmation or revision of the *Pla and Puncernau* line of reasoning may have important consequences for national courts that have to deal with cases concerning Protocol No. 12, since the material scope of Protocol No. 12 is substantially wider than that of Article 14. Ratification of Protocol No. 12, if combined with a wide reading of *Pla and Puncernau*, would oblige the national courts to interpret all kinds of private law contracts in conformity with the European Convention and the case-law of the ECtHR. In addition, ratification would make it easier for individuals to appeal to the European Court of Human Rights in (originally) private law cases, which would mean that the Strasbourg Court would pronounce itself on national cases about contract law much more frequently.⁶⁹ However, it be repeated here that it is far from certain that such consequences will really occur, since it is still possible that the Court will revise or nuance its findings in *Pla and Puncernau*.⁷⁰

3.2 Positive action or preferential treatment

Protocol No. 12 does not provide for a specific exemption relating to positive action or preferential treatment. The fact that the Protocol does not contain an express exception clause for preferential treatment has, in itself, raised some criticism in several states.⁷¹ At least some of the negotiating states would have favoured the inclusion of such an exemption, but apparently a number of states strongly objected to this. As a compromise the Preamble to the Protocol contains the following sentence:⁷²

⁶⁸ Cf. indirectly also Van Emmerik & Barkhuysen 2006, p. 53 and Brems in her case comment in *European Human Rights Cases 2004/87* (in Dutch).

⁶⁹ Cf. Kay 2006, p. 479 («Every disappointed litigant could raise a European human rights claim by asserting that the domestic courts committed error by slighting the ubiquitous Convention rights. In theory, every perceived personal wrong could, in the end, find its way to Strasbourg. ... The unsettling effect on private transactions is not hard to imagine».)

⁷⁰ See, in addition, Cherednychenko 2006, p. 212/213, predicting that the Court will not readily «second-guess» the decisions of national courts in purely private disputes, since the Court will probably leave a wide margin of appreciation to the states in cases involving horizontal effect.

⁷¹ It appears from the Dutch parliamentary papers, for example, that Sweden was very unhappy about the fact that no preferential treatment clause was included and that this may have been one of the reasons for Sweden not to sign the Protocol (see *Memorandum in respect of the report of the Lower House, Kamerstukken II 2002-03*, 28100 (R 1705), nr. 7, p. 4. For the UK, see Khaliq 2001, p. 462 and Fredman 2002b, p. 4/5.

«Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures [...]»

This rather vague and undefined sentence is elucidated by the Explanatory Report, which states that

«... the fact that there are certain groups or categories of persons who are disadvantaged, or the existence of de facto inequalities, may constitute justifications for adopting measures providing for specific disadvantages in order to promote equality, provided that the proportionality principle is respected.»⁷³

The Explanatory Report further makes clear that the Protocol does not impose an obligation to adopt positive measures, since such an obligation would be inconsistent with the idea that the Convention does only contain enforceable individual rights.⁷⁴ This means that the Protocol does certainly leave the member states with sufficient leeway to adopt measures of positive action or preferential treatment, but it does not oblige them to do so.

It is less obvious how the Protocol should be applied to individual claims about preferential treatment. The Explanatory Report confines itself to stating that the proportionality principle has to be respected. Further elaboration of this general requirement of proportionality in case-law is essential if Protocol No. 12 is to provide any guidance to national policy makers and courts with respect to the acceptability of certain preferential treatment measures. To date, the European Court of Human Rights has not dealt with clear complaints about positive action or preferential treatment, which makes it difficult to say anything about the possible consequences of Protocol 12 for preferential treatment measures.⁷⁵ It is probable, however, that the Court will conform itself to the elaborate case-law that has been developed on the topic by the European Court of Justice (ECJ). If it would deviate from this case-law, undesirable inconsistencies and conflicting state obligations might arise for the states parties that are also member states of the EU. Both the ECJ and the

⁷² Cf. Schokkenbroek 2005, p. 29.

⁷³ Explanatory Report, § 16.

⁷⁴ *Ibidem*. Cf. also Arnardóttir 2007, p. 147.

ECtHR tend to avoid such differences and try to copy each other's approaches. Although this normally means that the ECJ follows the ECtHR's case-law, it is clear that the ECJ's case-law in the area of non-discrimination is far more developed and refined than that of the ECtHR. For that reason, it is not surprising that the ECtHR has often adopted non-discrimination concepts and standards that have originally been developed by the ECJ.⁷⁶ There is no reason why it would not continue to do so in the future.

Nonetheless, it is difficult to make predictions in this area. The ECJ's case-law on preferential treatment and non-discrimination is rather restrictive and it has often been criticised precisely for that reason. Other international organisations have sometimes adopted a different, more favourable approach towards issues of preferential treatment. An example is a case that was decided by the Human Rights Committee in 2004, in which it accepted a Belgian quota system that was based on arguments of descriptive representation and diversity which probably would have been rejected under the ECJ's criteria for preferential treatment.⁷⁷ Given the ECtHR's overall aim to offer real and effective protection to the rights contained in the Convention, it cannot be ruled out that the Court would be willing to adopt a more flexible approach with respect to preferential treatment.⁷⁸

3.3 Conclusions and answers to questions

1. *How broad will the positive obligations and indirect horizontal effect flowing from ECHR Protocol 12 Article 1 be?*
2. *Will such positive obligations and horizontal effect be more comprehensive than those already existing under the main Convention's anti-discrimination protection scheme, i.e. Article 14 in particular? If so, in what ways?*
3. *What will be the limits (if any) of positive obligations and indirect horizontal effect flowing from ECHR Protocol 12 Article 1?*
4. *An orientation about the discussion whether the obligation to introduce positive actions or preferential treatment might form part of the positive obligations flowing from the Protocol.*

It has been explained in this section that extensive positive obligations have already been imposed to the states by the ECtHR on basis of substantive Convention provisions and Article 14:

- Procedural obligations have been imposed under Article 14 ECHR to use best endeavours to effectively investigate possibly racially motivated offences;
- National states are sometimes obliged to introduce specific legislation, but only in limited circumstances, e.g. to combat racial violence, to effectively deter highly abject crime or to guarantee the core of the rights protected under the Convention (even in private law relationships).

⁷⁵ Cf. De Schutter 2005, p. 19. In the case of *Stec and Others v. UK* the Court held that a difference in pensionable age between men and women was objectively and reasonably justified as it was intended to correct the disadvantaged economic position of women, but that this justification would no longer exist at the time that social and economic changes removed the need for special treatment of men and women (ECtHR 12 April 2006 (GC), appl. nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 62 and 66). Some scholars have read this case as an example of the acceptance by the Court of positive action (Arnardóttir 2007, p. 146/147). The Court itself did not regard the case as a case about preferential treatment or positive action, however – it merely found that the differential pensionable ages were intended to correct «factual inequalities» (§§ 51 and 62) and it referred in this regard to *Thlimmenos*. The Court itself thus seems to regard the case as concerning substantive equality rather than positive action.

⁷⁶ Recent examples of this are visible in the case-law concerning the concept of indirect discrimination, in which the ECtHR appears to have adopted the ECJ's definition of indirect discrimination and the various rules regarding burden of proof and justification. See further on this section III.2, in which the standards and methods used by the ECtHR will be explored in more detail.

