DET KONGELIGE
BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENT

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.)

Tilråding fra Barne- og familiedepartementet av 27. april 2001, godkjent i statsråd samme dag.

1 Hovedinnholdet i proposisjonen

1.1 Innledning

Barne- og familiedepartementet legger med dette fram forslag til endringer i lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven). Likestillingsloven har eksistert i over tjue år. Både loven og ombudsordningen har vært viktige virkemidler for å oppnå økt likestilling mellom kvinner og menn i det norske samfunnet. Det har imidlertid skjedd en utvikling som stiller nye krav til innhold og utforming av loven, dersom den effektivt skal kunne bidra til ytterligere likestilling mellom kvinner og menn. Hovedformålet med endringene er å få en mer framtidsrettet likestillingslov som er egnet til å møte de utfordringer som samfunnsutviklingen stiller oss overfor. I proposisjonen foreslås det endringer i gjeldende likestillingslov, samt forslag til nye bestemmelser, blant annet en ny bestemmelse om seksuell trakassering. Det foreslås videre en endring i regnskapsloven § 3-3 og i kommuneloven § 48 nr. 5, idet plikt til å redegjøre for likestilling i årsberetningen mv. foreslås inntatt også der.

1.2 De ulike forslagene

Etter dagens lov påligger det offentlige myndigheter å legge til rette for likestilling på alle samfunnsområder. Det foreslås en skjerping av denne aktivitetsplikten. Det foreslås videre at også private arbeidsgivere og arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner pålegges å fremme likestilling innen sin virksomhet og sitt ansvarsområde.

Videre foreslås det å pålegge offentlige og private virksomheter å redegjøre for likestillingssituasjonen i virksomheten i årsberetninger og i årlige budsjetter. Kravet skal omfatte alle virksomheter - offentlige og privateide - som i lov er pålagt å utarbeide årsberetninger. Offentlige virksomheter som ikke er pålagt å utarbeide årsberetninger, skal redegjøre for likestilling i de årlige budsjettene. Reglene om aktivitetsplikt og plikt til redegjørelse foreslås samlet i en ny § 1a. Det foreslås videre en endring i regnskapsloven § 3-3 og kommuneloven § 48, idet plikt til å redegjøre for likestilling mv. i årsberetningen også foreslås inntatt her.

Departementet foreslår videre å skjerpe likestillingsloven § 3, som stiller opp et forbud mot forskjellsbehandling av kvinner og menn. Det foreslås endringer i definisjonen av direkte og indirekte diskriminering med sikte på å få bedre samsvar mellom lovens ordlyd, Likestillingsombudets praksis og EF-rettslige krav.

Ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene - positiv særbehandling av det ene kjønn - er i dag hjemlet i likestillingsloven §§ 3 og 6. Departementet foreslår å oppheve særregelen for utdanningsområdet i § 6 tredje ledd, og å samle reglene om positiv særbehandling i en ny § 3a

Departementet foreslår videre å endre likelønnsbestemmelsen (§ 5) slik at adgangen til å sammenlikne på tvers av faggrenser eller tariffavtaler kommer klart fram. Det foreslås videre å ta inn i loven sentrale momenter som skal inngå i vurderingen av om arbeidene er av lik verdi. Det foreslås ikke å gjøre endringer i virksomhetsbegrepet. Stat og kommune vil altså hver for seg fortsatt anses som én virksomhet.

Det foreslås heller ikke å endre sammensetningen av Klagenemnda for likestilling. For å styrke muligheten til å få en vurdering av om en tariffavtale er i strid med likestillingsloven, foreslår departementet at Klagenemnda for likestilling skal kunne *uttale* seg om dette spørsmålet, uavhengig av om spørsmålet er knyttet til et konkret ansettelsesforhold. Nemndas uttalelse vil kunne rette søkelyset mot tariffavtaler som ikke tar tilstrekkelig hensyn til likestillingsloven og føre til at tariffpartene legger avtalen fram for Arbeidsretten for en vurdering av den, i forhold til likestillingsloven.

Departementet foreslår å innføre en ny regel om objektivt erstatningsansvar for arbeidsgivere som bryter likestillingslovens bestemmelser om likebehandling ved ansettelser og i ansettelsesforhold. Det skal ikke være et vilkår for å få tilkjent erstatning at man har lidt økonomisk tap. Disse endringene vil bidra til å gjøre sanksjoneringen av likestillingsloven mer effektiv, og til at norsk regelverk blir i overenstemmelse med EØS-avtalen.

Departementet foreslår videre å samle reglene om delt bevisbyrde, nedfelt i §§ 4-6, i en ny § 16. Anvendelsesområdet for bevisbyrdereglene vil bli noe videre enn det som er nedfelt i likestillingsloven §§ 4-6 i dag. Norge vil dermed implementere EU-direktivet om delt bevisbyrde i tråd med Stortingets vedtak 10.12.99.

Det foreslås også en ny § 8a om vern mot seksuell trakassering. Bestemmelsen pålegger arbeidsgivere, organisasjoner og utdanningsinstitusjoner et ansvar for å forhindre at noen utsettes for seksuell trakassering. Det foreslås at vernet mot seksuell trakassering skal kunne håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda.

I tillegg foreslås det et generelt forbud mot seksuell trakassering, som skal gjelde på alle samfunnsområder. Brudd på denne bestemmelsen skal håndheves ved de alminnelige domstoler og kan medføre erstatningsansvar etter de alminnelige erstatningsregler.

De øvrige endringene er av mer administrativ karakter. Departementet foreslår å oppheve likestillingsloven § 16 som regulerer taushetsplikt for de som utfører tjeneste eller arbeid for Likestillingsombudet og Klagenemnda, idet forvaltningslovens regler om taushetsplikt er tilstrekkelige.

Det foreslås at likestillingsloven § 9 endres slik at Kompetansesenter for likestilling endrer navn til Likestillingssenteret.

1.3 Ansettelser og utnevnelser i Den norske kirke

I dag gjelder likestillingsloven på alle områder med unntak av indre forhold i trossamfunn, jf. likestillingsloven § 2 første ledd. Ansettelser og utnevnelser i Den norske kirke fortolkes i henhold til lovens forarbeider [1)] og praksis som

[1)] Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 24.

indre forhold som er unntatt fra lovens virkeområde. Høringsnotatet inneholdt ikke forslag til endringer i § 2. Spørsmålet utredes i samråd med kirken, og vil bli sendt på høring høsten 2001.

1.4 Kjønnsrepresentasjon i styrer mv.

Høringsnotatet tok opp ulike måter å regulere kjønnsrepresentasjon i styrer i privat sektor, uten at de juridiske spørsmålene var nærmere utredet. Høringsrunden viste svært ulike syn på de framsatte forslagene. Barne- og familiedepartementet har i samarbeid med Justisdepartementet iverksatt en utredning av krav om kjønnsrepresentasjon i styrer i privat sektor. På bakgrunn av utredningen vil Barne- og familiedepartementet og Justisdepartementet sende ut et forslag på høring før sommeren 2001. Forslaget vil inneholde ulike modeller for å nå målet om å bedre kjønnsrepresentasjonen i styrer i privat og offentlig virksomhet.

1.5 Etnisk diskriminering

I høringsnotatet uttalte Barne- og familiedepartementet at likestillingsloven er anvendelig også i forhold til den kjønnsdiskriminering som rammer minoritetskvinner. Av den grunn ble det ikke fremmet noe forslag som særlig skulle omfatte denne gruppen, da loven allerede gir et slikt vern.

I sin høringsuttalelse uttrykker MiRA Ressurssenter for innvandrer- og flyktningkvinner skuffelse over at høringsnotatet ikke inneholder noen konkrete forslag til hvordan likestillingsloven kan rette seg inn mot den diskriminering som spesielt rammer minoritetskvinner. De skriver:

> «Vi er av den oppfatning at det nye forslaget til likestillingslov ikke synliggjør det mangfoldet som finnes i Norge i dag, og ønsker at BFD går nærmere inn på de forhold som eksisterer også for innvandrer- og flyktningkvinner i Norge for å bidra til likestilling også for kvinner fra minoritetsgrupper.»

Også Oslo biskop etterlyser en bedre ivaretakelse av kvinner med minoritetsbakgrunn i likestillingsloven:

> «Oslo biskop (...) ønsker at minoritetsperspektivet skal komme bedre fram i departementets oppfølging av lovarbeidet. En oppjustert likestillingslov har mulighet til å presentere viktige visjoner og holdninger som kan inspirere og påskynde en mangfoldig forståelse av samfunnet i dag.»

Likestillingsombudet mener på sin side at det er viktig at det gjøres bedre kjent at likestillingsloven også får anvendelse i saker som gjelder minoritetskvinner. Likestillingsombudet er derfor positiv til at likestillingsloven i større grad enn før

> «...blir oppfattet dithen at den ivaretar kravet om likebehandling av kjønnene for alle grupper av kvinner i det norske samfunnet.»

Forutsetningen er at det klart framgår at det er diskriminering på grunn av kjønn som står i fokus i regelverket. Likestillingsombudet fant likevel grunn til å foreslå at likestillingsloven skulle tydeliggjøre minoritetskvinners særlige

situasjon, og foreslo at dette kunne gjøres ved å gi § 1 første ledd et tillegg slik at lovteksten ville bli: «Denne lov skal fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling, herunder minoritetskvinnens stilling. Alternativt foreslo hun at § 1 skulle få en siste setning: «Loven tar også særlig sikte på å bedre minoritetskvinnens stilling.» [2)]

Barne- og familiedepartementet har vurdert spørsmålet og har kommet til at man vil avvente innstillingen til lovutvalget som skal utarbeide ny lov mot etnisk diskriminering. [3)] Lovutvalget er blant annet bedt om å se hen til likestillingsloven, og også søke å dra nytte av de erfaringene som er gjort på dette området. Departementet ser det slik at en ny lov mot etnisk diskriminering vil kunne gi minoritetskvinner et dobbelt vern på enkelte områder, idet likestillingsloven og en lov mot etnisk diskriminering på noen områder vil overlappe hverandre. Et eksempel på dette er å nekte bruk av religiøst betingede hodeplagg. Likestillingsombudet har funnet at dette er i strid med likestillingsloven. [4)] Å nekte bruk av religiøst betingede hodeplagg må også antas å være klart i strid med en ny lov mot etnisk diskriminering. Departementet vil til slutt påpeke at selv om likestillingsloven i § 1 fastslår at den «tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling» er ikke likestillingsloven først og fremst en lov mot diskriminering av kvinner. Den er en lov som skal fremme likestilling mellom kvinner og menn og dekker *all* forskjellsbehandling som skyldes kjønn, også forskjellsbehandling av minoritetskvinner som skyldes kjønn. En lov mot etnisk diskriminering må antas å skulle ramme den forskjellsbehandlingen som skyldes etnisitet.

[2)] Likestillingsombudets brev av 23. februar 2000.

[3)] Utvalget er nedsatt og mandatet er fastsatt av Kongen i statsråd 3. mars 2000.

[4)] Likestillingsombudets saker 98/129, 99/125 og 99/128.

2 Bakgrunn

2.1 Historikk

Likestillingsloven ble vedtatt i 1978 og trådte i kraft i 1979. Loven var kontroversiell og skapte debatt både før og etter at den ble vedtatt. Det hører med til historien at det første forslaget til likestillingslov, som ble framlagt for Stortinget i 1975, ble sendt tilbake til departementet. Striden sto i hovedsak om lovens formål skulle være likestilling eller forbud mot kvinnediskriminering, om loven særlig skulle fremme kvinners stilling eller være kjønnsnøytral, om positiv særbehandling som virkemiddel for å fremme likestilling og lovens forhold til partene i arbeidslivet.

Siden loven ble vedtatt, har den blitt endret en rekke ganger. Blant de viktigste endringene er innføring av regler om kjønnsrepresentasjon i offentlig oppnevnte styrer, utvalg og råd mv. jf. lov 12. juni 1981 nr. 59. [5] Bestemmelsen om kjønnsrepresentasjon er senere blitt endret flere [6] ganger; første gang ved lov 25. mars 1983 nr. 12 og senere ved lov 5. juni 1987 nr. 25 og 19. februar 1988 nr. 6. Endringene innebar at kravene til kjønnsrepresentasjon ble skjerpet ved at offentlige utvalg skulle ha minst 40 prosent av hvert kjønn. Siste gang bestemmelsen ble endret var ved lov 30. juni 1995 nr. 43. Loven ble da endret for å harmonisere regelverket med regler om kjønnsrepresentasjon i kommuneloven.

Ved lov 30. juni 1995 nr. 43 [7] ble det videre innført adgang til å gi forskrifter om positiv særbehandling av menn som søker seg til yrker og utdanning rettet inn mot omsorg for, og undervisning av barn. Det ble også innført regler om delt bevisbyrde i lovens §§ 4-6.

Ved lov 13. juni 1997 nr. 38 [8] ble likestillingsapparatet omorganisert. Likestillingsrådet ble nedlagt og Likestillingsrådets sekretariat ble omorganisert til Kompetansesenter for likestilling.

2.2 Oversikt over likestillingslovens viktigste bestemmelser

Likestillingslovens formål er ifølge § 1 å fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling. Loven gjelder på alle samfunnsområder bortsett fra indre forhold i trossamfunn, jf. § 2.

Loven har for det første et forbud mot direkte og indirekte kjønnsdiskriminering. Forbudet er nedfelt i lovens generalklausul i § 3. Bestemmelsen slår fast at forskjellsbehandling mellom kvinner og menn er forbudt, og definerer nærmere hva som menes med ulovlig forskjellsbehandling. Diskriminerings-

[5] se Ot.prp. nr. 67 (1980-81).
[6] se Ot.prp. nr. 53 (1981-82), Ot.prp. nr. 85 (1986-87) og Ot.prp. nr. 29 (1994-95).
[7] jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-95) og Innst. O nr. 59 (1994-95).
[8] se Ot.prp. nr. 51 (1996-1997).

forbudet er i tillegg presisert for arbeidslivet i §§ 4 - 6 om ansettelser, oppsigelser, lønn og utdanning mv.

Ulik behandling av kvinner og menn er bare tillatt i helt bestemte tilfeller, jf. § 3 tredje og fjerde ledd samt ulovfestede saklighetsprinsipper. Det er etter disse reglene adgang til å foretrekke det ene kjønn - for eksempel til en stilling - hvis kjønn er en avgjørende kvalifikasjon for å utføre det aktuelle arbeidet. Videre er det adgang til å særbehandle det ene kjønn for å fremme likestilling (kvotering o.l.). Det er også adgang til å særbehandle kvinner på bakgrunn av den ulike stillingen mellom kjønnene, først og fremst for å beskytte kvinner som er gravide eller ammer.

Lovens diskrimineringsforbud omfatter ikke ytringer generelt. Etter lovens § 7 skal imidlertid læremidlene som nyttes i skoler og undervisningsinstitusjoner bygge på likestilling mellom kjønnene. Såframt det ikke finnes en åpenbar grunn for det, kan heller ikke en stilling lyses ledig for bare det ene kjønn, jf. § 4 første ledd.

Diskrimineringsforbudet håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling, jf. §§ 10 flg. Likestillingsombudet skal føre tilsyn med at loven ikke overtres. Ombudet tar opp saker etter eget tiltak eller på grunnlag av henvendelser. Ombudet forsøker å få til en frivillig ordning, og gir eventuelt en uttalelse om hvorvidt loven er overtrådt. Oppnås ikke frivillig ordning kan saken bringes inn for Klagenemnda av Likestillingsombudet, av den som er part i saken eller den som har brakt saken inn for Ombudet. Nemnda kan etter § 13 forby en handling eller gi påbud om tiltak for å sikre at handlingen opphører eller for å hindre at den gjentas. Slik kompetanse har Likestillingsombudet bare i hastesaker, jf. § 12. I praksis har Nemndas vedtak som regel form av en uttalelse om hvorvidt loven er overtrådt. Overtredelse av Nemndas (og eventuelt Ombudets) vedtak er straffbart, jf. § 18. Likestillingsombudets og Klagenemndas kompetanse er begrenset i relasjon til forvaltningsvedtak og tariffavtaler, jf. § 12 annet ledd og § 14.

Den som mener seg forskjellsbehandlet i strid med loven kan, uavhengig av Likestillingsombudets eller Klagenemndas behandling, bringe saken inn for de alminnelige domstoler.

Overtredelse av lovens diskrimineringsforbud gir rett til erstatning etter alminnelige erstatningsregler, jf. § 17. Erstatning kan bare idømmes av domstolene. Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling kan ikke pålegge erstatning.

For det andre har loven enkelte regler som på ulike måter oppfordrer til eller pålegger å fremme likestilling. Offentlige myndigheter skal etter § 1 annet ledd legge forholdene til rette for likestilling på alle samfunnsområder. Bestemmelsen forplikter alle offentlige myndigheter til å legge stor vekt på arbeidet med likestilling innenfor sitt arbeidsområde. Ved oppnevning av offentlige utvalg, styrer mv. skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent av medlemmene, jf. § 21. Dette pålegget om kvotering håndheves av Barne- og familiedepartementet.

2.3 Behov for endringer

Likestillingsloven er både en ikke-diskrimineringslov og en lov som skal legge til rette for likestilling mellom kjønnene. Det er etter departementets vurdering ønskelig at en framtidsrettet likestillingslov legger enda større vekt på det siste aspektet. Det er behov for en lov som krever at viktige instanser i samfunnet, ikke minst næringslivet og arbeidslivets organisasjoner, tar et økt ansvar for likestilling. Andre nordiske lands lovgivning på likestillingsområdet har gått i denne retningen på 1990-tallet. Flere av forslagene legger også opp til endringer i en slik retning. Det vises for eksempel til forslaget om skjerpelse av aktivitetsplikten og utvidelse av denne plikten til å omfatte også private arbeidsgivere og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner, samt plikt til å redegjøre for likestilling i årsberetninger og i de årlige budsjettene.

Noen forslag tar sikte på å møte problemstillinger som ikke var på den samfunnsmessige dagsorden da loven ble vedtatt i 1978. Seksuell trakassering i arbeidsliv, utdanning og organisasjonsliv var for eksempel ikke på dagsorden. Først på 1990-tallet ble fokus for alvor rettet mot seksuell trakassering blant annet som følge av forskning på temaet. Problemene med et kjønnsdelt arbeidsmarked og ulik lønn mellom kjønnene for arbeid av lik verdi var velkjente da loven ble vedtatt, og er utfordringer som nå har stått på dagsordenen i svært lang tid. I 1992 varslet Regjeringen Brundtland i Likestillingsmeldingen [9] at likelønn mellom kvinner og menn skulle være et hovedsatsningsområde i det likestillingspolitiske arbeidet. Meldingen skisserte hovedtrekkene i 1990-årenes likestillingspolitikk og utgjør et sentralt grunnlagsdokument for flere av de forslagene som nå fremmes. Arbeidsvurderingsutvalget foreslo i NOU 1997:10, «Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn», noen endringer i likestillingsloven med sikte på å bringe loven bedre i overensstemmelse med norsk og internasjonal rettsutvikling på området likelønn. De forslagene til endringer i likelønnsbestemmelsen som fremmes i denne proposisjonen var blant forslagene som ble lagt fram av Arbeidsvurderingsutvalget. Utvalget fikk bred tilslutning for sine forslag i høringen av utvalgets innstilling.

Enkelte av forslagene til lovendringer er blant annet begrunnet i hensynet til at norsk rett skal komme bedre i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser. Som et alminnelig rettskildeprinsipp formodes norsk rett å stemme overens med våre folkerettslige forpliktelser. Presumpsjonsprinsippet innebærer at man ved tolkningen av likestillingsloven skal søke å finne løsninger som ikke er i strid med våre folkerettslige forpliktelser. Desto klarere utformet og desto mer autoritativ håndhevingen av reglene er, desto mer forpliktet er man i forhold til implementering i norsk rett. Videre bestemmer EØS-loven § 2 at bestemmelser i norsk lov som skal tjene til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. EØS-loven § 2 innebærer dermed at likestillingsloven skal gå foran andre lover og forskrifter, så langt likestillingsloven bidrar til å oppfylle forpliktelsene. Dette gjelder uavhengig av om de er av eldre eller nyere dato. Presumpsjonsprinsippet og forrangsregelen innebærer formelt en plikt til å omfortolke eller se bort fra regler som er i strid med likestillingslovens og det EF-rettslige diskrimineringsforbudet.

[9] St.meld. nr. 70 (1991-92).

En rekke internasjonale avtaler er av betydning når likestillingsloven skal tolkes. Av stor betydning er FNs kvinnekonvensjon, som Norge ratifiserte i 1981. Norge er også forpliktet av ILO-konvensjon nr. 100, samt Den europeiske sosialpakt.

I tillegg kommer de forpliktelsene som følger av EØS-avtalen. EØS-avtalens artikkel 69 pålegger avtalepartene å gjennomføre og opprettholde prinsippet om at kvinner og menn skal motta lik lønn for samme arbeid. EØS-avtalens vedlegg XVIII inneholder en rekke direktiver som gir nærmere regler vedrørende likestilling og som er gjennomført i norsk rett. Det foreligger også en relativt rikholdig rettspraksis fra EF-domstolen basert på den aktuelle bestemmelsen i EF-traktaten (tidligere EF-traktatens artikkel 119, endret ved Amsterdamtraktaten; nå EF-traktatens artikkel 141). Dommer EF-domstolen har avsagt før undertegningen av EØS-avtalen er bindende for Norge, jf. EØS-avtalen artikkel 6. Nyere dommer skal også tillegges vekt. Dette følger av avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA 27. november 1992 nr. 109) artikkel 3 og Høyesteretts og EFTA-domstolens praksis. Likestillingsrettens dynamiske karakter tilsier at nyere praksis anses som ledd i en utvikling som ligger innebygget i det EF-rettslige diskrimineringsforbudet. Hvilken vekt nyere avgjørelser bør tillegges kan likevel avhenge av hvor store sprang i utviklingen resultatet i den enkelte sak innebærer i forhold til de foregående. Vekten av nyere avgjørelser bør derfor vurderes konkret fra sak til sak. [10)]

Direktivene som er inntatt i EØS-avtalen, vil som regel angi minimumskrav til norsk rett. I så fall vil Norge kunne innføre strengere krav med hensyn til likestilling overfor arbeidsgivere og arbeidsmarkedet forutsatt at dette er forenlig med relevant rettspraksis fra EFTA- og EF-domstolen. EFTA-domstolen har ennå ikke behandlet noen saker på det likestillingsrettslige området.

Noen av forslagene til endringer skyldes også behovet for en enklere og mer pedagogisk lov. Dersom loven blir enklere å anvende øker mulighetene for at den blir etterlevd i praksis.

2.4 Grunnlagsmateriale

Med sikte på å skaffe en oversikt over likestillingsloven og forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, har Barne- og familiedepartementet innhentet en evaluering. Prosjektet «Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser» ble gjennomført i 1999 av dr. juris. Elisabeth Vigerust ved Universitetet i Oslo. I evalueringen ble det lagt særlig vekt på en vurdering av likestillingsloven i lys av forpliktelsene som følger av EØS-medlemskapet.

Likestillingsombudet har gjennom årene kommet med en rekke innspill og forslag til endringer. Et sentralt dokument i denne forbindelse er Likestillingsombudets brev av 22. juli 1998 til Barne- og familiedepartementet. Departementet har også hatt kontakt med Likestillingsombudet i prosessen med utarbeiding av forslagene. Det er videre innhentet synspunkter og forslag fra Klagenemnda for likestilling.

[10)] Vigerust 1998 s. 70.

Departementet har også hatt kontakt med de øvrige nordiske land og vurdert deres lovgivning, herunder gjennomført en studietur til det svenske likestillingsombudet (JämO) og Näringsdepartementet, som har fagansvaret for likestillingsloven. De fleste forslagene i høringen har også vært presentert og drøftet i likestillingsministerens fora for kontakt med likestillingsorganisasjoner og arbeidslivets parter, henholdsvis Kontaktutvalget for likestilling og Forum for likestilling i arbeidslivet.

3 Høringen

Regjeringen Bondevik sendte 15. oktober 1999 ut et høringsnotat med forslag til endringer i likestillingsloven. Flere av forslagene fulgte opp forslag som ble lagt fram allerede i St. melding nr. 70 (1991-92) «Likestillingspolitikk for 1990-åra» som Regjeringen Brundtland fremmet i 1992.

Forslagene som nå blir lagt fram skiller seg ikke vesentlig fra de forslag som ble sendt på høring. Høringsnotatet tok imidlertid opp ulike måter å regulere kjønnsrepresentasjonen i styrer i privat sektor, uten at disse var utredet nærmere. Som tidligere nevnt (jf. pkt. 1.4) vil Barne- og familiedepartementet og Justisdepartementet sende ut et forslag på høring som vil inneholde ulike modeller for å nå målet om å bedre kjønnsrepresentasjonen i privat og offentlig virksomhet.

Høringsnotatet ble sendt ut til et bredt utvalg av høringsinstanser. Nedenfor gis en oversikt over høringsinstansene. Da høringsfristen gikk ut 1. februar 2000, var det totalt kommet inn 114 uttalelser. Noen innspill kom inn etter at fristen var gått ut - disse er også tatt med i departementets vurderinger. De høringsinstansene som har gitt uttalelse er merket med * i listen nedenfor. At så mange instanser kom med innspill, viser at likestillingsloven er en sak mange er opptatt av.

Høringsinstansene

Arbeids- og administrasjonsdepartementet*
Finansdepartementet*
Fiskeridepartementet*
Forsvarsdepartementet
Justis- og politidepartementet*
Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet*
Kommunal- og regionaldepartementet*
Kulturdepartementet
Landbruksdepartementet
Miljøverndepartementet*
Nærings- og handelsdepartementet*
Olje- og energidepartementet*
Samferdselsdepartementet*
Sosial- og helsedepartementet*
Utenriksdepartementet*
Aglow - tverrkirkelig Fellesskap for kvinner
Akademikerne*
Akademikernes Fellesorganisasjon*
Aksjesparerforeningen i Norge
Aksjon Hvitt Bånd
Aleneforeldreforeningen
Alternativ til Vold
Ammehjelpen
Ammehjelpen Care Norge

Arbeidernes ungdomsfylking
Arbeidsretten*
Arktisk urfolks kvinnenettverk
Avdeling for kvinnerett, Universitetet i Oslo
Barneombudet*
Bispedømmene*
Delta Kappa Gamma Society international, avd. Norge*
Den eritreiske kvinneunion
Den Norske Advokatforening*
Den norske Bankforening
Den norske jordmorforening
Den norske lægeforening*
Den norske presteforening
Den norske tannlegeforening
Det norske Arbeiderparti, Kvinnepolitisk utvalg*
Diakonhjemmets internasjonale senter
Elevorganisasjonen i Norge
Europeisk Kvinneunion
Fellesaksjonen mot Pornografi og Prostitusjon
Fellesorganisasjonen for barnevernspedagoger, sosionomer og vernepleiere*
FOKUS- forum for kvinner og utviklingsspørsmål
Foreningen 2 foreldre*
Forsikringsselskapenes Arbeidsgiverforening
Forskningsstiftelsen FaFo
Forum for kvinnelig militært personell i sjøforsvaret
Frelsesarmeens Kvinneorganisasjon
Fremskrittspartiet*
Fremskrittspartiets ungdomsorganisasjon
FUNK - Funksjonshemmede Norske kvinner
Fylkeskommunene*
Fylkesmennene*
Fødsel i fokus
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon*
Humanetisk forbund
Høgskolen i Alta*
Høgskolen i Lillehammer
Høgskolen i Nord-Trøndelag
Høyre*
Høyres kvinneutvalg*
Incestsenteret for menn
Inner Wheel Norge
Institutt for klinisk sexologi og terapi
Interessegruppa for kvinner med spiseforstyrrelser
Internasjonal Kvinneliga for fred og frihet
Invitasjon til ansvar
Islamsk kvinnegruppe Norge
Jenter i skogbruket

Juridisk rådgivning for kvinner*
KILDEN
KIM - Kvinner i mannsyrker
Kirkens Kvinneutvalg
Kirkerådet*
Klagenemnda for likestilling*
Kommunenes Sentralforbund*
Kompetansesenter for likestilling
Krise- og rådgivningstelefonen for menn*
Krisesenterbevegelsen i Norge
Kristelig Folkeparti
Kristelig Folkepartis Kvinner
Kristelig Folkepartis Ungdom
Kvinnefronten i Norge*
Kvinnegruppa i Framtiden i våre hender
Kvinnegruppa Ottar
Kvinner mot fundamentalisme
Kvinner og miljø
Kvinner Viser Vei
Kvinners Frivillige Beredskap
Kvinneuniversitetet i Løten
Landsforeningen for lesbisk og homofil frigjøring
Landsorganisasjonen i Norge*
Landsrådet for norske barne- og ungdomsorganisasjoner
Latinamerikagruppa
Likestillingsombudet*
Mannskomitéen av 1988
MIRA-resurssenter*
Mosaisk kvinneforbund
Nasjonalt nettverk for kvinner og næringsutvikling*
Nettverk for forskning om menn
Nordisk institutt for kvinne- og kjønnsforskning
Nordisk koordinator for mannsforskning
Nordisk samisk kvinneorganisasjon
Norges Blindeforbund
Norges Blindeforbund, Kvinnepolitisk utvalg
Norges Bonde- og småbrukarlag
Norges Bonde- og småbrukarlags kvinneutvalg
Norges Bondekvinnelag*
Norges Bondelag*
Norges Fiskarkvinnelag
Norges Fiskarlag
Norges forskningsråd*
Norges Juristforbund
Norges Kristelige Student- og Skoleungdomslag
Norges Kristelige Studentforbund
Norges kvinne- og familieforbund
Norges lotteforbund

Norges Venstrekvinnelag*
Norges Yrkeskvinners landsforbund
Norgesunionen av soroptimistklubber
Norsk arbeidsgiverorganisasjon for virksomheter med offentlig tilknytning (NAVO)*
Norsk Helse- og sosialforbund*
Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR)
Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA)
Norsk Kommuneforbund*
Norsk krisesenterforbund
Norsk kvinneforbund
Norsk kvinnelig teologforening*
Norsk kvinnesaksforening*
Norsk Lærerlag*
Norsk Psykologforening
Norsk studentunion*
Norsk Sykepleierforbund*
Norsk økumenisk kontaktforum for kvinner
Norske kvinnelige akademikere*
Norske Kvinnelige Juristers Forening*
Norske Kvinners Sanitetsforening
Norske reindriftssamers Landsforbund
Norske reindriftssamers Landsforbunds kvinneutvalg
Nyfeministene
Næringslivets Hovedorganisasjon*
Oslo Børs*
Oslo kommune*
Palestinakomitéens kvinneutvalg
Posten Norge BA*
RadiOrakel
Rederienes Landsforening
Rød Ungdom
Rød Valgallianse
Rød Valgallianse, Kvinneutvalget
Sametinget
Samvirkeforetakenes Forhandlingsorganisasjon*
Sarahkka - Samisk kvinneorganisasjon
Senter for kvinneforskning, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet i Trondheim
Senter for kvinneforskning, Universitetet i Bergen
Senter for kvinneforskning, Universitetet i Oslo*
Senter for kvinneforskning, Universitetet i Tromsø*
Senterkvinnene
Senterpartiet
Senterpartiets Ungdom
Sosialistisk Ungdom
Sosialistisk Venstreparti
Sparebankforeningen i Norge*

Støtteringen for kvinneuniversitetet
SVs kvinnepolitisk utvalg
Unge Høyre
Unge Venstre
Venstre
Voss Handverk- og Industrilag*
Yngre legers forening*
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund*

Relativt få kvinneorganisasjoner har uttalt seg, mens nær sagt alle arbeidslivets parter har bidratt. Dette kan skyldes at endringsforslagene i stor grad dreier seg om arbeidslivsspørsmål.

Generelt viser høringsuttalelsene at mange hilser en totalgjennomgang av likestillingsloven velkommen og håper på ny giv i likestillingsarbeidet. De fleste ser behovet for endringer i likestillingsloven, særlig i lys av Norges internasjonale forpliktelser, men også på grunn av nye utfordringer nasjonalt.

På noen punkter ble det imidlertid pekt på problemer knyttet til endringsforslagene. Dette gjaldt spesielt spørsmålet om utvidelse av kravene til kjønnsrepresentasjon i styrer i privat sektor. At det kom inn mange synspunkter på dette spørsmål er ikke overraskende. Bondevik-regjeringen valgte i høringsnotatet å skissere 5 alternative forslag til gjennomføring av kvoteringsregler, uten at den tok stilling til hvilket forslag som skulle fremmes. De ulike alternativene var heller ikke gjort til gjenstand for en nærmere utredning.

4 Plikt til å arbeide for likestilling

4.1 Bakgrunn

Likestilling er rett og mulighet for den enkelte til å utfolde sine evner uavhengig av kjønn. Likestilling er en menneskerettighet. Det er også god ressursforvaltning. Kvinner og menn kan ha ulik livserfaring, og bruk av både kvinnelig og mannlig arbeidskraft kan gi virksomhetene større mangfold og bredde. Videre tyder arbeidslivsforskning på at et arbeidsmiljø med kjønnsmessig balanse gir et bedre arbeidsmiljø og økt trivsel. Utnyttelse av både kvinnelig og mannlig arbeidskraft synes også å være viktig for konkurransedyktighet. Arbeidslivet har lenge vært et viktig rettslig og politisk område for arbeidet med likestilling. Til tross for dette har likestilling i arbeidslivet ikke kommet langt nok. Stadig flere kvinner tar høyere utdanning, og kvinner har siden begynnelsen av 1990-årene utgjort over halvparten av studentene ved de høyere utdanningsinstitusjonene. Samtidig viser statistikk at kvinner blant annet har gjennomgående lavere lønn enn menn, er underrepresentert i lederstillinger og styrer og er i flertall blant de deltidsarbeidende. De kravene arbeidslivet stiller til menn påvirker deres deltakelse på den hjemlige arena og i omsorgen for egne barn. Småbarnsfedre er for eksempel overrepresentert blant dem med lang arbeidstid/overtid.

Et krav til alle arbeidsgivere om å arbeide for å fremme likestilling i arbeidslivet vil kunne bidra til endring. En slik plikt finnes allerede i avtaleverket mellom partene. Men avtaleverket har sine begrensninger. Generelt kan en si at det er preget av intensjoner mer enn forpliktelser for de lokale partene, og de sentrale partene har få rutiner for å følge opp bestemmelsene. Det er forholdsvis lite som har resultert i konkrete tiltak i de enkelte virksomhetene.

De klare behovene som eksisterer for et fortsatt aktivt og målrettet likestillingsarbeid i arbeidslivet, sammenholdt med den til dels mangelfulle effekten avtaleverket hittil har hatt for arbeidet på de enkelte arbeidsplassene, er argumenter for å lovfeste visse minimumskrav til likestillingsarbeid i virksomhetene.

4.2 Gjeldende rett

Lovens formål kommer til utrykk i likestillingsloven § 1 første ledd; loven skal fremme likestilling og tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Formålsparagrafen er viktig når det gjelder forståelsen av lovens øvrige bestemmelser.

For at lovens formål skal kunne oppfylles pålegger likestillingsloven § 1 annet ledd offentlige myndigheter å legge forholdene til rette for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder. Offentlige myndigheter er således pålagt en særskilt forpliktelse til å fremme likestilling. Denne plikten omtales noen ganger som det offentliges *aktivitetsplikt*.

Det går fram av forarbeidene at man gjennom bestemmelsen ønsket «... å markere at alle offentlige myndigheter, innen vedkommende myndighets ansvarsområde, skal gi arbeidet med likestilling høy prioritet». [11)] Bestemmel-

sen gir også uttrykk for at det er nødvendig med en rekke tiltak i tillegg til overholdelse av likestillingslovens forbudsbestemmelser. I tredje ledd angis på hvilke områder det offentlige særlig skal arbeide for likestilling. Det heter at kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling. Det går fram av forarbeidene at det ikke var meningen å angi uttømmende hvilke fagområder myndighetene skal arbeide med likestilling på, men å eksemplifisere særlig viktige områder. [12] Bestemmelsen kan benyttes som et virkemiddel og argument i arbeidet med å oppnå frivillige ordninger. En ser i flere tilfeller at Likestillingsombudet har henvist til bestemmelsen, særlig hvor det ikke har forekommet noen overtredelse av lovens diskrimineringsforbud (evt. hvor overtredelse ikke lar seg bevise), men hvor det på den annen side heller ikke er utvist noen aktivitet for å legge til rette for likestilling.