⁷⁷ Human Rights Committee 17 August 2004, *Jacobs v. Belgium*, CCPR/81/D/943/2000; see further Gerards 2005d (in Dutch). According to the system of descriptive representation, the non-magistrate section of the Belgian High Council of Justice should consist of at least four men and four women. The HRC held that «a body such as the High Council of Justice could legitimately be perceived as requiring the incorporation of perspectives beyond one of juridical expertise only. Indeed, given the responsibilities of the judiciary, the promotion of the awareness of gender-relevant issues relating to the application of law, could well be understood as requiring that perspective to be included in a body involved in judicial appointments. Accordingly, the Committee cannot conclude that the requirement is not objectively and reasonably justifiable» (§ 9.4). The EFTA-Court has rejected this type of argument: according to this court, the appeal to the argument of diversity «... does not find support in the wording of the Directive [207/76/EC, JG], nor in the case-law of the Court of Justice of the European Communities» (EFTA Court 24 January 2003, Case E-1/02, *EFTA Surveillance Authority v. Norway*, http://www.eftacourt.lu/dc_2003.asp). It is not unlikely that the ECJ will follow the EFTA Court's line of reasoning, though this is still uncertain.

⁷⁸ See also De Schutter 2005, p. 20.

- National states are sometimes obliged to introduce specific legislation in order to remove legislative anomalies or mistakes that clearly and unjustifiably cause an interference with fundamental rights.
- All benefits and advantages that are offered by national legislation or policy should be provided in a non-discriminatory manner, except for the situation in which objective and convincing reasons can be advanced in justification of differential treatment.
- National courts should interpret national legislation as far as possible in conformity with the European Convention of Human Rights, including the prohibition of discrimination, even in purely private law cases. It is not clear, however, how far this positive obligation will extend.

Given this already extensive set of positive obligations there is no reason to suppose that the Court will be easily tempted to add new, even more extensive positive obligations purely on basis of Protocol No. 12. It is particularly unlikely that the Court will impose obligations to introduce national legislation to generally protect the principle of equal treatment in private law relationships (such as employment relations), since this would not fit in with the existing case-law on positive obligations. In addition, the creation of such positive obligations has expressly been rejected by the drafters in the Explanatory Report.

Nonetheless, if any new obligations would be imposed they would probably either concern relations in the public sphere for which the state has a certain responsibility (such as access to public services, education or medical care), or cases of flagrant discrimination (cf. the case-law about the need to combat racial violence). Purely private matters should not be affected by the Protocol. Furthermore, in most cases concerning positive obligations the Court will almost certainly leave a wide margin of appreciation to the states and it will always search for a fair balance between the need to protect individuals against discrimination and the need for the state to protect general and individual interests. In conclusion, this means that, in all probability, the number of new obligations flowing from Protocol No. 12 will be rather limited.

As regards preferential treatment, the consequences of the Protocol are more difficult to predict. It may be expected that the Court will be asked to express itself on national positive action

and preferential treatment policies because of the wider material scope of the Protocol. It is not very plausible that the Court will impose positive obligations on the states to introduce preferential treatment policies, especially since the Preamble formulates the possibility for positive action in a negative manner («... the principle of discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality...»). In all probability, the Court will therefore limit itself to examining individual complaints about existing national policies for their conformity with the equal treatment principle. However, neither the Explanatory Report nor the Court's existing case-law provide many clues as to the approach or standards that should be adopted by the Court in dealing with these cases. It is most probable that the Court will adopt the criteria for justification of positive action that are developed by the ECJ, but even under EU law many questions about positive action have remained unanswered. For that reason the ECtHR can also be expected to look for inspiration in national legislation and international law (in particular in the case-law of the Human Rights Committee and the approaches adopted under specific treaties such as CEDAW and CERD).

4 Scope of Protection of Article 1 of Protocol No. 12

4.1 «The enjoyment of any right set forth by law»

One of the most important and evident changes brought about by Article 1 of the Twelfth Protocol is the replacement of the sentence «the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention» by the sentence «the enjoyment of any right set forth by law». It is precisely this replacement that renders Article 1 into a self-standing, independent prohibition of discrimination, which can be invoked by any victim of discrimination without being obliged to demonstrate a link with a substantive Convention provision. The scope of protection of the non-discrimination provision is thereby substantively broadened. However, it is of great importance to the understanding of Protocol 12 that any case of discrimination must still relate to the enjoyment of «any right set forth by law» in order to be justiciable. As has been discussed in section I of this report, this requirement has been included in the first paragraph to limit the possibility of reading positive obligations or indirect horizontal effect

into the text.⁷⁹ Apart from that, the exact meaning of the sentence is yet to be determined. The Explanatory Report gives hardly any information as to its interpretation, stating only that the term «law» is not restricted to national law, but may also cover international law.⁸⁰ It is precisely this information that has sparked intense debate in states with a dualist or incorporation system, such as the United Kingdom.⁸¹ According to the UK government, the interpretation given in the Explanatory Report may imply that the protection against discrimination can be extended to rights which are protected by international treaties that have not been incorporated in national law or which do not have direct effect (as is the case with many social, cultural and economic rights).⁸² Such international treaty rights might suddenly become judicially enforceable by means of an individual complaint relating to discrimination.⁸³ Some have argued that national systems of incorporation could thus be unwarrantedly circumvented.⁸⁴ Most experts have questioned this, however, arguing that international rights which have not been incorporated in the national legal system would not meet the standard of being «set forth by law».⁸⁵ Indeed, it is relevant to note that the Explanatory Report does mention that the coverage of international law «does not mean that this provision entails jurisdiction for the European Court of Human Rights to examine compliance with rules of law in other international instruments».⁸⁶ Although case-law of the Court has to be awaited for clarification on the issue, it is rather unlikely that ratification of the Protocol will result in unwarranted justiciability of international law provisions that a state has not incorporated in national law.

4.2 «No one shall be discriminated against...»

According to § 2 of Article 1 Protocol No. 12, «no one» shall be discriminated against by any public

⁷⁹ See before, section I.1.1; see also Explanatory Report, §§ 27 and 29.

⁸⁰ Explanatory Report, § 29.

⁸¹ See for the UK e.g. Fredman 2002b, p. 1ff.

⁸² Grief explains that even non-binding instruments such as the EU Charter on Fundamental Rights could be enforced by means of the Protocol, as long as they include «statements which appear in large measure to reaffirm rights which are enshrined in other instruments» (Grief 2002, p. HR/10).

⁸³ See Grief 2002, referring to a remark made by Fredman 2002b, at p. HR/13.