Det framgår ikke direkte av forarbeidene at offentlige myndigheter også som arbeidsgiver har en særlig plikt til å fremme likestilling. I praksis har imidlertid loven vært tolket slik at den også dekker dette. Likestillingsombudet har i flere tilfeller henvist til bestemmelsen i enkeltsaker der det offentlige har vært innklagd på bakgrunn av sin rolle som arbeidsgiver.

I alle sektorer av arbeidslivet har partene inngått avtaler om å arbeide for å fremme likestilling mellom kvinner og menn. I staten legger § 21 i Hovedavtalen visse føringer; der heter det blant annet at arbeidsgiveren har ansvar for iverksetting og gjennomføring av likestillingstiltak i virksomheten. Denne bestemmelsen stiller også visse minimumskrav til innholdet i de lokale tilpasningsavtalene.

I Hovedavtalene mellom NHO og LO [13] , og mellom NHO og YS [14] er det inngått rammeavtaler om likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet. I rammeavtalene understrekes nødvendigheten av planmessig og målrettet arbeid. Ansvaret for likestillingsarbeidet legges i hovedsak på de lokale partene, men hovedorganisasjonene forplikter seg til en viss bistand, blant annet i form av informasjonsvirksomhet. Partene i arbeidslivet har i liten grad inngått avtaler som forplikter til konkrete tiltak. De sentrale partene har få rutiner på å innhente kunnskap om situasjonen blant de lokale partene.

I kommunal sektor er de overordnede politiske organer i den enkelte kommune eller virksomhet tillagt ansvaret for det lokale likestillingsarbeidet (Hovedavtalen § 17-2). Hovedavtalepartene i statlig, kommunal og privat sektor følger imidlertid i liten grad opp hvorvidt det etableres særskilte, lokale tilpasningsavtaler om likestilling. [15]

---

[11] Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 18 flg.

[12] Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 18 flg. og Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 17.

[13] Hovedavtalen 1998-2001 LO-NHO.

[14] Hovedavtalen 1998-2001 YS-NHO.

[15] Mari Teigen og Ragnhild Steen Jensen: «Kjønnskvotering i utdanning og arbeidsliv». Institutt for samfunnsforkning, 1995.

4.3 Nordiske lands lovgivning

4.3.1 Sverige

Sveriges likestillingslov er avgrenset til arbeidslivet, men gjelder både offentlig og privat sektor. Arbeidsgiveren pålegges å drive et «målinriktat arbete för att aktivt främja jämställdhet i arbetslivet» innenfor rammen av sin virksomhet, jf. § 3. Denne bestemmelsen danner utgangspunkt og ramme for arbeidsgiverens aktivitetsplikt. §§ 4-8 presiserer på hvilke felt arbeidsgiveren plikter å være aktiv, for eksempel arbeidsforhold, rekruttering og lønn. I tillegg konkretiseres plikten; arbeidsgiveren skal for eksempel sørge for at ingen arbeidstaker utsettes for seksuell trakassering (§ 6), forsøke å oppnå en jevn fordeling mellom kvinner og menn i virksomheten og innenfor de ulike stillingskategorier (§ 7), og årlig kartlegge og analysere lønnsforhold og andre arbeidsvilkår, og vurdere om det i slike forhold er kjønnsdiskriminerende forskjeller mellom kvinnelige og mannlige ansatte (§ 10).

4.3.2 Finland

Finlands likestillingslov inneholder bestemmelser om en likestillingsfremmende aktivitet både fra offentlige myndigheters side (§§ 4 og 5) og fra arbeidsgivernes side (§§ 6 og 6a). Myndighetene har en generell plikt til å drive et målrettet og planmessig arbeid for å fremme likestilling Dette gjelder all myndighetsvirksomhet. Også for arbeidsgiverne - private som offentlige - foreligger det en plikt til et målrettet og planmessig arbeid. Etter § 6 første til fjerde ledd skal arbeidsgiver blant annet arbeide for at ledige stillinger søkes både av kvinner og menn, skape like muligheter for kvinner og menn til avansement, gjøre det mulig for både kvinner og menn å kombinere arbeid og familieliv, og søke å forhindre seksuell trakassering.

4.3.3 Danmark

I Danmarks likestillingslov bestemmer § 4 at «offentlige myndigheder skal inden for deres område arbejde for ligestilling og indarbejde ligestilling i all planlægning og forvaltning.»

4.4 Internasjonale forpliktelser

Prinsippet om likebehandling er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 69 og 70. EF-traktatens bestemmelse vedrørende likestilling ble revidert ved Amsterdamtraktaten. Den reviderte bestemmelsen er nå nedfelt i EF-traktatens artikkel 141. Siden ikrafttredelsen av Amsterdamtraktaten har EU også blitt tillagt myndighet etter EF-traktatens artikkel 13 til å iverksette konkrete tiltak for å bekjempe diskriminering av ulike slag, herunder diskriminering på grunnlag av kjønn. Endringene får ingen direkte betydning for EØS-samarbeidet. Endringene er imidlertid ledd i en styrking av likestilling som målsetting for unionen, slik at det på sikt kan få betydning for EØS-samarbeidet. Dette gjelder spesielt gjennom vedtak av nye direktiver.

7. juni 2000 fremmet Europakommisjonen direktivforslag [16)] for Europaparlamentet og Rådet om endring av likebehandlingsdirektivet (76/207/

[16)] KOM(2000) 334.

EØF). [17] Kommisjonen foreslår blant annet en ny § 1a i artikkel 1 som er direktivets formålsbestemmelse. Forslaget lyder: «Medlemsstaterne træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for, at de aktivt og synligt kan fremme målsætningen om ligestilling mellem mænd og kvinder ved at medtage den i navnlig alle deres love og administrative bestemmelser, politikker og aktiviteter på de områder, der er omhandlet i stk. 1.» Dette vil innebære en implementering av integreringsperspektivet som kommer til uttrykk i Amsterdamtraktaten artikkel 3 nr. 2. Det er mulig at direktivet blir vedtatt av EU i løpet av høsten 2001, og det vil da være nødvendig å vurdere om det skal implementeres i EØS-avtalen.

FNs kvinnekonvensjon [18] 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 likestilling mellom menn og kvinner i sine statsforfatninger eller annen lovgivning, og å sikre at prinsippet blir virkeliggjort i praksis gjennom lovgivning eller ved andre egnede midler jf. artikkel 2 bokstav a. I 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 konvensjonens artikkel 3 pålegges konvensjonspartene, særlig på de politiske, sosiale, økonomiske og kulturelle områdene, å treffe alle hensiktsmessige tiltak, herunder lovvedtak, for å sikre kvinner hel og full utvikling og framgang, slik at de garanteres utøvelsen og nytten av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på like fot med menn.

4.5 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet for det første en utvidelse av aktivitetsplikten i § 1 annet ledd til også å omfatte private arbeidsgivere, samt arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene. Departementet framhevet i høringsrunden at det er viktig å signalisere at disse samfunnsaktørene, som legger grunnleggende premisser for likestillingsutviklingen, også har et ansvar for å fremme likestilling.

Videre gikk forslaget ut på å konkretisere og skjerpe plikten ved å kreve at de ansvarliges arbeid for likestilling skal være aktivt, målrettet og planmessig.

4.6 Høringsinstansenes syn

Høringsinstansene var gjennomgående svært positive til forslaget. Mange framhevet at bestemmelsen vil være viktig når det gjelder å øke bevisstheten om likestillingsarbeidets betydning på alle samfunnsområder. Flere framhe-

[17] Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

[18] «Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner» av 18. desember 1979. Ratifisert av Norge 21. mai 1981.

vet det som positivt at man understreker at både privat og offentlig sektor har et ansvar for å legge til rette for økt likestilling.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet støttet forslaget, og uttalte at endringen er viktig for å synliggjøre at ansvaret for å bedre likestilling på arbeidsplassene også gjelder private arbeidsgivere og organisasjoner.

Sosial- og helsedepartementet uttalte at den foreslåtte bestemmelsen vil kunne bidra til bedre tilrettelegging for arbeidstakere av begge kjønn innen pleie- og omsorgssektoren.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) støttet forslaget om aktivitetsplikt for arbeidsgivere i offentlig og privat sektor. *NHO* påpekte imidlertid at man burde stille krav til at arbeidsgivere og arbeidstakere skal samarbeide om å fremme likestilling, og at dette bør komme til uttrykk i lovteksten. Det ble vist til at samarbeid mellom ledelsen og de ansatte om likestilling og likeverd tillegges avgjørende betydning i Hovedavtalen og de respektive tariffavtalene. *NHO* mente at kravet ikke bør gjelde arbeidslivets organisasjoner.

Andre arbeidsgiverorganisasjoner (*Kommunenes Sentralforbund* og *Norges Rederiforbund*), samt de fylkeskommunene som uttalte seg, og de fleste av de bispedømmerådene som uttalte seg, støttet forslaget i sin helhet. Samtlige arbeidstakerorganisasjoner og interesseorganisasjoner, partienes kvinneorganisasjoner, utdanningsinstitusjonene, *Likestillingssenteret* og *Likestillingsombudet* støttet også forslaget.

Landsorganisasjonen i Norge og *Norsk Kommuneforbund* understrekte at det er positivt at arbeidsgiver får en plikt til å fremme likestilling. *Norsk Kommuneforbund* mente det burde poengteres sterkere det særlige ansvaret arbeidsgivere har for å tilrettelegge likestillingsfremmende tiltak. De påpekte at ensidig fokus på felles ansvar *kan* innebære at «når alle har ansvar, tar ingen ansvar».

De som gikk mot forslaget var blant andre *Norges arbeidsgiverforening for virksomheter med offentlig tilknytning, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon, Samvirkeforetakenes Forhandlingsorganisasjon* og *Finansnæringens Arbeidsgiverforening,*som argumenterte for at lovpålegg er lite hensiktsmessig og at man bør jobbe med holdningsendring framfor tvang.

Høyres Kvinnepolitiske utvalg mente kravet kun bør stilles til virksomheter av en viss størrelse, og foreslo at skillet skal gå ved børsnoterte selskaper.

4.7 Departementets vurderinger og forslag

4.7.1 Utvidelse av anvendelsesområdet for aktivitetsplikten

Departementet foreslår en utvidelse og en skjerping av aktivitetsplikten i § 1 annet ledd i tråd med høringsnotatet og de fleste høringsinstansenes syn.

Departementet mener at bestemmelsen har hatt betydning som rettesnor for offentlige myndigheters virksomhet. Den signaliserer også at man kan forvente at det offentlige legger vekt på og gir en viss forrang for likestillingshensyn.

Departementet mener imidlertid at ansvaret for å legge til rette, for og å fremme likestilling, ikke skal eller kan være et ansvar bare for offentlige myndigheter. Offentlige myndigheter er kun en av flere aktører på sentrale sam-

funnsområder. Det framstår som viktig at loven signaliserer at også andre aktører har et ansvar for likestillingsarbeidet.

Departementet mener at arbeidslivet peker seg ut. Mulighetene for å gjennomføre likestilling mellom kjønnene henger tett sammen med situasjonen og utviklingen på dette området. De innflytelsesrike aktørene på dette området - partene i arbeidslivet i tillegg til offentlige myndigheter - har derfor store muligheter til å legge føringer på og skape framdrift i likestillingsarbeidet.

Som nevnt i pkt 4.2 er § 1 annet ledd blitt fortolket slik at den også gjelder det offentlige som arbeidsgiver. Med andre ord foreligger det allerede en aktivitetsplikt for arbeidsgivere i offentlig sektor, mens verken arbeidsgivere i *privat* sektor eller arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene har et uttrykkelig ansvar for, eller plikt til, å fremme likestilling. Til tross for at en rekke virksomheter og fagorganisasjoner allerede driver et konkret og målbevisst arbeid for å fremme likestilling, er det likevel ønskelig å oppnå ytterligere bevissthet blant arbeidslivets parter om nødvendigheten av likestillingsfremmende arbeid.

Departementet mener at en utvidelse av virkeområdet for § 1 annet ledd, til å omfatte arbeidsgivere i privat sektor og alle arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, vil kunne signalisere og skjerpe bevisstheten om det kollektive ansvaret for å drive likestillingsarbeidet framover. Økt bevisstgjøring er en forutsetning for en konkret og ikke minst målrettet innsats for å fremme likestilling. Utvidelse av virkeområdet vil også gi Likestillingsombudet en klarere hjemmel for å ta initiativ overfor en virksomhet uten at det nødvendigvis foreligger en direkte overtredelse av loven. En kan eksempelvis tenke seg at det er behov for at en bedrift legger forholdene bedre til rette for småbarnsforeldre som er ansatt i virksomheten, for eksempel i form av mer fleksibel arbeidstid. En henstilling fra Ombudet om dette vil ha en noe større tyngde når det kan vises til at ansvaret for å fremme likestilling er forankret i en lovbestemmelse.

4.7.2 Ansvarsområde

Ansvarsområdet for en bestemmelse om aktivitetsplikt vil være noe forskjellig for offentlige myndigheter, arbeidsgivere og for arbeidslivets organisasjoner.

For offentlige myndigheter vil kravet til aktivitet, som tidligere, gjelde for de fagområder den offentlige myndighet har et særlig ansvar for.

For den enkelte arbeidsgiver - privat som offentlig - vil plikten til aktivitet knytte seg til arbeidsgiverens personalpolitiske funksjoner i vid forstand. Det kan være tale om forhold knyttet til arbeidstid, lønn, bruken av permisjonsordninger, fordelingen av arbeidsoppgaver, ansettelse og rekruttering. Andre eksempler er opprettelse av mentorordninger, kurs for kvinnelige ledere og barnehagetilbud.

For arbeidslivets organisasjoner vil aktivitetsplikten omfatte virksomheten som part i tariffavtaler eller som interesseorganisasjon for arbeidsgivere og arbeidstakere. Aktivitetsplikten omfatter altså formålet eller gjenstanden for organisasjonens drift. Aktivitetsplikten må ses i sammenheng med avtaleforhandlinger og muligheter til å drive holdningsskapende arbeid overfor egen medlemsmasse.

4.7.3 Innholdet i aktivitetsplikten

Gjeldende likestillingslov er formulert slik at offentlige myndigheter «skal legge forholdene til rette» for likestilling mellom kjønnene. Kravet til aktivitet er med andre ord relativt vagt formulert i selve lovteksten. I forarbeidene kommer kravet til handling noe klarere fram ved at det snakkes om at det er nødvendig med en rekke *tiltak* utover likestillingslovens enkeltbestemmelser for å fremme likestilling. [19] Utgangspunktet fra de gamle forarbeidene - behov for konkrete tiltak utover lovbestemt plikt til ikke å diskriminere på grunn av kjønn - vil være det samme i dag.

Departementet foreslår at lovteksten sterkere skal gi uttrykk for plikten til å arbeide for likestilling enn hva den gjør i dag. Departementet mener det må stilles et uttrykkelig krav til aktivitet, og at denne aktiviteten både skal være målrettet og planmessig. Med aktivitet menes at myndighetene, arbeidsgiverne og organisasjonene ikke bare skal unngå diskriminering, men at de også har en forpliktelse til aktivt å iverksette konkrete tiltak for å fremme likestilling.

Med at aktiviteten skal være «målrettet» mener departementet at man på en klar måte bør definere både målet for arbeidet, og hvem som er ansvarlig for å oppfylle dette. At arbeidet i tillegg må være planmessig innebærer at man utarbeider og følger en bevisst strategi.

I forhold til 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 ta initiativ til endring av regelverk som strider mot likestillingsloven, og påse at forslag til nytt regelverk er i samsvar med denne. Videre vil aktivitetsplikten omfatte både iverksetting av forvaltningstiltak som har som konkret siktemål å fremme likestilling, samt plikt til å påse at øvrige forvaltningsvedtak gjennomføres i samsvar med likestillingspolitiske hensyn.

For arbeidsgivere vil relevante tiltak eksempelvis være en gjennomgang av kriteriene for karriereutvikling og lederstillinger i bedriften, og undersøke om disse er ulike for kvinnelige og mannlige ansatte, iverksette tiltak for å forhindre seksuell trakassering, og tilrettelegge for at de ansatte kan kombinere arbeidet med familieliv. Eksempel på tiltak arbeidslivets organisasjoner kan gjennomføre er kartlegging av lønnsforskjeller mellom kvinner og menn, med sikte på å avdekke eventuelle kjønnsdiskriminerende forskjeller.

I plikten til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling ligger også en oppfordring til å analysere i et kjønnsperspektiv alle tiltak som berører de ansatte. Med dette menes at man systematisk stiller spørsmål om konkrete planer og tiltak, som for eksempel omorganiseringer, omlegginger av driften, personalplaner osv., får ulike konsekvenser for kvinnelige og mannlige ansatte. Tiltakene som i en slik sammenheng skal analyseres er med andre ord ikke de konkrete likestillingstiltak som virksomheten iverksetter, men handlinger og avgjørelser knyttet til driften forøvrig. Integrering av et kjønnsperspektiv i den ordinære driften vil ofte kunne framstå som en mer effektiv måte å oppnå likestilling på enn gjennom iverksetting av enkeltstående tiltak.

[19] Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 17 flg.

4.7.4 Håndheving av bestemmelsen om aktivitetsplikt

Når departementet med dette foreslår å skjerpe og utvide bestemmelsen, er det for å signalisere og øke bevisstheten om betydningen av likestillingsfremmende tiltak. Lovendringen vil også signalisere at ansvaret for likestillingsarbeidet ikke bare påligger den offentlige sektor, men også den private. Videre ønsker departementet at loven skal føre til at likestilling prioriteres slik at konkrete tiltak settes i verk.

Endringen innebærer at Likestillingsombudet, med hjemmel i likestillingsloven § 11 kan ta opp likestillingsspørsmål med både arbeidsgivere og arbeidslivets organisasjoner, i tillegg til offentlige myndigheter, som dagens bestemmelse allerede gir mulighet til. Dette kan det være behov for selv om det ikke kan påvises en overtredelse av loven. Likestillingsombudet vil med denne hjemmelen kunne ta initiativ til å påpeke forholdene og vise til plikten til å iverksette tiltak for å rette opp problemet. Unnlatelse av å etterkomme Likestillingsombudets oppfordring vil ikke kunne sanksjoneres. Det vil imidlertid være nær sammenheng mellom aktivitetsplikten og plikten til å redegjøre for likestilling i årsberetninger mv. Plikten til å redegjøre for tilstanden når det gjelder likestilling kan indirekte medvirke til at bestemmelsen følges opp, ved at redegjørelsen kan synliggjøre behov for konkrete tiltak.