⁸⁴ Grief 2002, p. HR/13.

authority on any ground such as those mentioned in § 1. Having regard to the need for a consistent interpretation of the Convention, it is almost certain that the notion of «no one» will be interpreted similarly to the notion of «everyone» that is contained in Article 1 of the Convention («The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention»). The Explanatory Report does not contain any reasons why a different approach should be adopted in respect to Protocol No. 12.⁸⁷

From the Court's case-law about Article 1 and other Convention provisions, such as Article 14, it may be derived that the Convention does not only protect natural persons against interference with their fundamental rights, but also groups of persons and legal persons such as companies and commercial enterprises. There are many examples of legal persons complaining about discrimination, such as trade unions, building societies, development companies, religious communities and publishers of newspapers.⁸⁸ In all of these cases the complaints have been declared admissible by the Court.⁸⁹ Furthermore, it appears from the case-law concerning Article 1 that there is no limitation as to the nationality of the persons to be protected; the protection offered by the Convention even stretches to persons who are not lawfully present on the territory of a state and stateless persons.⁹⁰ The only relevant criterion is that the alleged victim of discrimina-

⁸⁵ Khaliq states, for example, that «Rights 'set forth by law' must be intended to refer to those rights which are already a recognised part of the domestic law of a state, whether they stem from domestic legislation, an act of incorporation in a dualist state, or from an international treaty in those states of the monist tradition. It is difficult to envisage it being extended beyond that» (Khaliq 2002, p. 2). See also the Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in which it is said that the wording covers rights secured at national level (Doc. 8614, 14 January 2000, § 17). This may be taken to mean that international law provisions which have not been transposed by national legislation fall outside the scope of Article 1 of Protocol No. 12.

⁸⁶ Explanatory Report, § 29.

⁸⁷ See also Article 3 of Protocol No. 12, which implies that both Article 1 and Article 34 are applicable with respect to Protocol No. 12.

⁸⁸ E.g. ECtHR 27 October 1975, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Series A, Vol. 19, ECtHR 6 February 1976, *Swedish Engine Drivers Union v. Sweden*, Series A, Vol. 40, ECtHR 23 October 1997, *Building Societies v. UK*, Reports 1997-VII, ECtHR 29 November 1991, *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*, Series A, Vol. 222, ECtHR 16 December 1997, *Canea Catholic Church v. Greece*, Reports 1997-VIII and ECtHR 2 May 2000, *Bergens Tidende v. Norway*, Reports 2000-IV.

tion in some respect must be subject to the jurisdiction of the State from which he claims protection.⁹¹ This means that Protocol No. 12 ECHR, just like the other provisions of the Convention, has an extensive personal scope and protects a wide range of both national and legal persons against discrimination.

4.3 Grounds of discrimination

In drafting Article 1 of Protocol No. 12, the choice has been made not to change or supplement the list of discrimination grounds as contained in Article 14. The drafters of the Protocol have been severely criticised for this choice by the Parliamentary Assembly.⁹² According to the Parliamentary Assembly, several grounds other than those mentioned in Article 14 can also be termed «suspect» or «odious» and should have been added to the list. In particular, the Parliamentary Assembly mentioned sexual orientation as a «suspect» ground of discrimination.⁹³ These criticisms have been parried in the Explanatory Report, in which it is stated that the addition of grounds might lead to unwarranted *a contrario* interpretations.⁹⁴ If certain grounds were to be added because of their perceived «suspectness», some states might be inclined to reason that, apparently, it is *not* problematic to distinguish on the basis of grounds not expressly mentioned (e.g. genetic make-up or disability). This kind of reasoning would be particularly undesirable since opinions on the «suspectness» and invidiousness of certain grounds may evolve in the course of time – a ground that is

presently thought to be relatively unproblematic may well be considered unacceptable twenty years on. In addition to this, it was remarked in the Explanatory Report that there are no legal reasons to change the list of grounds.⁹⁵ The list is not exhaustive, which means that discrimination based on other grounds than those mentioned in the Article can be challenged just as effectively.⁹⁶ Finally, it would appear from the case-law of the ECtHR that the fact that a ground is not mentioned in Article 14 does not have any negative impact on the way in which a discrimination complaint is examined. This is clear, for instance, from the Court's recent decisions on discrimination based on sexual orientation, in which it applied its very strict «very weighty reasons test» without paying the slightest attention to the fact that this ground is not included in the list.⁹⁷ For these reasons, the list of grounds was left unchanged.

The advantage created by such an open list of grounds is manifest, since it makes it easy to challenge cases of discrimination based on multiple grounds and cases of intersectional discrimination. In addition, it reduces the burden of proof for the applicant, who does not have to demonstrate that a difference in treatment was actually based on one of a limited number of grounds. In the same line, the open list of grounds makes the concept of indirect discrimination rather superfluous, although it can still be worth while for an individual applicant to demonstrate that a case of discrimination affects a specific group to a disproportionate extent. After all, if the particular group is characterised by factors such as race or gender, it is probable that the Court will apply a stricter test to the arguments advanced in justification of the distinction.

For reasons such as these, Article 1 of Protocol No. 12 can be considered to constitute an important addition to national non-discrimination

⁸⁹ Clements/Mole/Simmons 1999, p. 14.

⁹⁰ Van Dijk et al. 2006, p. 13; see also Clements/Mole/Simmons 1999, p. 14. See European Commission of Human Rights, *Austria v. Italy*, Appl. No. 788/60, Yearbook IV (1961), p. 116: «Whereas, ... in becoming a Party to the Convention, a State undertakes, *vis-à-vis* the other High Contracting Parties, to secure the rights and freedoms defined in Section I to every person within its jurisdiction, regardless of their nationality or status; whereas, in short, it undertakes to secure these rights and freedoms not only to its own nationals and those of other High Contracting Parties, but also to nationals of States not parties to the Convention and to stateless persons».

⁹¹ On the highly complex and extensive case-law on the criterion of jurisdiction, see Van Dijk et al. 2006, p. 14ff.

⁹² See in particular the preparatory report by Mr Jurgens; Report of 14 January 2000, Doc. 8614.

⁹³ See Opinion No. 216 (2000) of the Parliamentary Assembly with respect to Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, adopted at 26 January 2000 (5th Sitting), point 6. This opinion was based on a report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights; see Report of 14 January 2000, Doc. 8614, § 23.

⁹⁴ Explanatory Report, § 20.

⁹⁵ Explanatory Report, § 20.

⁹⁶ For an example of this, see ECtHR 4 November 2008, *Carson and Others v. UK*, appl. no. 42184/05, in which the Court accepted that «residence» is a «personal status» as meant in Article 14, even though it was not expressly mentioned.

⁹⁷ Explanatory Report, § 20, referring to ECtHR 21 December 1999, *Salgueiro da Silva Mouta*, Reports 1999-IX. See more recently also ECtHR 24 July 2003, *Karner v. Austria*, Reports 2003-IX. Although the Explanatory Report does not explicitly state this, it is interesting to note that there are a number of cases in which the Court only marginally tested a case of discrimination based on property, which is one of the enumerated grounds. See e.g. ECtHR 21 February 1989, *James and Others v. United Kingdom*, Series A, Vol. 98 and ECtHR 23 October 1997, *Building Societies*, Reports 1997-VII.

legislation and European legislation, which is mostly sectoral in nature and often only protects against discrimination on a limited number of grounds. The level of protection created by Protocol No. 12 is therefore relatively high, even if it only concerns discrimination by public authorities and not discrimination by private actors.

4.4 Legislation, governmental acts and exercise of power by public authorities

Regarding the scope of protection of Article 1, it is of relevance that the non-discrimination principle is not only applicable to legislative acts, but also to all other acts and exercise of power by public authorities. In order to clarify this point the Explanatory Report distinguishes four different categories of discrimination which are covered by Article 1 of the Twelfth Protocol:

1. Discrimination in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;
2. Discrimination in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner;
3. Discrimination by a public authority in the exercise of discretionary power (e.g. granting subsidies or exemptions, granting building or planning permits);
4. Discrimination by any other act or omission by a public authority (e.g. the behaviour of law enforcement officers when controlling a riot).⁹⁸

Although these categories seem to be self-evident, it is rather unclear how they relate to the two paragraphs of Article 1 of Protocol No. 12. According to the Explanatory Report it was unnecessary to specify the aspects that either fall under the first paragraph («the enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground...») or under the second («no one shall be discriminated against by any public authority on any ground...»). The two paragraphs must be considered to be complementary, their combined effect being that all elements are covered.⁹⁹ The reason why the division in paragraphs has been made has to do with the pos-

sible horizontal effect that might flow from the new provision.¹⁰⁰ The drafters wanted to make clear that the provision did not cover private acts of discrimination and did so by expressly stating that it is the state's obligation to secure the enjoyment of rights without discrimination. Some experts criticised this formulation because it did not make entirely clear whether discrimination in fact (e.g. riot controlling) or exercise of discretionary power would be fully covered by this text. For this reason the second paragraph was added to secure coverage of all acts by public authorities.

The four categories distinguished in the Explanatory Report, in combination with the text of the two paragraphs of Article 1, make abundantly clear that the scope of application of Article 1 is not limited to legislation or clear government acts such as granting permits or exemptions. Especially the last category of discrimination that is mentioned in the Explanatory Report («discrimination by any other act or omission by a public authority») offers comprehensive protection against discrimination by public authorities. It is formulated such that it may extend to contracts in which a public authority is engaged or to services provided by the government (e.g. public transport or education). It is also probable that it covers decisions taken by a public authority in its capacity as an employer (see section I.1.1).

The question may be raised whether this range of protection against discrimination is really new and whether it differs from the protection that is already offered against government behaviour. Article 14 presently protects individuals against all government interference with their right to unequal treatment, provided that the case concerns an individual right that comes within the ambit of one of the substantive provisions of the Convention. This means that most situations mentioned in the four categories are already covered. This is clear for legislation (category 1) and national law obligations for the authorities to act in a certain way (e.g. the obligation to provide social security benefits to certain groups (category 2)). Subsidies and permits will often be covered by Article 1 of the First Protocol or Article 8 (category 3), while «other acts or omissions» (category 4) can come within the scope of the right to respect for one's private life or the right to freedom of assembly (as in the situation of riot controlling in the context of a demonstration).

⁹⁸ Explanatory Report, § 22.

⁹⁹ Explanatory Report, § 23.

¹⁰⁰ Schokkenbroek 2005, p. 30.

The only difference is that it is now sometimes difficult for individuals to demonstrate a clear link between the difference in treatment and a substantive right, while this will be different under Article 1 of Protocol No. 12. The fact remains, however, that even under Protocol No. 12 an individual claim will always need to relate to a «right set forth by law».

4.5 Conclusions and answers to questions

ECHR Protocol 12 represents a general (as opposed to an accessory) prohibition clause against discrimination. In the Explanatory Report para. 22 it is suggested an expansion of the present Convention anti-discrimination protection as follows:

- «the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law,
- in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner,
- by a public authority in the exercise of discretionary power,
- by any act or omission by a public authority.»

The Commission is interested in a detailed analysis on the meaning and implications of the expansions listed in the Explanatory Report. Also, the Commission is interested in views as to what are the differences (if any) between a general principle of non-arbitrariness in public administration and the scope of ECHR Protocol 12 Article 1.

The personal scope of Protocol No. 12 is identical to that of Article 14 ECHR. Article 1 of Protocol No. 12 protects the same group (*i.e.* all natural and legal persons subject to the jurisdiction of the state, see section II.2) and prohibits discrimination on the same non-exhaustive list of grounds (see section III.3). Furthermore, the material scope of Protocol No. 12 is identical to the material scope of Article 14 as regards the kinds of acts by national public authorities that are covered (drafting legislation and general rules, exercising discretionary powers of government, and all other acts and omissions). The main difference is that four categories of government behaviour have now expressly be named by the Explanatory Report and the material scope is formulated more clearly in the two different paragraphs of Article 1.

As regards the material scope of Protocol No. 12, some uncertainty still exists as to the exact meaning of the sentence «the enjoyment of any right set forth by law». The sentence has been formulated in this manner so as to make clear that the prohibition of discrimination does not have horizontal effect. It is not expected by most scholars that the ECtHR will interpret the sentence as meaning that international treaty provisions that have not been incorporated into national law are legally enforceable for individual applicants, but the future case-law of the Court will have to be awaited for confirmation of this assumption (see section II.1).

The most important innovation of Article 1 of Protocol No. 12 is therefore to be found in the fact that it is not necessary for an individual applicant to demonstrate a link between the alleged discrimination and one of the substantive Articles of the Convention. This means that a much wider range of legal issues is covered by Protocol No. 12, varying from providing access to public services to immigration control and from employment relationships of civil servants to systems of racial profiling. Combined with the fact that no limitations have been introduced as to the material or personal scope of the prohibition of discrimination, this means that the ECtHR will be able to express itself on the reasonableness of about every difference in treatment that may arise as a result or even as an unintended effect of acts of public authorities.

5 Concepts of discrimination and standards of review

5.1 Equality and non-discrimination

Although the Parliamentary Assembly has been critical about this, Article 1 of the Twelfth Protocol does not contain a general equal protection clause.¹⁰¹ An important reason for leaving out a general equality principle appears to have been the desire to keep the text of the Twelfth Protocol as closely as possible to the text of Article 14. Since Article 14 would remain in force, inconsistencies between both provisions were to be avoided. It is explained in the Explanatory Report that the omission of a general equality clause can hardly be considered problematic, since the prin-

¹⁰¹ See Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of 14 January 2000, Doc. 8614, § 24ff.

ciples of non-discrimination and equality are closely intertwined.¹⁰² However, perhaps the most important reason to limit the Protocol to a non-discrimination clause can be found in the fact that at least some of the negotiating states did not want any far reaching positive obligations to be imposed on them. If a general and positively formulated equality provision were laid down, such positive obligations would hardly be avoidable. After all, factual equality may perhaps only be reached by active intervention by the government. As a result, a purely negative prohibition of discrimination may have been the only formulation that was acceptable to all states. In the end, a compromise was reached by introducing a phrase in the Preamble, stipulating that the prohibition of discrimination flows from the «fundamental principle according to which all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the laws».¹⁰³

Just like Article 14, Article 1 of Protocol No. 12 thus only prohibits discrimination. This does obviously not imply that all unequal treatment is prohibited – such would be impossible, since classification is unavoidable in practice. For that reason the United Kingdom would have favoured the inclusion of a clear and specific restriction clause in the text of the Protocol itself.¹⁰⁴ The drafters of the text, however, did not see any need for this, since, in their opinion, the situations where a distinction would be acceptable are already sufficiently safeguarded by the very meaning of the notion of discrimination.¹⁰⁵ The result is that the formulation of Article 1 of Protocol No. 12 does not differ from the text of Article 14 of the Convention. The question is whether this will imply that the same tests and standards will be applied to interpret Article 1 of Protocol No. 12 as have been developed in the context of Article 14. The remainder of this section will be devoted to answering this question. To do so, the standards of review under Article 14 will shortly be reiterated and attention will be paid to the question whether the standards used by the Court are similar to the general test of

arbitrariness or reasonableness that is often applied under national law.