4.7.5 Plassering

Departementet foreslår at bestemmelsen om aktivitetsplikt flyttes fra formålsbestemmelsen i § 1 til en ny § 1a. Grunnen til dette er at bestemmelsen i mindre grad hører hjemme i en formålsbestemmelse, og at en egen bestemmelse vil innebære en sterkere synliggjøring av kravet. Videre mener departementet at den nære sammenhengen det er mellom aktivitetsplikten og plikt til å redegjøre for tilstanden vedrørende likestilling tilsier en plassering i samme bestemmelse.

5 Redegjørelse for likestilling i årsberetning mv.

5.1 Innledning

Departementet foreslår at virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetning årlig skal redegjøre for likestilling i virksomheten, og at offentlige myndigheter som ikke er pålagt å utarbeide årsberetning skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet. Hovedformålet med bestemmelsen er å skape økt og mer systematisk oppmerksomhet mot likestilling i virksomheten. En redegjørelse vil også kunne vise om den ansvarlige har oppfylt aktivitetsplikten.

5.2 Gjeldende rett

Lovverket pålegger ikke offentlige eller private virksomheter å gjøre rede for tilstanden når det gjelder likestilling mellom menn og kvinner i virksomheten, eller eventuelle tiltak mot forskjellsbehandling. Likestillingsloven § 1 annet ledd pålegger offentlige myndigheter å «legge forholdene til rette for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder», men denne bestemmelsen forutsetter ikke at det ligger en systematisk kartlegging eller oversikt over situasjonen i virksomheten.

Avtaleverket mellom de sentrale partene i arbeidslivet gir enkelte føringer og anbefalinger for likestillingsarbeidet. Hovedavtalene både i statlig og kommunal sektor og rammeavtalene mellom LO/NHO og YS/NHO pålegger avtalepartene et visst ansvar for å arbeide for likestilling, og gir enkelte retningslinjer for utforming av lokale avtaler om likestilling. De lokale partene i arbeidslivet har i liten grad påtatt seg å redegjøre for den reelle situasjonen i virksomheten, eller for hvilke tiltak som faktisk er gjennomført og eventuelt med hvilket resultat.

Hovedavtalen i staten krever at de lokale tilpasningsavtalene skal inneholde visse minimumsbestemmelser om likestilling (§ 21). Avtalene skal inneholde tiltak for å sikre at kvinner tildeles kvalifiserende arbeidsoppgaver på linje med menn, tiltak for å sikre at lønnsfastsettelse skjer på grunnlag av kjønnsnøytrale kriterier og regler om kvotering ved ansettelser/forfremmelser.

Hovedavtalen i kommunal sektor oppfordrer til at kommunene utarbeider handlingsplaner (§ 17-2). Som eksempler på områder det lokale likestillingsarbeidet kan omfatte nevnes blant annet tiltak for å rekruttere flere kvinner til ledende og høyere lønte stillinger, tiltak for å bedre karriere- og avansementsmuligheter for kvinner, og økte muligheter for å utvide deltidsstilling til heltidsstilling (§ 17-3). I 1990 hadde ca. 30 prosent av kommunene opprettet handlingsplaner for likestilling. [20)] En senere undersøkelse viser at ca. 9 prosent av kommunene på det tidspunktet hadde vedtatt/iverksatt likelønnsplaner, mens 5 prosent hadde vedtatt å lage en plan. [21)]

[20)] Rapport fra Kvinnelønnsutvalget, Kommunenes sentralforbund, 1994.

LO/NHOs og YS/NHOs rammeavtaler om likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet anbefaler opprettelse av bedriftstilpassede avtaler om likestilling. Disse bør inneholde kartlegging som viser forholdet mellom menns og kvinners representasjon, ansettelse, lønn, opplæring, avansement og lignende.

En undersøkelse fra 1994 viser at bare 14 av mer enn 10 000 NHO-tilknyttede bedrifter hadde utarbeidet bedriftsvise likestillingsavtaler som anbefalt i rammeavtalen. [22] Enkelte tiltak har vært iverksatt i privat sektor de senere årene for å påskynde opprettelsen av handlingsplaner, sist det NHO-finansierte Likestilling i Bedriftene (LiB-prosjektet), som resulterte i utgivelse av en håndbok i likestilling og en brosjyre. Begge tar for seg hvordan handlingsplaner kan opprettes og hva de bør inneholde. [23]

5.3 Nordiske lands lovgivning

5.3.1 Sverige

Den svenske likestillingsloven krever at alle arbeidsgivere aktivt og målrettet arbeider for at kvinner og menn skal ha samme arbeidsvilkår, rettigheter og utviklingsmuligheter i arbeidslivet. §§ 11 og 13 har regler som pålegger arbeidsgivere med 10 eller flere ansatte å utarbeide handlingsplaner for likestillingsarbeidet i virksomheten. [24]

§ 11 gjelder handlingsplaner i forhold til lønnsspørsmål. I denne skal det blant annet redegjøres for resultater av kartlegging og analyser av lønnsspørsmål som er pålagt etter lovens § 10. I tillegg skal handlingsplanen blant annet angi hvilke lønnsjusteringer og andre tiltak som er nødvendige for å oppnå lik lønn for likt eller likeverdig arbeid. Planen skal også inneholde en kostnadsberegning og en tidsplan ut fra en målsetting om at de nødvendige lønnsjusteringer som behøves skal gjennomføres så snart som mulig, og senest innen tre år.

§ 13 gjelder handlingsplaner med hensyn til hvilke tiltak som er nødvendig å gjennomføre for å oppfylle pliktene som følger av §§ 4-9, og en redegjørelse for hvilke tiltak som arbeidsgiveren planlegger å påbegynne eller gjennomføre i det påfølgende året. §§ 4-9 gjelder spørsmål knyttet til arbeidsforhold, rekruttering, seksuell trakassering og muligheten for å kombinere arbeidet med familieliv.

Planen skal også inneholde en redegjørelse for handlingsplanen om likelønn som arbeidsgiveren skal utføre etter § 11. Til slutt skal det redegjøres for hvordan de planlagte tiltakene ble gjennomført, og dette skal inntas i det påfølgende årets plan.

---

[21] Berit Halsaa og Martin Hansen: «Kartlegging av likelønnsarbeidet i norske kommuner». Kommunenes Sentralforbund, 1995.

[22] «Det er nye tider nå», LO/NHO, 1994.

[23] «Håndbok. Likestilling i bedriftene», NHO 1999 og «Kvinner og menn skal ha like muligheter», LO/NHO 1997.

[24] Ved lov av 18. oktober 2000 (2000:772) ble en rekke bestemmelser i den svenske likestillingsloven endret, deriblant §§ 10 og 11. I tillegg ble den opprinnelige bestemmelsen om handlingsplaner i § 10 erstattet med en ny og mer omfattende regel i § 13.

Det svenske likestillingsombudet (JämO) har tilsynet med at handlingsplaner blir opprettet og tilfredsstiller lovens krav. Siden 1992 har JämO gransket flere tusen handlingsplaner, enten på eget initiativ eller etter henvendelse fra en arbeidstaker eller fagforening. JämO har etter hvert utviklet en metode for granskingen, og legger også stor vekt på å informere og veilede om lovens krav og om hvordan man utarbeider handlingsplaner.

Virksomheter som ikke etterkommer JämO sine krav kan ilegges forelegg av Jämställdhetsnämnden.

5.3.2 Finland

Den finske likestillingsloven har hatt bestemmelser om handlingsplaner for likestilling i virksomhetene siden 1995. Etter lovens § 6a skal arbeidsgivere med minst 30 ansatte integrere likestillingsfremmende tiltak i personal- eller virksomhetsplaner som virksomhetene er pliktige til å utarbeide i medhold av annet lovverk. Som et minimum skal planen omfatte spørsmål om lønn, stillingskategorier, oppgavefordeling og videreutdanning. Tiltakene skal utarbeides i samarbeid mellom representanter for arbeidsgivere og arbeidstakere. Det kan fastsettes tvangsgebyr for tilfeller der kravet om handlingsplaner ikke blir overholdt.

5.3.3 Danmark

Den danske likestillingsloven har bestemmelser om redegjørelse for likestilling i § 5. Denne gjelder for departementer og statlige institusjoner og virksomheter med mer enn 50 ansatte. Det skal redegjøres for hvorvidt institusjonen har formulert en likestillingspolitikk og eventuelt innholdet i denne, den kjønnsmessige fordelingen på de enkelte stillingskategorier, og andre forhold av betydning for vurderingen av institusjonens innsats på likestillingsområdet.

Den danske kommuneloven krever at kommunene hvert annet år redegjør for likestillingsarbeidet rettet mot kommunenes ansatte. Redegjørelsen skal som et minimum beskrive kommunens eventuelle likestillingspolitikk, fordelingen av kjønn på de ulike stillingskategorier og andre forhold av betydning for vurderingen av kommunens innsats på likestillingsområdet (§ 62).

5.4 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet at offentlige og private virksomheter årlig skal redegjøre for status for likestilling mellom kvinner og menn i egen virksomhet. Det ble også foreslått at redegjørelsen skal beskrive hvilke tiltak som eventuelt er iverksatt eller planlagt.

Det ble foreslått at kravet for det første skal omfatte alle virksomheter som gjennom lov er pålagt å utarbeide årsberetninger, og at redegjørelsen skal inntas i årsberetningen. For det andre skal også offentlige virksomheter som ikke er pålagt å utarbeide årsberetninger være omfattet. Disse skulle redegjøre for likestilling i årsbudsjettene.

Hovedformålet med bestemmelsen skulle være å skjerpe oppmerksomheten på likestillingsspørsmål og kjønnsperspektiv i virksomheten, og at bestemmelsen skulle kunne initiere konkrete tiltak både for å hindre diskriminerende forhold, og for å fremme likestilling.

I høringsnotatet anførte man alternative muligheter for plassering av bestemmelsen om redegjørelsesplikt. Et alternativ var plassering i likestillingsloven, mens et annet var en plassering i regnskapslovens bestemmelse om årsberetningens innhold jf. regnskapsloven § 3-3. I tillegg ble det angitt at det kunne være aktuelt å innta en bestemmelse om redegjørelse i særregler om årsberetninger for de selskap som ikke er omfattet av regnskapsloven, og i kommuneloven. Departementet gikk ikke inn for en bestemt løsning, men ba høringsinstansene om deres syn på plassering.

I høringsnotatet viste departementet til at det har vurdert mulighetene for å innføre krav om handlingsplaner for likestilling på arbeidsplassene, tilsvarende kravene som er innført i Sverige og Finland. Departementet valgte imidlertid ikke å sende et slikt forslag på høring. Basert på erfaringer fra Sverige mente departementet at det ville være rimelig å anta at innføring av handlingsplaner kunne ha fått en positiv likestillingseffekt også her i landet. På den annen side hadde man notert seg sterk motstand fra næringslivet og en del fagorganisasjoner mot et slikt alternativ. Departementet mente at en vellykket gjennomføring av krav om handlingsplaner krever en positiv holdning fra dem som i praksis skal sette tiltakene ut i livet. Det ville også være nødvendig å vurdere hvor store ressurser det må settes inn på kontroll og oppfølging av kravet, for at det skal kunne gjennomføres fullt ut etter intensjonene. Departementet ønsket også at et slikt forslag ikke skulle komme i strid med Regjeringens ønske om å redusere tid- og ressurskrevende pålegg rettet mot næringslivet. Regjeringen ønsket heller ikke å legge nye, tyngende pålegg på kommunesektoren. Departementet kom derfor fram til at man ikke ville foreslå en bestemmelse om handlingsplaner for likestilling.

5.5 Høringsinstansenes syn

Majoriteten av høringsinstansene som uttalte seg om forslaget, støttet dette. Mange instanser uttalte at en plikt til redegjørelse for likestilling vil bidra til å synliggjøre og skjerpe bevisstheten for behovet for likestillingsarbeid i bedriften, etaten mv.

For eksempel uttalte *Norske kvinnelige akademikere* at en redegjørelse vil synliggjøre problemer knyttet til likestilling og kjønnsrelaterte strukturer generelt i virksomheten.

Norges forskningsråd uttalte at «forslagene om aktivitetsplikt og redegjørelse for likestilling i årsberetninger vil kunne sikre økt bevissthet og et bedre og mer systematisk arbeid for likestilling både hos myndigheter og arbeidsgivere, samtidig som arbeidet blir synliggjort. En redegjørelse i årsmeldingen eller gjennom årsbudsjettet vil kunne gi informasjon om hvordan en bedrift drar nytte av menneskelige ressurser, holdning til sosiale forhold, arbeidsmiljø og likestilling.»

Høgskolen i Telemark uttalte at bestemmelsen «kan medvirke til at saksfeltet får en mer framskutt plass i virksomhetene, og det kan resultere i at spørsmål om likestilling gis økt prioritet. I årsberetningen mener vi også at nåsituasjonen på saksområdet bør beskrives både kvalitativt og kvantitativt. En fordel med å tallfeste informasjonen er at det kan gi et godt grunnlag for å foreta sammenligninger på tvers av ulike virksomhetstyper. Dette endringsforslaget

får også betydning for hvordan man utformer handlingsplaner på området i framtiden.»

Styreakademiet uttalte at bestemmelsen vil kunne bidra til at styret kommer på banen på et viktig område.

Likestillingsombudet støttet forslaget om plikt til redegjørelse, men mente at det vil være mer naturlig at offentlige organer gjør dette i virksomhetsplaner, årsrapporter eller liknende, framfor i de årlige budsjettene.

Nærings- og handelsdepartementet støttet forslaget og uttalte at det kan skape bevisstgjøring i næringslivet om likestillingsarbeid, noe som også kan bidra til forandringer. Departementet mener også at en slik regel ikke vil medføre mye merarbeid for bedriftene.

En rekke instanser støttet departementets forslag, men ønsket primært at det innføres en mer vidtgående regel om plikt til å utarbeide handlingsplaner. Disse er *Norsk Kommuneforbund, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, Det norske Arbeiderparti - Kvinnebevegelsen, Norsk Helse- og Sosialforbund, Norsk Lærerlag, Akademikerne og Fellesorganisasjonen for barnevernpedagoger, sosionomer og vernepleiere.*

De fleste begrunnet sitt syn med at en plikt til redegjørelse ikke innebærer en tilstrekkelig og konkret forpliktelse. Det ble også vist til at flere nordiske land har vedtatt handlingsplaner.

Likestillingssenteret uttalte at «det er en fordel og ikke en ulempe for virksomheter å ha et aktivt forhold til likestilling. Det er derfor etter vårt syn ingen grunn til at norske virksomheter ikke skal utarbeide planer tilsvarende den svenske modellen. Likestillingssenteret vil derfor primært gå inn for at likstillingsloven endres slik at alle bedrifter med over 10 ansatte skal utarbeide handlingsplaner for likestilling og at det kan ilegges tvangsgebyrer hvis så ikke skjer.»

Arbeids- og administrasjonsdepartementet uttalte at «en plikt til å gi en redegjørelse i årsberetningen vil kunne «løfte» aktivitetsplikten fra å være en ren papirbestemmelse til å gis et innhold som kan etterprøves. Virksomhetene redegjør i dag for miljømessige forhold i årsberetningene, en tilsvarende redegjørelse for forhold av betydning for likestillingsarbeidet vil trolig ikke innebære noen stor tilleggsbyrde for virksomhetene.»

Justisdepartementet støttet forslaget og uttalte at «Vi har i Norge en høy andel velutdannede kvinner som utgjør en ressurs for landet vårt. Dette er et konkurransefortrinn i forhold til andre land som vi ikke har råd til ikke å dra nytte av. Vi ser det derfor som viktig at det i det offentlige, gjennom de statskontrollerte bedrifter, arbeides aktivt med å likestille kjønnene, som man gjør det i for eksempel Statoil, og at vi i private og «halvoffentlige» bedrifter setter krav til redegjørelse om likestilling i årsrapporten. Ved at bedriftene må redegjøre for dette settes det krav til bedriften og gir oppmerksomhet omkring temaet. Dette gir offentligheten en mulighet til å reagere (...).»

En rekke instanser støttet forslaget men ønsket bestemmelsen inntatt i regnskapsloven. Blant disse er *Høgskolen i Finnmark, Kvinnforsk* og *Nærings- og handelsdepartementet.*

Nærings- og handelsdepartementet mente at bestemmelsen har sin naturlige plass i de lover som regulerer plikt til å utarbeide årsberetninger og års-

budsjett, og at en plassering i likestillingsloven vil føre til at regelverket blir unødvendig uoversiktlig og mindre brukervennlig.

Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet, Hedmark fylkeskommune og *Den Norske Advokatforening* gikk inn for en bestemmelse plassert i likestillingsloven, men med henvisning fra regnskapsloven. *Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet* ønsket også at bestemmelsen knyttes til kommuneloven. Dersom det vedtas en bestemmelse om redegjørelsesplikt ville også *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)* og *Norges Rederiforbund* at en slik plikt plasseres i regnskapsloven.

De som var mot forslaget var *Luftfartsverket, HSH, Finansnæringens Arbeidsgiverforening, Bærum Høyres Kvinnepolitiske utvalg*, *Kommunal- og regionaldepartementet, Norges Rederiforbund* og *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*, mens andre stilte seg mer tvilende til effekten av forslaget.

Luftfartsverket mente det er kun hvor en bedrift iverksetter spesielle tiltak på likestillingsområdet, at den bør redegjøre for dette i årsberetningen.

NHO foreslo at man framfor å stille økte krav til innhold i dagens årsberetning, følger arbeidet som foregår internasjonalt når det gjelder utvikling av regnskap som viser humankapitalen, og at det i denne sammenheng vil være viktig å få fram kjønnsdimensjonen som målekriterium.

Fellesorganisasjonen for barnevernpedagoger, sosionomer og vernepleiere uttalte at forslaget har preg av tvang, og at det derfor kan virke mot sin hensikt.

Norges Rederiforbund hevdet at en rapporteringsplikt vil bli relativt ressurskrevende, noe som ikke vil stå i forhold til det som er hensikten med å innføre en slik bestemmelse. De stilte også spørsmålstegn ved om årsberetningen er et hensiktsmessig medium å redegjøre for tiltak for likestilling.

Sparebankforeningen uttalte at de er tvilende til betydningen av et pålegg om å omtale likestilling i årsberetningen, og at det lett kan bli generelle uttalelser med lite mening og innhold. De var også skeptiske til at det skal inntas ytterligere krav til utformingen av årsberetningen. Også *Samvirkeforetakenes forhandlingsorganisasjon* stilte seg tvilende til om en omtale av arbeidet med likestilling vil ha noen betydning for bedriftenes fokusering på spørsmålet.