5.2 Standards of review under Article 14 ECHR

According to the Court's well-established case-law on Article 14 of the Convention, a difference in treatment must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.¹⁰⁶ The European Court also sometimes examines whether the applicant finds himself in an analogous or similar position to the group or person he compares himself with.¹⁰⁷ Whichever of these two tests is applied, the Court's standards are broadly similar to those applied under the substantive articles of the Convention. In general the Court first examines what aims are pursued with the difference in treatment and it will assess the legitimacy of this aim. Subsequently the Court will assess whether the difference in treatment was necessary to achieve the aim (test of necessity) and whether there is a «fair balance» between the harm done by the difference in treatment and the value of achieving the aim pursued (test of proportionality).

In most cases under Article 14, the Court will leave a certain margin of appreciation to the respondent state. The scope of the margin of appreciation depends on the nature of the individual right at stake and the policy area concerned.¹⁰⁸ A wide margin will usually be left in cases concerning social security, taxation, planning policy and related policy areas in which the national governments are clearly better placed than the Court to assess the need for certain distinctions.¹⁰⁹ This wide margin entails that the Court will apply a rather marginal test, meaning that it will strike down the distinction only if it is clearly irrational or arbitrary.¹¹⁰ According to well-established case-law of the Court this will be different if the distinction is based on a «suspect» or «sensitive» ground of discrimination.¹¹¹ By now a num-

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Explanatory Report, § 15. According to the Dutch parliamentary papers, this was acceptable to the negotiating states that were in favour of a separate equality provision because it clearly appears from the Court's case-law that it acknowledges and respects the general principle of equality (*Memorandum in respect of the report of the Lower House, Kamerstukken II 2002-03, 28100 (R 1705), nr. 7, p. 5*).

¹⁰⁴ See Fredman 2002b, p. 2/3.

¹⁰⁵ Explanatory Report, § 18/19; see also Fredman 2002b, p. 3.

¹⁰⁶ See elaborately on this Gerards 2005a, Chapter 3. This classic formula was used for the first time in the *Belgian Linguistics* case (ECtHR 23 July 1968, Series A, Vol. 6, p. 34). The test of comparability was added to the formula in the *Marckx* case (ECtHR 13 June 1979, Series A, Vol. 31, § 32).

¹⁰⁷ On this see Gerards 2005a, p. 127ff.

¹⁰⁸ See Gerards 2004, p. 151.

¹⁰⁹ Gerards 2007, p. 38; see e.g. ECtHR 29 April 2008 (GC), *Burden v. UK*, appl. no. 13378/05, § 60 and ECtHR 4 November 2008, *Carson and Others v. UK*, appl. no. 42184/05.

¹¹⁰ Cf. Wintemute 2004, p. 495.

ber of grounds have been recognised as such, *i.e.* race,¹¹² gender,¹¹³ sexual orientation,¹¹⁴ nationality (although this is probably different in cases concerning immigration policy)¹¹⁵ and birth¹¹⁶. In these cases the Court requires «very weighty reasons» to be advanced in justification of the discrimination and it will apply a very strict scrutiny to these reasons. The «suspectness» of the ground has a strongly predictive character – only in rare cases the Court has accepted a justification when applying the «very weighty reasons»-test.¹¹⁷ If a difference in treatment is based on grounds of religion or marital status, the Court has sometimes applied a somewhat intensified review, but it has not yet expressly classified these grounds as suspect.¹¹⁸ On the suspectness of other grounds, such as disability and age, the Court has not yet expressed itself.

The justification test applied by the Court in non-discrimination cases is not altogether different from the general test of reasonableness or arbitrariness that is often applied in national administrative law cases.¹¹⁹ Some difference can perhaps be found in that the Court's standards are somewhat more precise: it really requires that a legitimate aim is shown and it usually expressly investigates whether there is a reasonable relationship of proportionality between this aim and the harm done by the difference in treatment. In addition, it is clear that the Court will apply a stricter or more lenient test depending on the circumstances of the case. However, it must be stres-

sed that this approach will mostly not deviate strongly from the approach taken by national (administrative) courts in deciding about legislative classifications or acts of public authorities. National courts will usually apply a far more sophisticated approach than the general test of arbitrariness – they increasingly tend to use separate tests of necessity and proportionality and they vary the strictness of their review according to the circumstances of the case.¹²⁰ It can only be concluded that the Court's approach differs from a specific national approach by closely studying the national application of the test of reasonableness.

5.3 A different approach as a result of Protocol No. 12?

Having regard to the need for internal consistency and the express desire of the drafters of Protocol No. 12 to create a provision that follows Article 14 as closely as possible,¹²¹ it is highly unlikely that the Court will apply different standards with respect to the Twelfth Protocol than it has already developed for the application of Article 14.¹²² This is the more true since the criteria to assess the reasonableness of the justification (legitimate aim, necessity, proportionality) and the determination of the margin of appreciation are used in a similar fashion with respect to all the substantive Convention Articles. The question asked by the Commission is, however, whether it is probable that the effect of the existence of Protocol No. 12 will affect the Court's case-law on Article 14, such as with respect to the recognition of concepts like substantive equality (*Thlimmenos*)¹²³ or indirect discrimination (*D.H. v. Czech*

¹¹¹ Gerards 2004, pp. 140ff and Gerards 2007, p. 36ff.

¹¹² ECtHR 13 December 2005, *Timishev v. Russia*, Reports 2005-XII, § 56; see further Gerards 2007, p. 61ff.

¹¹³ ECtHR 25 May 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, Series A, Vol. 94, § 78; however, see also ECtHR 27 March 1998, *Petrovic v. Austria*, Reports 1998-II, which makes clear that the ground of gender alone is not always decisive for the strictness of judicial review. See also Gerards 2007, pp. 81-83.

¹¹⁴ ECtHR 9 January 2003, *L. and V. v. Austria*, Reports 2003-I, § 45 and 50.

¹¹⁵ ECtHR 16 September 1996, *Gaygusuz v. Austria*, Reports 1996, § 42 and ECtHR 30 September 2003, *Koua Poirrez v. France*, Reports 2003-X, § 46; however, see also ECtHR 25 October 2005, *Niedzwiecki v. Germany*, appl. no. 58453/00, §§ 32/33. See further Gerards 2007, p. 66ff.

¹¹⁶ ECtHR 13 June 1979, *Marckx v. Belgium*, Series A, Vol. 31 and, more specifically, ECtHR 28 October 1987, *Inze v. Austria*, Series A, Vol. 126, § 41.

¹¹⁷ Gerards 2004, p. 141.

¹¹⁸ See ECtHR 4 June 2002, *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, Reports 2002-IV (marital status) and ECtHR 23 June 1993, *Hoffmann v. Austria*, Series A, Vol. 155-C, §§ 33 and 36 (religion) and ECtHR 16 December 2003, *Palau-Martinez v. France*, Reports 2003-XII (religion); see also Gerards 2007, p. 96/97 (marital status) and p. 124ff (religion).

¹¹⁹ Indeed, it has been stated that equal treatment review only differs from general proportionality review as far as the «entry» to the justification test is concerned. In equal treatment cases, some form of disadvantage must always be shown, or a different treatment of similar cases is required. As soon as such differential treatment has been established, the substantive justification test is comparable to a general test of proportionality. See further on this Gerards 2005c (in Dutch). Cf. also Scheinin 2006, indicating that «mere administrative arbitrariness can amount to a violation of Article 26 ICCPR» (p. 17).

¹²⁰ E.g. Gerards 2008, p. 674ff.

¹²¹ Cf. Schokkenbroek 2005, p. 30. The Court itself has stressed the need for internal consistency and harmony between the provisions of the ECHR in *Demir and Baykara v. Turkey* (ECtHR 12 November 2008 (GC), appl. no. 34503/97, § 66).

¹²² See also Wintemute 2004, p. 487 and 495 and Fredman 2002b, p. 3/4 («it would fly in the face of the context of the protocol for the court to develop the concept of discrimination in the protocol differently from that in Article 14»).

Republic)¹²⁴. Indeed, the Court's recent case-law on equal treatment law shows a number of important and fast developments. As regards the recognition of the concepts of substantive and indirect discrimination, as well as the development of standards on the burden of proof, it is highly unlikely, however, that the innovations in the Court's case-law are due to the introduction of Protocol No. 12. The Protocol in itself does not at all require the recognition of these concepts. It is far more plausible that the Court, in deciding cases such as *Thlimmenos* and *D.H.*, has tried to bring its own case-law in line with the highly sophisticated and complex European Union case-law and legislation. It was clear at the end of the last century that the Strasbourg non-discrimination case-law increasingly ran out of pace with the European Union approach, which created uncertainty and confusion on the national level. Levelling the Strasbourg and Luxembourg case-law approaches was highly desirable from this perspective and many of the recent case-law developments can be explained by comparing the Strasbourg and Luxembourg case-law.

For example, although this is not visible in the Court's reasoning in *Thlimmenos*, the concept of substantive equality has long been accepted within European law and it there seems to function as a fundament for concepts such as that of indirect discrimination.¹²⁵ It may even be suspected that *Thlimmenos* for the Strasbourg Court was the first step in the direction of accepting the concept of indirect discrimination.¹²⁶ The latter concept was adopted by the Court with express reference to the European law standards.¹²⁷ The Court even seemed to endorse the European rules as regards the burden of proof and the use of statistical evidence that have been laid down in Directives 97/80/EC and 2000/43/EC.¹²⁸

The development towards harmonisation probably has not yet ended, since a number of concepts and standards accepted under European law still have not been tried out under the Convention. This is particularly true for the concept of positive action or preferential treatment, as has been explained in section I.3 above. On the one hand, it is to be expected that the Court will try to follow the European preferential treatment approach as closely as possible in order to create a coherent and consistent European case-law. On the other hand, the desire for effective protection of fundamental rights may inspire the Court to take a somewhat more lenient approach towards «benign» forms of discrimination.

Choices such as this one and other choices relating to the future interpretation of both Article 14 and Article 1 of Protocol No. 1 will primarily be determined by the general interpretative principles of the Court (such as the aim to protect fundamental rights in an effective manner), the case-law that is already in existence and the desire to create a coherent and comprehensible Convention equal treatment law. Perhaps this is most clearly illustrated by the recent cases concerning segregation in schools. This is an issue that the European Court of Justice has not dealt with as it falls outside the scope of European law. It was also a new issue for the Strasbourg Court. In deciding the case the ECtHR used a set of assessment criteria that it mainly derived from its settled case-law, thus building on its own precedents. In addition the Court referred to a number of standard criteria concerning the margin of appreciation and it mentioned the need for effective protection of fundamental rights. There is no reason to think that the Court would have decided differently in these cases, or that it would have applied different criteria, when Protocol No. 12 had not yet existed.

¹²³ ECtHR 6 April 2000 (GC), Reports 2000-IV, § 44.

¹²⁴ ECtHR 13 November 2007 (GC), appl. no. 57325/00.

¹²⁵ See further on the concept of substantive equality and the relationship with indirect discrimination: Tobler 2005, p. 25ff, Fredman 2002a, pp. 11 and 106ff and Schiek 2007, p. 327ff.

¹²⁶ Indeed, *Thlimmenos* has sometimes been analysed as an example of indirect discrimination. See e.g. De Schutter 2005, p. 16, who also indicated that the Court's case-law «presently is in a transitory moment, as it seeks to go beyond the prohibition of direct discrimination in order to reinforce the protection afforded by Article 14 ECHR, but has not yet developed a systemic case-law on the different forms of indirect discrimination...».

¹²⁷ See e.g. ECtHR 13 November 2007 (GC), *D.H. and Others v. Czech Republic*, appl. no. 57325/00, §§ 184 and 187.

¹²⁸ *D.H. and Others*, §§ 187ff.

5.4 Conclusions and answers to questions

1. *Is it likely that the European Court of Human Rights, in its interpretation of Article 14 of the Convention, will refer to and draw upon developments with regard to its interpretation of ECHR Protocol 12 Article 1? The Commission is particularly interested in more details on this question, as it has been suggested in the literature that the Court's judgment in *Thlimmenos v. Greece* may have been inspired by the work on ECHR Protocol 12 Article 1.*

2. *What other relationships might there be between the two anti-discrimination provisions once Protocol 12 Article 12 has come into effect?*

The simultaneous existence of two non-discrimination provisions will probably not make much of a difference to the standards applied by the ECtHR. Article 1 of Protocol No. 12 has been worded in a similar fashion as Article 14 so as to minimise the possibility for differences of interpretation. In addition, it is settled case-law of the Court that the Convention should be interpreted in a consistent manner, which means that concepts, standards and criteria developed by the Court in cases about Article 14 will almost certainly also be applied in cases about Article 1 of Protocol No. 12. Differences might only arise to the extent that Protocol No. 12 is wider in scope, which means that cases about employment discrimination against civil servants, positive action measures, access to public services and specific aspects of immigration policy may now be brought before the Court more easily. This means that the Court may need to develop standards to deal with types of cases and questions which it has not yet been confronted with. It is to be expected that the Court will try to fit in any newly developed standards and criteria with already existing concepts and notions. In addition, it may try to conform as much as possible to the case-law of the European Court of Justice, which to a large extent reflects the status quo of equal treatment law in a large number of European states. Although this might sometimes result in surprising outcomes, no revolutionary changes are to be expected from the ratification of Protocol No. 12.

As to the co-existence of the provisions it is important to note that any new standards that are introduced under Article 1 of Protocol No. 12 (for instance to deal with a «new» issue of discrimination, such as preferential treatment or indirect discrimination), will also affect the interpretation of Article 14. The need for consistent application of both provisions may thus have the result that, indirectly, interpretations of the general concepts of equal treatment or non-discrimination that are adopted under Protocol No. 12 also become binding for states that have not ratified the Protocol. However, discrimination complaints that do not sufficiently relate to any of the substantive Articles of the Convention will still be declared inadmissible by the Court.¹²⁹ Thus, the entry into force of Protocol No. 12 will probably only have very limited effect for non-ratifying states.