5.6 Departementets vurderinger og forslag

5.6.1 Innledning

Departementet ønsker å foreslå en bestemmelse om redegjørelsesplikt i tråd med forslaget i høringsnotatet. Departementet mener en bestemmelse om pliktige redegjørelser vil kunne skape økt og mer systematisk oppmerksomhet på likestilling og kjønnsperspektiv i virksomheten. Gjennom en redegjørelse for tilstanden når det gjelder likestilling må virksomheten vie oppmerksomhet og reflektere rundt disse forholdene. Departementet håper at redegjørelsesplikten vil bidra til at personalpolitiske spørsmål vurderes i et kjønnsperspektiv, samtidig som det iverksettes konkrete tiltak både for å hindre diskriminerende forhold og for å fremme likestilling. Når det gjelder sistnevnte forhold vil kartleggingen også kunne vise om virksomheten har oppfylt sin aktivitetsplikt, hvilket kan bidra til at denne plikten blir mer enn en papirbestemmelse.

En redegjørelse for likestilling kan videre få betydning for arbeidsgiverne når det gjelder arbeidet med å forhindre forskjellsbehandling. Arbeidsgivere som oppfyller redegjørelsesplikten vil bli mer bevisste på likestillingsrelevante forhold i virksomheten, og risikerer etter departementets vurdering i mindre utstrekning å forskjellsbehandle sine ansatte.

Årsberetningen er også en viktig kilde for den som søker informasjon om en virksomhet. Her kan utenforstående søke informasjon om forhold som ikke har umiddelbar tilknytning til virksomhetens økonomi, men som likevel kan gi viktig informasjon om virksomheten. I et moderne samfunn der fokus i langt større grad enn tidligere er rettet inn mot hvordan næringslivet drar nytte av menneskelige ressurser, vil virksomhetenes holdning til sosiale forhold, arbeidsmiljø og likestilling, være viktige indikatorer på dens tilpasningsevne i markedet, og kan også si noe om virksomheten som arbeidsplass. Slik informasjon kan være til nytte for blant annet offentlige myndigheter, aksjeeiere, ansatte, arbeidssøkende, samarbeidspartnere og allmennheten.

I forhold til det internasjonale arbeidet som foregår når det gjelder utvikling av regnskap som viser humankapitalen, kan en bestemmelse om redegjørelse for likestilling være en god begynnelse.

Forslaget innebærer ikke en plikt til å utvikle og sette i verk tiltak slik som for eksempel et krav om handlingsplaner ville gjøre. Det vil også være tilpasset eksisterende forpliktelser pålagt både private og offentlige virksomheter. Forslaget er etter departementets vurdering lite byråkratisk og krever ikke utarbeiding av ytterligere dokumenter og skjema eller nye rutiner, men forutsetter en relativt liten ekstra innsats ved utarbeiding av årsberetningene.

5.6.2 Hvem som omfattes av bestemmelsen

Departementet foreslår at bestemmelsen om redegjørelsesplikt for det første skal omfatte alle virksomheter som gjennom lov er pålagt å utarbeide årsberetning. Dette gjelder både offentlige og private virksomheter. Ved å henvise til eksisterende lovregler om årsberetninger får man en klar og praktisk avgrensning. For det andre skal bestemmelsen gjelde for offentlige myndigheter for øvrig, dvs. de som ikke faller inn under lovregler om årsberetninger.

Den sentrale lovbestemmelsen om plikt til å utarbeide årsberetning er regnskapsloven § 3-1. Denne bestemmelsen pålegger alle som er regnskapspliktige å utarbeide årsberetning. Hvem som er regnskapspliktige framgår først og fremst av regnskapsloven § 1-2. En del eksempler er aksjeselskap og allmennaksjeselskap, statsforetak, ansvarlige selskap, kommandittselskap, større organisasjoner, banker og forsikringsselskap.

I tillegg omfatter regnskapsplikten enkelte andre organisasjonsformer eller selskap som er regulert i særlige lover med henvisning til regnskapsloven. Dette gjelder for eksempel stiftelser, jf. stiftelsesloven § 10. Disse vil være underlagt plikten til å utarbeide årsberetning, og vil derfor være omfattet av redegjørelsesplikten etter likestillingsloven.

En del mindre virksomheter er uttrykkelig unntatt fra regnskapsloven, og er heller ikke pålagt å utarbeide årsberetning etter annet lovverk. Disse faller derfor utenfor forslaget som fremmes her.

Det er noen få selskaper som ikke faller inn under reglene om årsberetning i regnskapsloven, men som gjennom annet lovverk er pålagt å utarbeide

årsberetning. Et eksempel er Norsk Tipping AS som er pliktig til å utarbeide årsmelding etter lov om pengespill § 7. Et annet eksempel er kommuneloven § 48 nr. 1 jf. nr. 5 som retter seg mot kommuner og fylkeskommuner. Slike virksomheter vil være omfattet av redegjørelsesplikten etter likestillingsloven.

Forslaget om plikt til å redegjøre for tilstanden når det gjelder likestilling skal som nevnt også omfatte offentlige myndigheter som ikke er lovpålagt å utarbeide årsberetning. Departementet foreslår at disse skal redegjøre for likestilling i årsbudsjettene. Når det gjelder departementene med underliggende etater mv. må en slik rapportering foretas i Stortingsproposisjon nr. 1. Når det gjelder andre offentlige myndigheter skal disse rapportere i sine respektive budsjett.

5.6.3 Innholdet i redegjørelsen

Redegjørelsen skal som omtalt i høringsnotatet være en beskrivelse av den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling og eventuelle planlagte eller iverksatte tiltak i virksomheten. Forslaget har klare likhetstrekk med plikten til å redegjøre for arbeidsmiljøet og for forurensning av det ytre miljø, samt hvilke tiltak som er satt i verk eller planlegges, jf. regnskapsloven § 3-3 nr. 4 annet og tredje ledd. Hvor omfattende omtalen 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 mellom kvinner og menn i virksomheten. Det er særlig lønns- og andre personalpolitiske forhold som vil være mest aktuelle. Det kan være hensiktsmessig å benytte seg av statistikk, som bør være kjønnsoppdelt for å være egnet for formålet. Forhold som er relevante - og nødvendige - for å få et godt bilde, er for eksempel kjønnsoppdelt statistikk for lønn (inkludert naturalytelser, pensjon o.l.), oppdeling på stillingskategorier, arbeidstid, permisjonsuttak, videreutdanning, rekruttering, avansement, arbeidskraftbehov og sykefravær. Man bør beskrive fordelingen av kvinner og menn på ulike stillingskategorier og nivå. Arbeidstiden bør beskrives ved at det gis en kjønnsoppdelt oversikt over heltids- og deltidsansatte, forbruk av overtid, skift- og turnusarbeid osv. Permisjonsuttak bør beskrives slik at fordelingen av tid brukt på omsorgspermisjoner og andre permisjoner for henholdsvis kvinner og menn framgår. Bruken av videreutdanning bør beskrives både med tanke på tidsforbruk og kostnader, og hvordan denne ressursbruken fordeler seg på de ansatte. Dette er ikke en uttømmende liste over hvilke forhold som bør eller kan tas med i redegjørelsen for de faktiske forholdene i virksomheten.

Forslaget om redegjørelse innebærer ikke et krav om *tiltak* for å forbedre likestillingen i virksomheten. Departementet antar imidlertid at kartleggingen kan medføre at likestillingsfremmende tiltak iverksettes. Slike tiltak skal i så fall angis i redegjørelsen. I den grad kartleggingen avdekker at det er praksis i virksomheten som er i strid med likestillingsloven, følger det av lovens diskrimineringsforbud at det skal settes i verk tiltak for å hindre dette. Også slike tiltak, og angivelse av når de planlegges gjennomført, skal beskrives i redegjørelsen.

5.6.4 Håndheving

Departementet foreslår at bestemmelsen om plikt til å redegjøre for likestilling skal håndheves etter likestillingslovens vanlige system.

Likestillingsombudet kan etter klage eller på eget initiativ kontrollere at årsberetningene tilfredsstiller lovens krav. Dette innebærer at Ombudet både kan kontrollere at virksomheten faktisk har en redegjørelse om likestilling, og selve innholdet i den. Ombudet kan med andre ord foreta en kvalitetskontroll av redegjørelsen. Hvis årsberetningen har en mangelfull redegjørelse kan Ombudet med hjemmel i likestillingsloven § 11 ta kontakt med virksomheten for å påpeke dette og informere om lovens krav. Likestillingsombudets avgjørelse skal kunne påklages til Klagenemnda for likestilling som kan overprøve alle sider ved Ombudets behandling av saken. Departementet foreslår derfor at reglene i likestillingsloven §§ 12 og 13, samt straffebestemmelsen i § 18 skal gjelde tilsvarende. Departementet antar imidlertid at §§ 12 og 18 vil få liten praktisk betydning i denne type saker.

Bestemmelsen pålegger en plikt av offentligrettslig karakter, og gir ikke enkeltindivider rettigheter som kan gi grunnlag for noe krav. Erstatningsreglene i § 17 kommer derfor ikke til anvendelse.

Som det framgår av pkt. 5.5.5 nedenfor, foreslår departementet at plikten til å redegjøre for tilstanden når det gjelder likestilling blant annet inntas i regnskapslovens bestemmelse om årsberetningens innhold. Regnskapslovens bestemmelser om årsberetninger håndheves av Regnskapsregisteret. Departementet finner det imidlertid ikke betenkelig med et tosporet håndhevingssystem. Håndheving etter regnskapsloven innebærer en formalkontroll, dvs. at det kun kontrolleres at de relevante dokumenter faktisk er innsendt, mens Likestillingsombudet vil kunne foreta en innholdskontroll. Dette innebærer at en redegjørelse godt kan godkjennes etter regnskapslovens system, men samtidig være i strid med likestillingslovens redegjørelsesplikt.

5.6.5 Plassering

I høringsnotatet la man fram forskjellige muligheter for plassering av bestemmelsen om redegjørelsesplikt. Ett alternativ var plassering i likestillingsloven, mens et annet var en plassering i regnskapslovens bestemmelse om årsberetningens innhold jf. regnskapsloven § 3-3. I tillegg ble det anført at det kunne være aktuelt å innta bestemmelsen i særregler om årsberetninger og i kommuneloven.

En rekke sentrale høringsinstanser ønsket at bestemmelsen plasseres i regnskapsloven. Departementet er kommet til at det vil være hensiktsmessig å plassere bestemmelsen i likestillingsloven, og at likelydende bestemmelser inntas i regnskapsloven § 3-3 i et nytt fjerde ledd, og i kommuneloven § 48 nr. 5. Departementet anser det ikke for hensiktsmessig å innta bestemmelsen i andre særregler om årsberetning og årsbudsjett. Ved å plassere bestemmelsen i likestillingsloven oppnår man en størst mulig samlet oversikt over regler om likestilling i lovverket. Samtidig vil Likestillingsombudet og Nemnda kunne håndheve bestemmelsen ut over den kontroll som skjer etter regnskapsloven. Ved i tillegg å plassere likelydende bestemmelser i regnskapsloven og kommuneloven, ivaretar man hensynet til oversiktlighet og brukervennlighet for dem som skal utarbeide årsberetninger etter disse regelset-

tene. Departementet antar også at bestemmelsen på denne måten i større grad vil bli overholdt enn dersom den bare inntas i likestillingsloven.

6 Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn

Departementet foreslår å endre definisjonen på direkte og indirekte forskjellsbehandling i lovens generalklausul i § 3. Formålet med endringen er å utvide vernet mot kjønnsdiskriminering, og særlig vernet mot graviditetsdiskriminering. Videre er det et formål å få en tydeligere lovtekst. I tillegg skal endringen gjøre lovteksten i samsvar med EØS-rettslige krav.

6.1 Gjeldende rett

6.1.1 Generalklausulen

Likestillingsloven § 3 er lovens hovedbestemmelse (generalklausul) som slår fast at forskjellsbehandling mellom kvinner og menn ikke er tillatt - med andre ord hjemler loven et forbud mot kjønnsdiskriminering (eller et likebehandlingsprinsipp). [25)]

Loven har en slik hovedregel fordi en vanskelig kan utforme spesialbestemmelser som fanger opp diskriminering i alle situasjoner der dette kan forekomme. Diskrimineringsforbudet er likevel presisert for enkelte sentrale områder i §§ 4 - 6 (arbeidsliv og utdanning). Generalklausulen utfyller og supplerer de mer detaljerte bestemmelser i §§ 4 - 6. [26)]

Hva som menes med forskjellsbehandling framgår av § 3 annet ledd. Loven omfatter både direkte og indirekte forskjellsbehandling, se 6.1.3 og 6.1.4. Grunnvilkåret for at loven skal komme til anvendelse er at forskjellsbehandlingen skyldes eller på annen måte har sammenheng med kjønn.

Hvorvidt det foreligger forskjellsbehandling etter gjeldende rett avhenger av om det foreligger en handling i lovens forstand, jf. pkt. 6.1.2 nedenfor. Videre vil det være spørsmål om handlingen faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Med *stilling* menes rettsstilling i vid forstand. [27)] Gjennom praksis er det fastslått at ikke bare de handlinger som har medført at noen *har* kommet i en dårligere stilling, men også de som er *egnet* til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven. I sak nr. 10/92 uttalte Klagenemnda for likestilling at en handling kunne være i strid med loven dersom den var egnet til å ramme det ene kjønn på en urimelig måte, uansett om det er mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfellet. Det gjøres i det følgende rede for de nærmere vilkårene for når en handling er i strid med lovens diskrimineringsforbud.

[25)] Likestillingsloven bruker begrepet «forskjellsbehandling» og ikke «diskriminering». En forståelse av disse begrepene kan være at diskriminering er forskjellsbehandling som mangler saklige og tungtveiende grunner. Departementet legger imidlertid til grunn at disse uttrykkene i dagligtale og i rettslige sammenhenger gjerne anvendes om hverandre uten at en sondring tillegges rettslig betydning.

[26)] Ot.prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 26.

[27)] Ot.prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 55.

Ulik behandling av det ene kjønn er kun tillatt i helt bestemte unntakstilfeller. Disse utledes av ulovfestede saklighetsprinsipper og av § 3 tredje og fjerde ledd. I tillegg må § 4 første ledd og § 21 betraktes som unntaksregler på sine områder. Det vises til kapittel 7.

I samsvar med lovens virkeområde etter § 2 gjelder forbudet på alle samfunnsområder, med unntak for indre forhold i trossamfunn.

6.1.2 Forbudet omfatter alle handlinger

Forbudet mot forskjellsbehandling omfatter alle typer *handlinger* som er avgjørende for noens rettsstilling. Både beslutninger og konkrete handlinger omfattes. Relevante eksempler kan være avtaleinngåelser (for eksempel arbeidsavtaler og tariffavtaler) og vedtak (for eksempel forvaltningens enkeltvedtak og vedtak om fastsettelse av forskrifter).

Håndhevingsorganene har også lagt til grunn at Stortingets *lovgivningsvirksomhet* omfattes av diskrimineringsforbudet, jf. blant annet Likestillingsombudets sak 96/117 der Ombudet uttalte at bestemmelsene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven § 46 nr. 3 og 4 er i strid med loven. [28)] Hensynet til harmonisering av lovverk, likebehandlingsprinsippets gjennomslagskraft og folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-avtalen, tilsier en slik forståelse.

Håndhevingsorganene har dessuten flere ganger lagt til grunn at *unnlatelser* faller inn under forståelsen av begrepet handling. For eksempel kan unnlatelse av å ansette en gravid kvinne (uten at en annen ansettes i stedet), være en handling som rammes av forbudet.

Forbudet mot forskjellsbehandling rammer som hovedregel ikke vanlige meningsytringer, da disse ikke anses å ha noen konkret og direkte betydning for noens stilling. Lovverket inneholder imidlertid enkelte spesialbestemmelser rettet mot kjønnsdiskriminerende ytringer; mest aktuell i dag er markedsføringsloven § 1 annet ledd om kjønnsdiskriminerende reklame. Likestillingsloven § 7 krever dessuten at læremidler som brukes i undervisningsinstitusjoner bygger på likestilling mellom kjønnene, mens § 4 første ledd stiller krav til formulering av stillingsannonser.

6.1.3 Direkte forskjellsbehandling

For det første omfatter likestillingsloven handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, jf. § 3 annet ledd, første punktum. Dette omtales gjerne som direkte diskriminering eller direkte forskjellsbehandling. Det var denne typen diskriminering man ved innføringen av likestillingsloven var mest opptatt av å eliminere. [29)] I disse tilfellene er det handlingens diskriminerende motiv som er avgjørende, ved at det er en direkte sammenheng mellom kjønn og handlingens diskriminerende effekt. Et eksempel er en arbeidsgiver som forbigår en ung kvinnelig søker til en stilling ut fra en antakelse om at det er stor mulighet for at hun snart vil bli gravid. Et annet eksempel er hvis en uten konkrete holdepunkter tillegger kvinner og menn egenskaper og kvalifikasjoner ut fra stereotype oppfatninger om kjønn, og leg-

[28)] Nemnda har tolket begrepet handling på samme måte, se for eksempel sak nr. 2/86.

[29)] Forarbeidene gir flere eksempler på direkte diskriminering som illustrerer hvilke tilfeller loven var ment å ramme (Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 27 og s. 55).

ger dette til grunn for eksempel ved fordeling av arbeidsoppgaver på en arbeidsplass.

6.1.4 Indirekte forskjellsbehandling

For det andre omfatter likestillingslovens diskrimineringsforbud handlinger som faktisk *virker* slik at det ene kjønn på urimelig måte stilles dårligere enn det andre, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd, annet punktum. Denne bestemmelsen omfatter handlinger som tilsynelatende er kjønnsnøytrale, men som likevel får ulik virkning for kvinner og menn på grunn av forskjeller mellom kjønnene. Dette benevnes gjerne som indirekte diskriminering eller indirekte forskjellsbehandling.

Fordi menn og kvinner biologisk og faktisk er ulike, og er i en ulik situasjon i samfunnet, vil lik behandling i mange tilfeller gi ulike virkninger. Et eksempel her er en bedrift som må si opp flere ansatte på grunn av driftsinnskrenkninger og som velger å si opp deltidsansatte før heltidsansatte. Fordi det er en langt større andel av kvinnelige arbeidstakere som arbeider deltid enn det er mannlige arbeidstakere som arbeider deltid, vil et slikt utvelgelseskriterium bety at kvinners stillingsvern er svakere enn menns. Et annet eksempel er fradrag for omsorgspermisjoner ved beregning av lønnsansiennitet. Så lenge langt flere kvinnelige enn mannlige arbeidstakere tar omsorgspermisjon vil dette bety at kvinner risikerer lavere lønn enn menn.

For å avgjøre om en handling stiller kvinner og menn ulikt, må det foretas en sammenlikning mellom på den ene siden den andel kvinner som kan, respektive ikke kan, oppfylle det aktuelle vilkåret, kriteriet e.l. og på den andre siden den andel menn som kan, respektive ikke kan, oppfylle det. Avgjørende er om handlingen rammer en større andel av det ene kjønn. Hvor mange flere av det ene kjønn som må rammes er ikke presisert verken i lovtekst eller i praksis. I praksis legges det imidlertid til grunn at det i hvert fall må være tale om mer enn en ubetydelig andel av det ene kjønn.

Hvorvidt indirekte forskjellsbehandling omfattes av lovens diskrimineringsforbud er i alle tilfeller betinget av en interesseavveining, se 6.1.5 om «urimelighetskriteriet».

Forbudet mot indirekte diskriminering har siden likestillingsloven ble vedtatt fått stadig større praktisk betydning. Håndhevingsorganene har i sin praksis gitt forbudet gradvis større rekkevidde. Handlinger det tidligere ikke ble stilt spørsmålstegn ved blir i dag vurdert som kjønnsdiskriminering i lovens forstand. Siden loven ble vedtatt har man fått bedre kunnskap og forståelse om sammenhenger mellom kjønn og ulik stilling i samfunnet. Dette er en forutsetning for å kunne identifisere indirekte forskjellsbehandling og å håndheve forbudet.

6.1.5 Urimelighetskriteriet ved indirekte forskjellsbehandling

Forbudet mot indirekte diskriminering er ikke ubetinget. Loven setter som forutsetning for å konstatere indirekte diskriminering at det ene kjønn «på urimelig måte stilles dårligere enn det annet». I praksis betyr dette at det skal foretas en interesseavveining der motstridende hensyn balanseres mot hverandre. I forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil det for eksempel være hensynet til likestilling og hensynet til den som forskjellsbehandles som

veies mot hensynet til lønnsomhet og effektivitet i virksomheten. I forhold til lovgivning og forskrifter kan det tenkes at hensynet til likestilling må veies mot budsjettmessige hensyn eller mot andre sosialpolitiske hensyn.

Det går fram av lovens forarbeider at urimelighetskriteriet var ment å begrense rekkevidden av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling. Samtidig åpner forarbeidene uttrykkelig for at hva som skal anses som urimelig, skulle utvikles etter hvert som likestillingen i samfunnet øker. [30] Med andre ord forutsatte man den gang den utvikling som har skjedd i praksis mot en gradvis utvidelse av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling.

Ordlyden og forarbeidene legger opp til at det er *resultatet* for den som er blitt diskriminert som skal vurderes når man skal avgjøre om en handling er urimelig. Lovens ordlyd er ikke helt i samsvar med slik lovens praktiseres; ut fra ordlyden kan det nemlig se ut som om loven skal tolkes som om det er krav om en slags «kvalifisert» forskjellsbehandling (grov o.l.) for at handlingen er ulovlig.

Likestillingsombudet og Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn en vid tolking av urimelighetskriteriet i favør av den som hevder å være forskjellsbehandlet. Utgangspunktet i dag er at en handling som har en kjønnsskjev virkning er i strid med diskrimineringsforbudet, såframt det ikke foreligger en annen og saklig grunn for forskjellsbehandlingen enn kjønn som bør veie tyngre enn hensynet til likestilling og den som er forskjellsbehandlet. Hensynet til likestilling skal ha stort gjennomslag, slik at det i realiteten innfortolkes i urimelighetskriteriet et krav om særlig tungtveiende grunn.

6.1.6 Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel (graviditetsdiskriminering)

Med graviditetsdiskriminering menes forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødselspermisjon osv. Et eksempel er at kvinnelige søkere forbigås ved ansettelser fordi de er gravide. Et annet eksempel er kvinner som har fødselspermisjon og ikke nyter godt av den samme lønnsvekst som sine kolleger. Handlingen regnes ifølge praksis som begrunnet i graviditet og fødsel også hvis begrunnelsen relaterer seg til fravær, utnyttelse av rettigheter mv. som utløses av graviditet og fødsel.

Likestillingsloven fortolkes i dag slik at dette regnes som indirekte diskriminering. Graviditetsdiskriminering er derfor i utgangspunktet forbudt, men hvorvidt en handling er i strid med loven avhenger av en konkret interesseavveining.

Et typisk eksempel er forbigåelser av gravide kvinner ved ansettelser. I disse sakene legges det vekt på ulemper og kostnader forbundet med det forventede fraværet fra stillingen som graviditeten og fødselen utløser (sykdom under svangerskapet, fødselspermisjon mv.), som kostnader forbundet med opplæring av vikar osv. Dette skal veies mot behovet for kvinnen for å bli ansatt, til tross for at hun kommer til å være fraværende en del av ansettelsesperioden, for eksempel det at retten til fødselspenger er betinget av inntekt før fødselen, tap av ansiennitet mv.

[30] Ot.prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 32.

Etter Likestillingsombudets og Klagenemndas praksis legges det til grunn at hensynet til den som forskjellsbehandler i unntakstilfeller kan slå igjennom. Dette kan for eksempel gjelde hvis det er tale om ansettelse til en midlertidig stilling og en gravid søker eventuelt vil måtte være fraværende store deler av ansettelsesperioden. Ut fra en avveining av hensynet til likestilling og konkrete forhold i saken, kan forbigåelsen være lovlig hvis fraværet vil medføre betydelige ulemper for arbeidsgiver. Det følger av håndhevingsorganenes praksis at vernet mot graviditetsdiskriminering er sterkere jo nærmere begrunnelsen er knyttet til graviditeten og fødselen, og svakere hvis det er tale om avledede følger som for eksempel langvarig omsorgspermisjon.

6.1.7 Kravet til sammenlikningsperson

Bestemmelsens ordlyd indikerer at loven stiller krav til en konkret sammenlikningsperson av det annet kjønn i tilsvarende eller liknende situasjon for å kunne statuere forskjellsbehandling. I § 3 første ledd snakkes det om «forskjellsbehandling av kvinner og menn».

På grunnlag av praksis fra Likestillingsombudet og Klagenemnda kan det likevel *ikke* utledes et krav om en konkret sammenlikningsperson (av motsatt kjønn) i alle tilfeller. Et ubetinget krav om sammenlikningsperson ville svekke lovens gjennomslagskraft. Det ville for eksempel kunne svekke kvinners arbeidsvilkår og lønnsvilkår i virksomheter der det ikke finnes konkrete mannlige arbeidstakere i sammenliknbare stillinger.

For det første stilles det ikke krav om *samtidighet*. Man har eksempler på at kvinnelige arbeidstakere har fått sin lønn sammenliknet med en mannlig forgjenger i stillingen, jf. Klagenemndas sak nr. 5/90 der en kvinnelig telefonselger fikk lavere lønn enn sin mannlige forgjenger i stillingen.

For det andre er det klart at det kan sammenliknes *kvinner i mellom*. Det avgjørende kriterium er om den forfordelte kvinnen er kommet i en dårligere stilling fordi hun er i en stilling som er typisk for kvinner eller som i liten grad omfatter menn. Det finnes flere eksempler på at gravide eller kvinner i fødselspermisjon har blitt forbigått av andre kvinner ved ansettelser og har fått medhold i at det har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven. [31)]

For det tredje er det også tilfeller der det ikke finnes konkrete sammenligningspersoner i det hele tatt. En slik situasjon foreligger for eksempel der en kvinne ikke blir ansatt når hun opplyser om at hun er gravid, uten at noen annen blir ansatt i stedet. Ombudet har ved flere anledninger uttalt at denne og lignende situasjoner vil være i strid med loven. Når det gjelder graviditet er det for øvrig vanskelig å si at noen situasjoner er tilsvarende. Det å være gravid er noe unikt som det ikke finnes paralleller til. Likestillingsombudet har imidlertid lagt til grunn i noen saker at kvinner i fødselspermisjon skal få de samme rettigheter som mannlige arbeidstakere som utfører verneplikt eller må på repetisjonsøvelse. [32)]

[31)] For eksempel Norsk Arbeidsrettslig domssamling 1987 s. 436 Ytre Follo.

[32)] se for eksempel Likestillingsombudets sak nr. 98/103.

6.2 Nordiske lands lovgivning

6.2.1 Sverige

Sveriges likestillingslov forbyr både direkte og indirekte diskriminering. Den svenske loven er nylig endret, med virkning fra 1. januar 2001. Endringene innebærer blant annet at det er tatt inn definisjoner av direkte og indirekte diskriminering i lovens ordlyd.

Forbudet mot direkte diskriminering er nedfelt i lovens § 15:

> «En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla henne eller honom mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat en person av motsatt kön i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med könstillhörighet.»

Indirekte diskriminering defineres i lovens § 16:

> «En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nødvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön.»

Lovens forbud gjelder bare i ansettelsesforhold. Hvilke konkrete tilfeller av forskjellsbehandling som forbudet gjelder framgår uttømmende av § 17 som viser til ansettelser, lønn, fordeling av arbeidsoppgaver, oppsigelser mv.

Den svenske loven nevner ikke graviditetsdiskriminering. I praksis har det tidligere blitt åpnet for interesseavveininger også i relasjon til graviditetsdiskriminering, noe som er blitt kritisert i lys av EF-retten. Ordlyd og forarbeider til den siste lovendringen indikerer imidlertid en innstramming av forbudet mot graviditetsdiskriminering. Det følger av definisjonen i § 15 at det ikke er krav om konkret sammenlikningsperson ved direkte diskriminering. Forbudet omfatter nemlig også de tilfeller der arbeidsgiver behandler en person dårligere enn arbeidsgiver *ville ha* behandlet en annen i tilsvarende situasjon. Ifølge forarbeidene er denne formuleringen valgt for å åpne for bruk av hypotetiske sammenlikningspersoner. I denne sammenhengen viser forarbeidene blant annet til graviditetsdiskriminering og EF-domstolens avgjørelse i Dekker-dommen (som det gjøres rede for nedenfor). Det presiseres at interesseavveininger bare er aktuelt ved indirekte forskjellsbehandling. [33)]

6.2.2 Danmark

Også den danske likelønnsloven og likebehandlingsloven forbyr direkte og indirekte diskriminering. Likebehandlingsloven § 1 bruker begrepene direkte og indirekte diskriminering, men definerer dem ikke. Lovteksten er et direkte resultat av de EF-rettslige krav til implementering av likebehandlingsprinsippet. Lovteksten i § 1 er nesten identisk med teksten i likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (1), og lyder:

[33)] Regeringens proposition 1999/2000:143 Ändringar i jämställdhetslagen m.m., pkt. 7.3.

> «Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås i denne lov, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund av køn. Dette gælder både direkte forskælsbehandling og indirekte forskælsbehandling, navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.»

I november 2000 ble det lagt fram forslag om endringer i blant annet likebehandlingsloven og likelønnsloven. Endringene skal implementere EUs bevisbyrdedirektiv. Det foreslås blant annet å lovfeste en definisjon av indirekte diskriminering med samme ordlyd som definisjonen i bevisbyrdedirektivet.

Også i dansk rett synes det å bli åpnet for interesseavveininger i saker om graviditetsdiskriminering. Dette har imidlertid blitt kritisert i lys av EF-domstolens praksis. Som i svensk rett har spørsmålet om motstrid ikke fått noen klar løsning verken i lovtekst eller i forarbeider ved de siste endringene av likestillingslovgivningen.

6.2.3 Finland

Den finske likestillingsloven forbyr uttrykkelig både direkte og indirekte diskriminering. Lovteksten definerer også hva som menes med diskriminering:

> «Direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön är forbjuden. Med diskriminering på grund av kön avses i denna lag att
> 1. kvinnor och män försätts i olika ställning på grund av kön;
> 2. kvinnor sinsemellan försätts i olika ställning av orsaker som föranleds av havandeskap eller barnsbörd eller att
> 3. kvinnor och män försätts i olika ställning på grund av föräldraskap, familjeansvar eller av någon annan orsak som hänför sig til arbetstagarens kön.
>
> Med diskriminering avses även ett förfärande som leder til att personer av orsaker som avses i [annet ledd] faktiskt kommer i olika ställning i förhållande til hverandra.» (§ 7)

En kan merke seg at den finske loven uttrykkelig definerer ulik behandling *mellom* kvinner på grunn av graviditet og fødsel, som diskriminering på grunn av kjønn, jf. § 7 annet ledd pkt. 2. Loven har også et forbud mot forskjellsbehandling av kvinner eller menn på grunn av omsorgsansvar o.l. så langt dette er kjønnsspesifikke forhold, jf. § 7 pkt. 3. I tillegg konkretiseres diskrimineringsforbudet for ansettelsesforhold i § 8.

Den finske loven har i motsetning til norsk og svensk lovgivning ingen uttrykkelig regel som begrenser diskrimineringsforbudet ut fra rimelighetshensyn eller særlige grunner slik urimelighetskriteriet i den norske likestillingsloven eller svensk rett som åpner for at andre hensyn enn likestillingshensyn bør gå først. Det må likevel antas at en slik begrensning skal innfortolkes.

6.3 Internasjonale forpliktelser

6.3.1 EØS-avtalen og forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling

Forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn er et grunnleggende EF-rettslig prinsipp som er uttrykt blant annet i EU-traktaten artikkel 13 og 141, samt i en rekke direktiver som gjelder likestilling. Likestillingsdirektivene [34)] konkretiserer diskrimineringsforbudet på ulike områder knyttet til arbeidsliv og sosiale forhold (»social security»). Det EF-rettslige diskrimineringsforbudet er en del av EØS-avtalen. Dette likebehandlingsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalens artikkel 69 og 70 samt likestillingsdirektivene som også inngår i avtalen.

Diskrimineringsforbudet er nærmere presisert i artikkel 2 (1) i direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår (likebehandlingsdirektivet):

> «I de følgende bestemmelser betyr prinsippet om likebehandling at det ikke skal forekomme noen form for forskjellsbehandling på grunn av kjønn, verken direkte eller indirekte, særlig under henvisning til sivilstand eller familiesituasjon.»

Tilsvarende formulering er tatt inn i bevisbyrdedirektivet [35)] artikkel 2 (1), om man ser bort fra henvisningen til sivilstand og familiesituasjon. Henvisningen til sivilstand og familiesituasjon er ikke uttømmende, men ment som en eksemplifisering av type situasjoner som ikke lovlig kan begrunne forskjellsbehandling. Bevisbyrdedirektivet har en definisjon på indirekte diskriminering i artikkel 2 (1), se nærmere i 6.3.3.

I definisjonen av indirekte forskjellsbehandling i bevisbyrdedirektivet omtales handlingen som «føresegna, kriteriet eller praksisen» (»provision, criterion or practice»). Ut fra EF-domstolens praksis er det klart at lovgivning faller inn under begrepene. Gjennom for eksempel Enderby-dommen (C-127/92) er det stadfestet at også avtaleverk mellom partene, som for eksempel tariffavtaler, faller inn under begrepene. «Praksis» omfatter beslutninger av alle slag, for eksempel en arbeidsgivers beslutning om ansettelse, lønn, oppsigelse osv. Det er imidlertid tvilsomt om ytringer faller inn under begrepene «føresegna, kriteriet eller praksisen».

6.3.2 EØS-avtalen og forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel (graviditetsdiskriminering)

Forskjellsbehandling knyttet til graviditet anses i EF-retten, i motsetning til i norsk rett, som direkte forskjellsbehandling. Ulik behandling mellom kjønnene er etter EØS-avtalen kun tillatt i de tilfeller som er særskilt oppregnet i direktivene (se 7.4). Dette betyr at Norge etter EØS-avtalen har plikt til å gjennomføre et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet.

[34)] Det er særlig likelønnsdirektivet 75/117/EØF, likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF, trygdedirektivet 79/7/EØF og bevisbyrdedirektivet 97/80/EF som er relevante i denne sammenheng.

[35)] Rådsdirektiv 97/80/EF.

Det EF-rettslige forbudet mot graviditetsdiskriminering følger av EF-domstolens avgjørelse i Dekker-saken (C-177/88). I Dekker-dommen uttalte domstolen at hvorvidt forskjellsbehandling skal anses som direkte forskjellsbehandling, avhenger av om den primære begrunnelsen for handlingen er en begrunnelse som kan anvendes overfor arbeidstakere av begge kjønn, eller om den tvert imot bare kan anvendes overfor det ene kjønn. Som følge av dette skal kvinner ha en absolutt beskyttelse mot forskjellsbehandling ved graviditet. I nyere praksis har EF-domstolen fastholdt sitt standpunkt om at graviditetsdiskriminering er direkte forskjellsbehandling i strid med likebehandlingsprinsippet. [36)]

Dette innebærer at forbudet mot graviditetsdiskriminering i prinsippet er noe sterkere i EF-retten enn etter den norske likestillingsloven, der den som utsettes for graviditetsdiskriminering har et svakere vern fordi forbudet er betinget av en rimelighetsvurdering der det blant annet kan legges vekt på de ulemper likebehandling kan medføre for den som forskjellsbehandler. Til nå har EF-domstolen ikke gått inn på en tilsvarende vurdering i forhold til graviditetsdiskriminering, uansett hvilke kostnader og andre forhold som påberopes som grunn for forskjellsbehandlingen. Det kan i den sammenheng bemerkes at alle avgjørelser fra EF-domstolen vedrørende forbigåelse av gravide arbeidssøkere har relatert seg til faste stillinger, og ikke til midlertidige (tidsbegrensede) stillinger.

EF-domstolen har også uttalt at det ikke kan stilles krav om en (mannlig) sammenlikningsperson i relasjon til graviditetsdiskriminering. [37)] Er det tale om graviditetsdiskriminering skal det med andre ord ikke være relevant om det finnes andre arbeidstakere eller arbeidssøkere i en sammenliknbar situasjon.