6 Article 1 of Protocol No. 12 ECHR and Article 26 ICCPR

In national debates about Article 1 of Protocol No. 12 ECHR, the question has sometimes been raised as to whether the Protocol would have any added value if compared to Article 26 ICCPR. Both international instruments contain self-standing, independent non-discrimination provisions which offer protection against discrimination outside the material scope of the substantive Convention provisions. General Comment No. 18, in which the Human Rights Committee has laid down its main interpretation of Article 26, expressly states that the application of the principle of non-discrimination contained in article 26 is not limited to those rights which are provided for in the ICCPR.¹³⁰ This perspective is comparable to the approach adopted by the ECtHR in cases such as *Stec* or *Carson*, in which it has held that states that provide further reaching protection to rights than is strictly called for by the Convention, should do so in a non-discriminatory way.¹³¹ To this extent no difference between the ECHR and the ICCPR is visible. Furthermore, both Article 26 ICCPR and Article 1 of Protocol No. 12 have non-exhaustive lists of grounds, they both have an open system of justification (not providing for an express justification clause or specific exemption clauses), the standards for justification are rather similar and both provisions allow for the concept of indirect discrimination.¹³² If a state has already incorporated Article 26 ICCPR into its national legislation, ratification of Protocol No. 12 may therefore seem to have rather limited legal effect. There are, however, a few differences between Article 26 ICCPR and Protocol No. 12 ECHR that may be relevant in the debate about ratification.

¹²⁹This is clear from the recent admissibility decision in *Alboize-Barthes and Laure Alboize-Montezume v. France*, in which the Court held that the facts of the case would come within the scope of the new Protocol No. 12, but that this Protocol was not applicable to the case since it had not been ratified by the respondent state. Since the facts did not come within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1, the case was declared inadmissible (ECtHR 21 October 2008, appl. no. 44421/04).

¹³⁰Human Rights Committee, General Comment 18, Non-Discrimination, Thirty-seventh session, 1989, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994), § 7.

¹³¹See above, section A.

¹³²See for a further analysis of Article 26 ICCPR e.g. Scheinin 2006, p. 11ff.

Firstly, Article 1 of Protocol No. 12 expressly stipulates that protection should be offered against discrimination «in the enjoyment of any right set forth by law», making clear that the provision only protects individuals against behaviour by public authorities and not against private forms of discrimination. Article 26 ICCPR lacks such an express limitation of scope, which means that it is easier to interpret the provision so as to include positive obligations to guarantee the principle in horizontal or private law relationships.

Secondly, just like Protocol No. 12, Article 26 ICCPR does not provide for an exception for preferential treatment, nor does it contain an express obligation for the ratifying states to introduce positive action policies. However, Article 26 has been interpreted so as to include such positive obligations by the Human Rights Committee in its General Comment No. 18:

«... the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant. For example, in a State where the general conditions of a certain part of the population prevent or impair their enjoyment of human rights, the State should take specific action to correct these conditions.»¹³³

The ICCPR thus clearly imposes stronger obligations on the states than is envisaged by the Preamble to Protocol No. 12, although it must be stressed that General Comments are not binding. Furthermore, it has been mentioned in section I.2 of this report that the Human Rights Committee has adopted a rather lenient stance as regards preferential treatment, especially if compared with the ECJ. Since it is presently unclear which approach the ECtHR will take towards preferential treatment, however, it is difficult to say whether Protocol No. 12 leaves less room for or contains less obligations in the sphere of positive action policies than the ICCPR does.

Thirdly, the most important difference between Article 26 ICCPR and Protocol No. 12 concerns the enforcement mechanisms provided by the relevant treaties. If a state has ratified the Additional Protocol to the ICCPR, it is possible for individuals to bring complaints about discrimination before the Human Rights Committee. Different from the judgments rendered by the Euro-

pean Court of Human Rights, however, the opinions given by the HRC are not binding. This means that ratification of Protocol No. 12 provides a much stronger procedural instrument to individual victims of discrimination.

In conclusion, it may be said that Protocol No. 12 does not offer more or different substantive protection against discrimination than Article 26 ICCPR does.¹³⁴ In procedural terms, however, the opportunity for individual applications with the ECtHR that is opened up by ratifying Protocol No. 12 may have important added value.

Selected bibliography Protocol 12 ECHR

- Arnardóttir, O.M. (2003), *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2003
- Arnardóttir, O.M. (2007), 'Non-discrimination in International and European Law: towards Substantive Models', 25 *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, p. 140-157
- Baker, A. (2006), 'The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the 'Ambit' under Article 14 ECHR', (2006) 69 (5) *Modern Law Review*, p. 714-737
- Bharania, M. (2001), 'Who is Afraid of Protocol Twelve? – Mohini Bharania calls upon the Government to ratify Protocol 12 of the Human Rights Convention', 151 *New Law Journal* (2001), no. 6967, p. 65-66
- Buonomo, F. (2001), 'Protocol 12 to the European Convention on Human Rights', 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001/02), p. 425-433
- Cherednychenko, O. (2006), 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, p. 195-218
- Chopin, I. and Niessen, J. (eds.) (2002), *Racial, ethnic and religious discrimination: a comparative analysis of national and European law, A comparison of EC directive 2000/43 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and protocol no 12 to the European Convention on Human Rights with existing national law in 15 EU member states and 11 candidate countries*, Report prepared by Per Johansson, Tables prepared by Isabelle

¹³³ § 10.

¹³⁴ Cf. Scheinin 2006, p. 21.

- Chopin, Budapest: European Roma Rights Centre 2002
- Clemens, L., Mole, N. and Simmons, A. (1999), *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*, Second ed., London: Sweet&Maxwell 1999
- Council of Europe (2006), *Non-discrimination: a human right – seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg, 11 October 2005, Strasbourg: Proceedings of the Council of Europe 2006
- De Schutter, O. (2005), *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law – Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission 2005, available at http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm#stud.
- Van Dijk, P. et al. (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth ed., Antwerp: Intersentia 2006
- Van Emmerik, M.L. & Barkhuysen, T. (2006), 'Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective', in: Barkhuysen, T. and Lindenbergh, S.D. (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 43-57
- Frangakis, N. (2002), 'The prohibition of discrimination in the case-law of the European Court of Human Rights and Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights', in: Gavounelli, M. and Kyriakopoulos, V. (eds.), *Olympia II: Human Rights in the 21st Century*, Athens/Komotini 2002, p. 153-170
- Fredman, S. (2002a), *Discrimination Law*, Oxford: OUP 2002
- Fredman, S. (2002b), 'Why the UK government should sign and ratify Protocol 12', *Equal Opportunities Review* 2002, via <justice.org.uk>
- Gerards, J.H. (2004a), 'The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights', in: Chopin, I. and Niessen, J. (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2004, pp. 3-60
- Gerards, J.H. (2004b), 'Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases', *Netherlands International Law Review* 2004, pp. 135-183
- Gerards, J.H. (2005a), *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2005
- Gerards, J.H. (2005b), 'Protocol No. 12 – The Dutch Debate', in: S. Lagoutte (ed.), *Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights* (Copenhagen: Danish Institute of Human Rights 2005), 37
- Gerards, J.H. (2005c), 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 79 e.v.
- Gerards, J.H. (2005d), 'Descriptieve representatie als rechtvaardiging voor voorkeursbeleid', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 626-641
- Gerards, J.H. (2007b), 'Chapter 1. Discrimination Grounds', in: Bell, M., Schiek, D. and Waddington, L. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford: Hart Legal Publishers 2007), p. 33-184
- Gerards, J.H. (2008), 'Fundamental rights and other interests – should it really make a difference?', in: E. Brems (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp: Intersentia 2008, p. 655-690
- Goldston, J.A. (2006), 'Fighting Terrorism while Fighting Discrimination: Can Protocol No. 12 Help?', in: Council of Europe, *Non-discrimination: a human right – seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg, 11 October 2005, Strasbourg: Proceedings of the Council of Europe 2006, p. 51-64
- Grief, N. (2002), 'Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Critique of the United Kingdom Government's Refusal to Sign and Ratify Protocol 12', *European Law Review Human Rights Survey* 2002 (27), p. HR/10.
- Kay, R.S. (2006), 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *European Human Rights Law Review* 2005, p. 466-479
- Kerdel, K. (2001), 'Meer gelijkheid in de bescherming tegen discriminatie?', 17 *Nemesis* (2001), p. 37-46
- Khaliq, U. (2001), 'Protocol 12 to the European Convention on Human Rights: A Step Forward or a Step Too Far?', *Public Law* 2001, p. 458