For det første omfattes forskjellsbehandling som er begrunnet direkte i graviditeten, av det EF-rettslige likebehandlingsprinsippet. For det andre omfattes også i prinsippet utnyttelse av rettigheter, fravær og lignende som utløses av graviditeten. Det er imidlertid ikke avgjørende om begrunnelsen formelt er knyttet til selve graviditeten eller til fravær eller andre forhold. Kan begrunnelsen bare anvendes overfor det ene kjønn, er det ifølge EF-domstolen å anse som direkte forskjellsbehandling.

På grunnlag av EF-domstolens praksis er det ellers uklart hvilken rekkevidde forbudet mot graviditetsdiskriminering skal ha. Et problem ved implementering av EF-domstolens prinsipper er at fødselspermisjonens lengde varierer mellom medlemsstatene, og at permisjonen i varierende grad kan deles mellom foreldrene. Domstolen skiller i sin praksis mellom en «beskyttet periode» under graviditeten og rett etter fødselen - en periode da moren, barnet og forholdet mellom moren og barnet skal ha et særlig vern - og perioden etter dette. [38)] Diskriminering på grunn av graviditet og fødsel i denne beskyttede perioden skal regnes som direkte diskriminering underlagt et absolutt vern.

[36)] jf. for eksempel Webb C-32/93, Habermann Beltermann C-421/92, Thibault C-136/95 og Mahlburg C-207/98.

[37)] jf. for eksempel Boyle C-411/96, Webb C-32/93 og Dekker C-177/88.

[38)] se blant annet Hertz C-179/88, Larsson C-400/95, Brown C-394/96 og Høj Pedersen C-66/96.

Domstolen gir den enkelte stat en viss margin med hensyn til hvor lang denne beskyttede perioden skal være.

6.3.3 EØS-avtalen og forbudet mot indirekte forskjellsbehandling

Bevisbyrdedirektivet gir en definisjon av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, i tråd med hvordan forbudet har utviklet seg gjennom EF-domstolens praksis. Direktivet er en del av EØS-avtalen. Definisjonen i artikkel 2 (2) har følgende ordlyd:

> «I medhald av [likebehandlingsprinsippet] ligg det føre indirekte skilnadshandsaming når ei føresegn, eit kriterium eller ein praksis som alle verkar nøytrale å sjå til, er til ulempe for ein monaleg større del personar av eitt kjønn, med mindre føresegna, kriteriet eller praksisen er føremålstenleg og naudsynt og kan grunngjevast med objektive faktorar som er kjønnsnøytrale.»

Europakommisjonen har fremmet forslag om å endre likebehandlingsdirektivet med sikte på å ta inn en definisjon av indirekte forskjellsbehandling med samme ordlyd som definisjonen i bevisbyrdedirektivet. Endringen innebærer kun en kodifisering av rettspraksis ved EF-domstolen. Disse prinsippene er allerede en del av EØS-avtalen.

Definisjonen på indirekte diskriminering er i store trekk utledet av Bilka-saken (170/84). Saken gjaldt en virksomhet som utelukket sine deltidsansatte fra en pensjonsordning fordi virksomheten ønsket færrest mulig deltidsansatte. Denne ordningen, som i praksis rammet langt flere kvinner enn menn, var ifølge EF-domstolen i strid med diskrimineringsforbudet dersom virksomheten ikke kunne godtgjøre at det lå andre, objektive grunner enn kjønn bak utelukkelsen.

Som følge av denne og etterfølgende dommer kan det EF-rettslige forbudet mot indirekte forskjellsbehandling utledes slik at handlinger som får et kjønnsskjevt resultat er forbudt hvis ikke handlingen kan begrunnes saklig. Kravene til saklighet omfatter tre elementer: For det første skal handlingen være begrunnet i *objektive, ikke-kjønnsrelaterte faktorer*, det vil si at det må foreligge et reelt behov for handlingen (for eksempel valget av kriterier for lønnsfastsettelse). For det andre må handlingen som er valgt være *egnet eller hensiktsmessig* for å nå målet. For det tredje må handlingen være *nødvendig* for å nå målet. De to sistnevnte forutsetningene uttrykker et krav om proporsjonalitet mellom middel og mål.

For at det skal være tale om forskjellsbehandling, må et *vesentlig*høyere antall personer av det ene kjønn være kommet i en dårligere stilling eller ha vanskeligere for å oppfylle det aktuelle kriterium. I henhold til bevisbyrdedirektivets artikkel 2 (2) er det tale om en kjønnsskjev effekt i forhold til forbudet om indirekte diskriminering hvis forskjellsbehandlingen rammer et vesentlig større antall personer av det ene kjønn. Generaladvokaten uttalte i Nolte-dommen at en andel på 60 prosent var absolutt utilstrekkelig i forhold til vilkåret om at den kjønnsskjeve effekten skal ramme et «vesentlig større antall» (C-317/93). I Rinner-Kühn-dommen var det tale om 89 prosent kvinner og kravet ble da ansett oppfylt (171/88). I en annen dom har domstolen presisert at det er tale om indirekte forskjellsbehandling hvis tilgjengelig statistikk indikerer at en betydelig mindre prosentdel av kvinner enn menn, oppfyller

bestemte vilkår som er satt i nasjonal rett (C-167/97). Det kunne også være tale om indirekte forskjellsbehandling hvis det statistisk påvises en mindre, men varig og relativt konstant forskjell. Det er imidlertid opp til nasjonale domstoler å avgjøre hvilke konklusjoner som kan trekkes av slike statistikker. I saken var det snakk om 77,4 prosent menn og 68,9 prosent kvinner. Denne forskjellen ble ikke ansett for tilstrekkelig til at det forelå en betydelig mindre prosentdel (C-167/97). Både Enderby- og Jørgensen-saken (C-127/92 og C-226/98) legger vekt på at det kun er tale om tilsynelatende indirekte forskjellsbehandling såframt opplysningene som er lagt fram er pålitelige. Med *pålitelige* menes det at de omfatter et tilstrekkelig antall personer, ikke er uttrykk for tilfeldige eller kortvarige omstendigheter og generelt sett viser seg å være vesentlige. Det må bemerkes at vi i norsk rett ikke vil være bundet av en restriktiv EF-rettslig fortolkning i forhold til vilkåret om kjønnsskjev effekt, for eksempel ved at vi kan akseptere en lavere andel av det ene kjønn enn det EF-domstolen legger til grunn.

6.3.4 FNs kvinnekonvensjon

Diskriminering av kvinner defineres i artikkel 1 i FNs konvensjon om diskriminering av kvinner: [39)]

> «I denne konvensjonen betyr uttrykket «diskriminering av kvinner» enhver kjønnsmessig sondring, utelukkelse eller innskrenkning som har som virkning eller formål å svekke eller utelukke anerkjennelsen, utnyttelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale , kulturelle, sivile eller ethvert annet område, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner og uten hensyn til ekteskapelig status.»

Konvensjonen dekker både direkte og indirekte diskriminering, jf. «virkning eller formål». På samme måte som EUs likebehandlingsdirektiv artikkel 2 (1), eksemplifiserer kvinnekonvensjonen diskrimineringsgrunner som har sammenheng med kjønn, jf. «ekteskapelig status». I enkelte av konvensjonens øvrige artikler presiseres det også at man særlig tar sikte på å hindre diskriminering på grunn av sivil status, moderskap og permisjon i forbindelse med graviditet og fødsel, se for eksempel artikkel 11 om arbeidslivet.

Videre dekker konvensjonens definisjon etter sin ordlyd *all* diskriminering på grunn av kjønn. Det må likevel antakelig innfortolkes en begrensning i relasjon til indirekte forskjellsbehandling. Generelt er det bare «unreasonable classifications» som omfattes av det menneskerettslige ikke-diskrimineringsprinsippet. [40)]

6.4 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått å endre definisjonen på direkte og indirekte forskjellsbehandling i § 3.

[39)] FN-konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. desember 1979 (Kvinnekonvensjonen). Ratifisert av Norge 21. mai 1981.

[40)] Asbjørn Eide og Torkel Opsahl: Equality and Non-Discrimination, Norwegian Institute of Human Rights, Publication no 1, 1990 s. 373 - 74.

Endringene tok for det første sikte på å lovfeste forbudet mot indirekte diskriminering på en klarere måte. Formålet var også å få bedre samsvar med EØS-rettslige krav og med praksis hos norske håndhevingsorganer.

I høringsnotatet ble det også foreslått å definere graviditetsdiskriminering som direkte forskjellsbehandling for å få et sterkere vern ved at urimelighetskriteriet (avveiningsnormen) ikke lenger skulle gjelde i disse sakene. Den som forskjellsbehandler skulle med andre ord ikke lenger kunne påberope seg eventuelle ulemper som likebehandling medfører. Dette skulle ifølge forslaget gjelde forskjellsbehandling som kunne tilbakeføres til graviditet, fødselspermisjon seks uker etter fødselen, samt generelt rettigheter som var forbeholdt det ene kjønn. Begrunnelsen for forslaget var dels ønsket om å styrke gravides rettsvern og dels å bringe rettstilstanden i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.

6.5 Høringsinstansenes syn

Knapt halvparten av høringsinstansene uttalte seg om forslaget om å endre § 3. Nesten alle disse støttet forslaget. Mange kommenterte at det vil være en forbedring hvis direkte og indirekte forskjellsbehandling defineres i lovteksten og hvis lovteksten blir mer «brukervennlig» og pedagogisk.

Flere av høringsinstansene uttalte seg om «urimelighetskriteriet» i loven. *Utenriksdepartementet* uttalte her:

> «Det kan spørres om den norske likestillingsloven går langt nok slik den er utformet i dag, i og med at den åpner for en skjønnsmessig vurdering (urimelighetskriteriet). Etter Utenriksdepartementets syn, burde det foretas en nærmere vurdering av om urimelighetskriteriet er i samsvar med FNs kvinnekonvensjon.»

*Kvinnefronten*var av samme mening, og uttalte at urimelighetskriteriet burde tas ut slik at loven kommer i tråd med FNs kvinnekonvensjon som forbyr all diskriminering på grunn av kjønn og ikke har noen begrensninger slik den norske loven i dag har. Også *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* foreslo å fjerne urimelighetskriteriet da det etter organisasjonens syn strider mot FNs kvinnekonvensjon og EØS-avtalen. Klagenemnda for likestilling mente imidlertid at forskjellsbehandling som har en saklig grunn fortsatt bør være tillatt.

Flere av høringsinstansene som var positive til endringsforslaget uttalte seg konkret om graviditetsdiskriminering. Disse uttalte at det er riktig og meget positivt at graviditetsdiskriminering klassifiseres som direkte diskriminering. De som støtter dette er *Juridisk rådgivning for kvinner, Akademikernes Fellesorganisasjon (AF), Yngre Legers Forening, Norsk Helse- og Sosialforbund, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS), Norsk Lærerlag, Hedmark fylkeskommune, Likestillingssenteret, Barneombudet, Norsk Bedriftsforbund*og *Møre Bispedømmeråd.*

Tre av høringsinstansene var negative til at forskjellsbehandling på grunn av graviditet alltid og ubetinget skal være forbudt. Disse var *Kommunenes Sentralforbund (KS), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*og *Likestillingsombudet. KS* skrev i sin høringsuttalelse at «KS anser at den nye regelen går for langt, idet det ikke lenger er rom for konkret vurdering i det enkelte tilfellet.» *Likestillingsombudet*, som ellers var positiv til endringen av § 3, uttalte at

det «kan nok være behov for å styrke gravides rettstilling for å bringe norsk rett i samsvar med EU-retten. Etter mitt syn er det imidlertid flere måter å nå dette målet på, og jeg er usikker på om departementets forslag er den beste løsningen. (Jeg er) redd for at departementets forslag kan føre til en del resultater som vil være uheldige og i noen tilfeller urimelige. (Det er et) åpenbart behov for regler som ikke er så stivbeinte. Et slikt synspunkt er nok også i samsvar med den alminnelige rettsoppfatningen.»

Ombudet ønsket status quo i regelverket for gravide, men med en klar presisering i forarbeidene om at det skal mye til for at gravide lovlig kan forskjellsbehandles. Slik håpet hun at rettstilstanden ville endres.

6.6 Departementets vurderinger og forslag

Departementet foreslår en ny definisjon av begrepet forskjellsbehandling. Det foreslås også en viss skjerpelse av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel. Departementets forslag ligger i sitt materielle innhold tett opp til høringsnotatet, men har en annen ordlyd som dekker formålet bak lovendringen bedre. I forslaget ligger det også en viss skjerpelse av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling ved at adgangen til å forskjellsbehandle til tross for kjønnsskjev effekt mer får karakter av en unntaksregel enn det som framgår av høringsnotatet.

Departementet foreslår i samsvar med høringsnotatet å ta inn begrepene *direkte* og *indirekte* i lovteksten. Disse begrepene er godt innarbeidede fagtermer på likestillingsområdet, både nasjonalt og internasjonalt. De anvendes i likestillingsdirektivene vi er bundet av gjennom EØS-avtalen. De øvrige nordiske landene har også funnet det hensiktsmessig å anvende begrepene i sin likestillingslovgivning.

Departementet har vurdert spørsmålet om å endre definisjonen på forskjellsbehandling i likestillingslovens generalklausul, med sikte på forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel og indirekte forskjellsbehandling. Departementet vil på linje med høringsnotatet fremme forslag om endringer, men har på grunnlag av høringsuttalelsene endret ordlyden i forslaget.

Departementet legger vekt på at høringsuttalelsene er positive i forhold til å ta inn definisjoner av direkte og indirekte forskjellsbehandling, og at høringsinstansene som hovedregel var positive til et styrket vern for gravide. Flere av høringsinstansene påpekte imidlertid at det framsatte forslaget var uklart og ufullstendig. Departementet foreslår derfor en annen definisjon på indirekte forskjellsbehandling. Endelig foreslår departementet at avveiningsnormen ikke gjøres til en del av definisjonen på hva som er indirekte forskjellsbehandling, men skilles ut som et nytt fjerde ledd. Departementet foreslår også at det tas inn en henvisning til forbudet mot graviditetsdiskriminering i definisjonen av direkte forskjellsbehandling i annet ledd.

6.6.1 Behovet for endringer

Flere forhold bidrar til å svekke forutberegneligheten og å skape rettsusikkerhet på feltet: Generelt er lovens ordlyd i dag uklar og ikke lett tilgjengelig med hensyn til hvilke handlinger som omfattes av lovens forbud mot kjønnsdiskriminering. Særlig synes lovens definisjon på indirekte forskjellsbehandling, og

da særlig urimelighetskriteriet, å volde besvær. Diskrimineringsforbudet er siden loven ble vedtatt i 1978 blitt utviklet og presisert gjennom praksis. Forbudet har i dag et innhold som til dels ikke følger - eller ikke kan leses ut av - lovens ordlyd. Avgjørelser fattet av Likestillingsombudet, Klagenemnda for likestilling, samt et fåtall dommer i underretten har bidratt til å gi bestemmelsen et nærmere fastlagt innhold. Håndhevingsorganene har blant annet tatt stilling til krav om sammenlikningsperson, hvor langt forbudet mot indirekte forskjellsbehandling rekker og hvilke faktorer som tillegges vekt i urimelighetsvurderingen. Ombudets og Nemndas praksis har imidlertid i begrenset grad vært tilgjengelig for allmennheten. [41)] Rettsteori på feltet er dessuten meget begrenset.

I tillegg er lovens ordlyd ikke i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Departementet legger her også vekt på at EØS-avtalen stiller visse krav til et klart og entydig lovverk.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet er et praktisk viktig spørsmål. En betydelig del av klagene hos Likestillingsombudet knytter seg til graviditet, omsorg for små barn osv. Dette indikerer at slik forskjellsbehandling oppleves som et praktisk problem av mange kvinner og at slik forskjellsbehandling forekommer relativt ofte, særlig i arbeidslivet. På denne bakgrunn er graviditetsdiskriminering et spørsmål det bør gripes fatt i ut fra hensynet til likestilling.

Disse forholdene taler for en ny ordlyd i generalklausulen som er i bedre samsvar med praksis og våre internasjonale forpliktelser. Departementet legger også vekt på behovet for en klarere og mer utfyllende lovtekst.

6.6.2 Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel (graviditetsdiskriminering)

Departementet foreslår en ny definisjon på direkte forskjellsbehandling i § 3 annet ledd. Endringen vil innebære at det framgår av loven at også forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel er kjønnsdiskriminering i strid med loven. Endringen innebærer en viss skjerpelse av diskrimineringsforbudet i disse tilfellene. Med endringen vil departementet også slå fast at menn som forskjellsbehandles på grunn av sin omsorgsrolle, også skal vernes av loven.

Som nevnt i 6.1.6 praktiseres likestillingsloven i dag slik at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel regnes som indirekte forskjellsbehandling. Forbudet praktiseres slik at urimelighetskriteriet kun fungerer som en sikkerhetsventil i de tilfeller der et krav om likebehandling vil være særlig belastende for den som hevdes å forskjellsbehandle (som regel vil dette være arbeidsgiver).

Forslaget til endring innebærer at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel skal regnes som direkte forskjellsbehandling. Dette betyr at det blir et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel (med mindre handlingen omfattes av unntaksadgangen etter § 3a, eller ulovfestede saklighetsprinsipper, se kapittel 7). Endringen innebærer en skjerpelse av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn da det ikke

[41)] Korte sammendrag er tilgjengelige i Likestillingsombudets årsmeldinger og erfaringsarkiv. Alle Klagenemndas avgjørelser ble i 2000 lagt inn i full tekst i LovData.

lenger skal kunne legges vekt på eventuelle ulemper som likebehandling kan innebære. Den nye definisjonen vil i samsvar med dagens praksis omfatte ikke bare handlinger som er begrunnet i graviditeten, men også handlinger begrunnet i fravær, utnyttelse av rettigheter (fødselspermisjon osv.) og andre forhold som utløses av graviditet og fødsel.

Etter forslaget skal det være et absolutt forbud mot den forskjellsbehandling som kan knyttes til graviditet, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt det ene kjønn (for eksempel kvinners fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen, eller menns utnyttelse av fedrekvoten). Forslaget må ses i forhold til at det i dag kun er tillatt å forskjellsbehandle på grunn av graviditet, fødsel mv. i helt spesielle unntakstilfeller. Denne unntaksadgangen gjelder også om forskjellsbehandlingen er begrunnet i forhold rundt selve graviditeten, for eksempel behov for tilrettelegging av arbeidet.