- Lagoutte, S. (2005), *Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Proceedings from the Nordic Round Table on ECHR Protocol No. 12 in the Nordic Countries, held in Copenhagen on the 13th and 14th of December 2004, Copenhagen: the Danish Institute for Human Rights 2005
- Moon, G. (2000), 'The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report', *European Human Rights Law Review* 2000, p. 49-53
- Mowbray, A.R. (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court on Human Rights*, Oxford: Hart 2004
- Orakhelashvili, A. (2003), 'Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *European Journal of International Law* 2003, p. xxx
- Ost, F. (1992), 'The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights', in: Delmas-Marty, M. and Chodkiewicz, Ch. (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights*, 1992
- Provine, D.M. (2005), 'How Rights Evolve: the Case of Non-Discrimination in the European Court of Human Rights', in: *Courts Crossing Borders: Blurring the Lines of Sovereignty*, Caroline Academic Press: Durham 2005, p. 85-104
- Scheinin, M. (2006), 'Experiences of the application of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights', in: Council of Europe, *Non-discrimination: a human right – seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg, 11 October 2005, Strasbourg: Proceedings of the Council of Europe 2006, p. 10-22
- Schiek, D. (2007), 'Chapter 3. Indirect Discrimination', in: Bell, M., Schiek, D. and Waddington, L. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford: Hart Legal Publishers 2007), p. 323-475
- Schokkenbroek, J. (2000), 'Towards a Stronger European Protection against Discrimination: The Preparation of a new Additional Protocol to the European Convention on Human Rights', in: Moon, G. (ed.), *Race Discrimination: Developing and Using a New European Legal Framework*, Oxford 2000, p. 29-37
- Schokkenbroek, J. (2002), 'Stronger European Protection Against Discrimination: The New Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights', in: *Rassische Diskriminierung: Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, 2002, p. 175-193
- Small, J. (2003), 'Structure and Substance: Developing a Practical and Effective Prohibition on Discrimination under the European Convention on Human Rights', *International Journal on Discrimination and the Law* 2003, p. 45ff
- Tsatsa-Nikolovska, M. (2006), 'Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights', in: Council of Europe, *Non-discrimination: a human right – seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg, 11 October 2005, Strasbourg: Proceedings of the Council of Europe 2006
- Wintemute, R. (2004a), 'Within the ambit': How Big is the «Gap» in Article 14 European Convention on Human Rights?', *European Human Rights Law Review* 2004, p. 366-382
- Wintemute, R. (2004b), 'Filling the Article 14 «Gap»: Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR', *European Human Rights Law Review* 2004, p. 484-499



Norges offentlige utredninger

2008 og 2009

Statsministeren:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet:

Om grunnlaget for inntektsoppgjørene 2008.
NOU 2008: 10.
Yrkessykdommer. NOU 2008: 11.
Skift og turnus – gradvis kompensasjon for ubekvem arbeidstid. NOU 2008: 17.
Om grunnlaget for inntektsoppgjørene 2009.
NOU 2009: 7.

Barne- og likestillingsdepartementet:

Kvinner og homofile i trossamfunn. NOU 2008: 1.
Kjønn og lønn. NOU 2008: 6.
Med barnet i fokus. NOU 2008: 9.
Farskap og annen morskap. NOU 2009: 5.
Tilstandsrapport ved salg av bolig: NOU 2009: 6.
Kompetanseutvikling i barnevernet. NOU 2009: 8.
Et helhetlig diskrimineringsvern. NOU 2009: 14.

Finansdepartementet:

Kultur momsutvalget. NOU 2008: 7.
Revisjonsplikten for små foretak. NOU 2008: 12.
Eierkontroll i finansinstitusjoner. NOU 2008: 13.
Om foretaksstyring og tiltak mot manipulering av finansiell informasjon. NOU 2008: 16.
Skadeforsikringsselskapenes virksomhet.
NOU 2008: 20.
Kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv.
NOU 2009: 2.
Tiltak mot skatteunndragelser. NOU 2009: 4.
Fordelingsutvalget. NOU 2009: 10.
Bedre pensjonsordninger. NOU 2009: 13.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Retten til fiske i havet utenfor Finnmark.
NOU 2008: 5.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet:

Individ og integritet. NOU 2009: 1.

Forsvarsdepartementet:

Helse- og omsorgsdepartementet:

Fordeling av inntekter mellom regionale helseforetak.
NOU 2008: 2.

Justis- og politidepartementet:

Fra ord til handling. NOU 2008: 4.
Bourbon Dolphins forlis den 12. april 2007.
NOU 2008: 8.
Barn og straff. NOU 2008: 15.
Fiskefartøyet "Western"s forlis 6. februar 1981.
NOU 2008: 19.
Nettbankbasert betalingsoverføring. NOU 2008: 21.
Lov om offentlige undersøkelseskommissjoner.
NOU 2009: 9.
Kredittavtaler. NOU 2009: 11.
Et ansvarlig politi. NOU 2009: 12.

Kommunal- og regionaldepartementet:

Kultur- og kirkedepartementet:

Kunnskapsdepartementet:

Sett under ett. NOU 2008: 3.
Fagopplæring for framtida. NOU 2008: 18.

Landbruks- og matdepartementet:

Miljøverndepartementet:

Nærings- og handelsdepartementet:

Olje- og energidepartementet:

Samferdselsdepartementet:

På sikker veg. NOU 2009: 3.

Utenriksdepartementet:

Samstemt for utvikling? NOU 2008: 14.

Offentlige publikasjoner

Opplysninger om abonnement,
løssalg og pris får man hos:
Akademika AS
Avdeling for offentlige publikasjoner
Postboks 84 Blindern, 0314 Oslo
E-post: offpubl@akademika.no
Telefon: 22 18 81 00
Faks: 22 18 81 01
Grønt nummer: 800 80 960

Publikasjonen er også tilgjengelig på
www.regjeringen.no