Likestillingsombudet ga sammen med NHO og KS uttrykk for motstand mot forslaget om å definere graviditet som direkte forskjellsbehandling. De fryktet at et absolutt forbud mot forskjellsbehandling ville kunne gi urimelige utslag i konkrete tilfeller. Ombudet mente at et absolutt forbud vil stride med den alminnelige rettsoppfatning.

Departementet oppfatter likevel høringsinstansene som overveiende positive til en skjerpelse av forbudet mot graviditetsdiskriminering. Departementet har også lagt stor vekt på å bringe den norske likestillingsloven i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Dette forutsetter et skjerpet forbud mot graviditetsdiskriminering ved at forbudet ikke gjøres betinget av en konkret interesseavveining.

Departementet har lagt stor vekt på at norsk praksis er i strid med EF-domstolens praksis. EF-domstolen har lagt til grunn at graviditetsdiskriminering er direkte forskjellsbehandling, og at eventuelle ulemper som likebehandling innebærer, derfor ikke er et relevant moment i vurderingen av om handlingen er lovlig. Som nevnt i 6.3.2 har EF-domstolen lagt til grunn et kategorisk prinsipp med et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering, uansett hvilke konsekvenser dette kan få for den aktuelle virksomheten.

Et problem ved implementeringen av EØS-rettslige krav i forhold til graviditetsdiskriminering, er at EF-domstolens prinsipper ikke uten videre kan overføres til norske forhold. Sammenlignet med mange av EU-landene har arbeidstakere i Norge rett til relativt lange lønnede fødselspermisjoner som kan deles mellom foreldrene. EF-domstolen synes å knytte graviditetsrelatert fravær kun til kvinner. Domstolen legger imidlertid til grunn en «beskyttet periode» som gjelder under graviditeten og fram til fødselspermisjonens utløp. Samtidig har domstolen avvist at forskjellsbehandling begrunnet i omsorgspermisjon er direkte forskjellsbehandling i likebehandlingsdirektivets forstand. Domstolen ser ut til å legge opp til at det dreier seg om den delen av permisjonen som direkte er knyttet til beskyttelsen av morens og barnets helse, og det særlige forholdet mellom mor og barn etter fødselen. Hvor lang denne beskyttede perioden ellers skal være, er uklart og domstolen synes å gi statene en viss margin her.

Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, vil som

nå måtte regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining.

I denne sammenheng må det tas i betraktning at EF-domstolens praksis kun relaterer seg til arbeidslivet. Det at den norske loven også gjelder på andre samfunnsområder taler for en fleksibel regel som kan anvendes på ulike situasjoner. Bestemmelsen vil imidlertid ha størst betydning på arbeidslivets område.

Likestillingsombudet har pekt på at ved å gi endringen en så snever rekkevidde som forslaget legger opp til, kan endringen i realiteten få liten praktisk betydning i forhold til dagens praksis. Hun har også pekt på at det absolutte forbudet kan få begrenset rekkevidde. Departementet er imidlertid enig i de høringsinstanser som har pekt på behovet for fleksibilitet i de konkrete tilfellene. Videre har departementet lagt vekt på problemene med å overføre EF-domstolens prinsipper til norske forhold. Det vises også til at dette dilemmaet ikke er uttrykkelig løst i de andre nordiske land.

Som det framgår av det ovennevnte vil forbudet mot graviditetsdiskriminering ha et kjerneområde der kvinner skal ha et absolutt vern mot diskriminering. I andre tilfeller forutsettes det at håndhevingsorganene i sin praksis utvikler videre de krav som stilles til begrunnelsen for handlingen. Departementet legger vekt på behovet for en fleksibel regel og har derfor valgt en formulering som overlater til håndhevingsorganene å utvikle forbudet i praksis.

Etter departementets vurdering vil en lovfesting fylle flere formål. Det vil være en klar fordel at det framgår tydelig av lovteksten at graviditetsdiskriminering er kjønnsdiskriminering i lovens forstand. Erfaring fra Ombudets praksis viser at dette ikke nødvendigvis oppfattes av de som leser loven. Endringen kan med andre ord ha et informasjonsaspekt. At graviditetsdiskriminering nevnes uttrykkelig kan også ha en symbolverdi ved at det signaliseres i loven at dette er handlinger som ikke aksepteres og at handlinger overfor kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel krever særlig aktsomhet.

Med lovendringen vil departementet også presisere at det skal svært mye til for at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel kan aksepteres. På denne måten skal vernet mot graviditetsdiskriminering styrkes. Forbudet skal være desto strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og dess kortere fravær det er tale om. Er forskjellsbehandlingen begrunnet direkte i graviditeten, for eksempel ut fra et behov for tilrettelegging av arbeidet under graviditeten, skal forbudet være absolutt. Det samme skal gjelde fedres særlige rett til permisjon, som i dag utgjør to uker i forbindelse med fødselen og fire uker fedrekvote i løpet av barnets første leveår. I andre tilfeller må det være tale om fravær eller ulemper over en lengre periode, og svært tungtveiende grunner for at begrunnelsen for å forskjellsbehandle kan aksepteres, jf. ny § 3 tredje og fjerde ledd.

Departementet forutsetter at norske håndhevingsorganer ser hen til EF-domstolens praksis i saker om graviditetsdiskriminering, og at det i samsvar med denne praksis legges til grunn et særdeles strengt vern av kvinner i forhold til graviditetsdiskriminering. Det presiseres imidlertid at dagens beskyttelsesnivå i EF-retten kun angir minstekrav til norsk rett. Det EF-rettslige beskyttelsesnivået skal således ikke legges til grunn hvis dette fører til en svekkelse av beskyttelsesnivået etter norsk rett. Her kan det blant annet pekes

på en del av EF-domstolens nyere praksis der begrepet «forskjellsbehandling på grunn av kjønn» fortolkes snevrere enn det antakelig ville blitt i norsk rett.[42)]

Videre er lovforslaget formulert slik at det etter ordlyden ikke skal stilles krav om en sammenlikningsperson. Dette er i samsvar med dagens praksis. Forslaget vil lovfeste en adgang til «hypotetiske sammenlikninger» i forhold til direkte forskjellsbehandling. Med dette menes at hvorvidt en kvinne (eventuelt en mann) kommer i en dårligere stilling på grunn av for eksempel permisjon skal vurderes i forhold til hvordan andre i en tilsvarende situasjon, for eksempel andre søkere til den aktuelle stillingen, blir eller ville blitt behandlet. Vurderingstemaet kan da bli hvordan hun *ville blitt* behandlet, for eksempel hvordan en arbeidsgiver ville vurdert hennes søknad om hun ikke hadde søkt permisjon. Det skal med andre ord ikke være avgjørende for eksempel om det var andre søkere til stillingen eller om kvinnen har kolleger som får høyere lønn. Dette har praktisk betydning blant annet fordi kvinner på grunn av det kjønnsdelte arbeidsmarkedet ofte konkurrerer om stillinger med andre kvinner, eller har kvinnelige kolleger.

Departementet vil peke på at det ikke kan utelukkes at mange tilfeller av forskjellsbehandling av gravide kvinner bygger på generaliseringer der det ikke legges vekt på de faktiske forhold, og at de ulemper det vises til ikke nødvendigvis er resultat av reelle, konkrete overveielser. Etter departementets syn bør dette derfor ses i sammenheng med at Likestillingsombudet med utgangspunkt i bevisbyrdereglene kan kreve en konkret begrunnelse for handlingen, for eksempel fra en arbeidsgiver hvis det er tale om forskjellsbehandling av arbeidstakere eller arbeidssøkere. Arbeidsgiver vil i disse tilfeller tvinges til å tenke igjennom og redegjøre for hvilke ulemper kortvarig eller langvarig fravær kan medføre, og hvilke andre løsninger som kunne vært valgt.

Likestillingsombudet reiste i sin høringsuttalelse spørsmål om menn som forskjellsbehandles på grunn av fødselspermisjon og annet fravær knyttet til omsorg for små barn. Ifølge Ombudet omfattes slik forskjellsbehandling ikke av likestillingsloven i dag.

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

Departementet legger vekt på at menns behov for vern i denne situasjonen er det samme som for kvinner. Videre legger departementet vekt på behovet for å styrke menns omsorgsrolle i samsvar med den politiske målsetting om likestilling ikke bare i arbeidslivet, men også i familiene. Dette er en målsetting i seg selv, samtidig som det kan styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet med en jevnere fordeling av omsorgsansvaret i familiene. At menn og kvin-

[42)] For eksempel Boyle C-411/96 og Larsson C-400/95.

ner i samme situasjon ikke har samme vern kan i seg selv sies å være ulik behandling. Et annet forhold er at en alminnelig praksis der man forskjellsbehandler på grunn av fødselspermisjon og lignende er egnet til å skape ulik stilling mellom kjønnene, da den rammer flere kvinner enn menn.

Det ligger derfor i departementets forslag også et vern av menn som har permisjon og lignende i forbindelse med omsorgen for små barn. Dette følger uttrykkelig av forslaget til definisjonen på direkte forskjellsbehandling. Videre må dette tas i betraktning ved tolkningen av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, der de samme prinsipper skal legges til grunn som ved indirekte forskjellsbehandling som rammer kvinner. Det bør etter departementets syn imidlertid vurderes å ta inn et generelt kjønnsnøytralt vern av arbeidstakere med foreldreansvar i tilknytning til arbeidsmiljølovens regler om fødselspermisjon mv.

6.6.3 Indirekte forskjellsbehandling

Ved å endre definisjonen på indirekte forskjellsbehandling tas det først og fremst sikte på å gjøre bestemmelsens ordlyd mer i samsvar med diskrimineringsforbudet slik det i dag praktiseres av Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. I endringen ligger det også en innskjerping av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling ved at det signaliseres skjerpede krav til begrunnelsen for handlingen. Endringen tar også sikte på å legge ordlyden tettere opp til EF-rettens definisjon.

Departementet mener imidlertid at vi også bør beholde elementer fra urimelighetskriteriet. Forslaget gir derfor anvisning på en fleksibel avveiningsnorm der det blant annet skal legges vekt på hensynet til likestilling, inkludert de konsekvenser handlingen får for den som forskjellsbehandles.

Departementet har vurdert dagens definisjon av indirekte forskjellsbehandling opp mot internasjonale regler. Likestillingsloven har en annen ordlyd enn de definisjoner som er tatt inn i internasjonale konvensjoner og i rettsakter som inngår i EØS-avtalen. Departementet legger til grunn at det i forhold til begrepet indirekte diskriminering i internasjonale regelverk generelt innfortolkes en begrensning til de tilfeller av forskjellsbehandling som savner saklige grunner.

På bakgrunn av ulikhetene har det likevel vært reist spørsmål om urimelighetskriteriet er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Flere av høringsinstansene har pekt på at urimelighetskriteriet ikke oppfyller internasjonale krav. Departementet antar imidlertid at en del av motstanden grunner seg på bestemmelsens ordlyd, og ikke slik den fortolkes i praksis. Til tross for ulik utforming av begrepet indirekte diskriminering i den norske likestillingsloven og i bevisbyrdedirektivet, er forskjellen mellom regelverkene ikke så stor som den kan synes ut fra ordlyden. Dette henger sammen med praksis knyttet til urimelighetskriteriet i likestillingsloven. Det EF-rettslige diskrimineringsforbudet har som utgangspunkt at handlinger med kjønnsskjev virkning er diskriminerende såframt det ikke påvises saklige grunner for handlingen. Norsk praksis er i samsvar med dette. Håndhevingsorganene legger i den konkrete interesseavveining etter urimelighetskriteriet vekt på de samme momentene som utgjør kravene til saklig grunn etter EF-retten. Det er imidlertid mer uklart hvilken betydning handlingens konsekvenser skal ha etter

EF-rettens definisjon. I norsk rett er handlingens konsekvenser for den som forskjellsbehandles uansett kun et tilleggsmoment i interesseavveiningen - hvis begrunnelsen for øvrig er saklig. Departementet legger derfor til grunn at dagens praksis tilfredsstiller EØS-rettslige krav.

Departementet foreslår på denne bakgrunn at kravene til begrunnelsen tas ut av definisjonen og plasseres i et eget ledd. Departementet ønsker at det skal komme tydeligere fram av lovteksten at handlinger som har kjønnsskjev effekt kun er tillatt i unntakstilfeller. Departementet foreslår derfor at hovedregelen om at forskjellsbehandling mellom kvinner og menn ikke er tillatt, som før skal stå i bestemmelsens første ledd. Indirekte forskjellsbehandling defineres i tredje ledd som enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Kravene til begrunnelsen, i form av en unntaksregel, kommer så i et nytt fjerde ledd:

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

På denne måten ønsker departementet å presisere at indirekte forskjellsbehandling i utgangspunktet er forbudt. Dette innebærer flere ting: For det første betyr det at indirekte forskjellsbehandling kun vil være tillatt i særlige tilfeller. For det andre skal hensynet til likestilling veie tungt i en vurdering av om handlingen er lovlig. For det tredje betyr det at det er den som forskjellsbehandler som har tvilsrisikoen hvis det påvises forskjellsbehandling; det vil si at handlingen må regnes som kjønnsdiskriminerende i strid med loven hvis det ikke kan påvises en saklig og tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse for handlingen. Det vises for øvrig til kapittel 12 om delt bevisbyrde.

Departementet foreslår at det presiseres i loven at all forskjellsbehandling skal ha et saklig formål som er uavhengig av kjønn. Kravet om at handlingen skal ha et saklig formål uavhengig av kjønn følger allerede i dag av urimelighetsvurderingen. Departementet legger til grunn at saklig grunn fortsatt skal være et minstekrav etter § 3 for å kunne behandle kvinner og menn ulikt.

Departementet foreslår også at lovens ordlyd presiserer nærmere hvilke krav som stilles til begrunnelsen for forskjellsbehandlingen for at den skal være lovlig, herunder hvilke momenter som skal tillegges vekt. Unntaksregelen tar inn elementer fra den EF-rettslige definisjonen, men lovfester at det skal skje en interesseavveining der det blant annet skal legges vekt på hensynet til likestilling og handlingens konsekvenser.

7 Særbehandling av det ene kjønn - ulik behandling som fremmer lovens formål

7.1 Innledning

Departementet ønsker å likestille reglene om adgang til positiv særbehandling ved opptak til utdanning med regelverket ellers på området. Dette innebærer at adgangen til positiv særbehandling i forbindelse med opptak til utdanning ikke lenger vil være begrenset til moderat kvotering. Endringen er blant annet begrunnet i et ønske om å kunne anvende effektive virkemidler for å bryte den sterke kjønnssegregeringen på arbeidsmarkedet. På nåværende tidspunkt foreslås det ikke endringer i adgangen til å anvende positiv særbehandling i forhold til menn.

Etter dagens lovgivning har særlige rettigheter på grunn av faktiske forskjeller i livssituasjon mellom kvinner og menn vært unntatt fra forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling. Departementet foreslår at slik forskjellsbehandling ikke lenger skal være tillatt fordi unntak på dette grunnlaget etter hvert har utspilt sin rolle og kan i dag bidra til å opprettholde stereotype forestillinger om kvinner og menn.

Det foreslås videre å lovfeste at regler om tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming ikke er i strid med forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling. Slike regler har vært tillatt også etter dagens lovgivning, men har da blitt innfortolket i det generelle ulovfestede saklighetskravet til lovens § 3.

7.2 Gjeldende rett

7.2.1 Innledning

Lovens utgangspunkt er at forskjellsbehandling på grunn av kjønn ikke er tillatt, jf. likestillingsloven § 3 første ledd. Ulik behandling av kvinner og menn er bare tillatt i helt spesielle unntakstilfeller. Unntaksadgangen er meget snever.

Det er etter ulovfestede saklighetsprinsipper adgang til å foretrekke det ene kjønn, hvis kjønn er en avgjørende kvalifikasjon for å utføre det aktuelle arbeidet. I likestillingsloven kommer dette prinsippet til uttrykk i § 4. Bestemmelsens første ledd åpner for å lyse ut stillinger bare for det ene kjønn. En slik adgang foreligger imidlertid bare dersom det finnes en åpenbar grunn for det. En begrunnelse for forskjellsbehandling ved ansettelse kan være bluferdighet - for eksempel at det er behov for en kvinne til å betjene dametoalettet. Likestillingsombudet har i sin praksis også akseptert at for eksempel barneverninstitusjoner foretrekker mannlige søkere for å sikre at barna får både mannlige og kvinnelige rollemodeller.

Videre er det adgang til å særbehandle det ene kjønn for å fremme likestilling, jf. likestillingsloven § 3 tredje ledd, første punktum. Det er også adgang til å gi kvinner særrettigheter på bakgrunn av den ulike stillingen mellom kjøn-

nene, jf. § 3 tredje ledd, annet punktum. I tillegg må det ut fra ulovfestede saklighetsprinsipper innfortolkes en adgang til regler om tiltak for å verne kvinner i forbindelse med graviditet og amming, f.eks. ved et forbud mot at gravide utfører visse typer arbeid.

Særbehandling av det ene kjønn kommer i konflikt med likebehandlingsprinsippet ved at en person får en fordel basert på sitt kjønn. Positiv særbehandling av det ene kjønn må nødvendigvis bety forskjellsbehandling av ett eller flere medlemmer av det annet kjønn. Adgangen til særbehandling bygger imidlertid på en erkjennelse av at formell likestilling eller et diskrimineringsforbud alene ikke er et tilstrekkelig effektivt tiltak for å oppnå likestilling. Denne erkjennelsen forelå allerede i forbindelse med lovens vedtakelse. I forarbeidene framgår det at: «Positiv særbehandling for å fremme likestilling mellom kjønnene kan (...) dårlig forenes med kravet til rettferdig behandling av det enkelte individ. Her står en således overfor to uforenlige målsetninger og må ta et valg. I enkelte situasjoner vil det imidlertid framtre som mer ønskelig ut fra et samlet syn å sikre en mer likelig fordeling av kjønnene enn å sikre full rettferdighet for enkeltindividet.» [43)]

7.2.2 Ingen plikt til særbehandling

Loven regulerer *adgangen* til å særbehandle; den inneholder med andre ord ingen plikt til å særbehandle. Den aktivitetsplikten som det offentlige er pålagt etter lovens § 1 annet ledd, kan imidlertid innebære et press [44)] på offentlige myndigheter om å vurdere å ta i bruk positiv særbehandling.

7.2.3 Lovens vilkår

Adgangen til å særbehandle forutsetter at visse vilkår er oppfylt. Disse vilkårene følger ikke av lovens ordlyd, men må utledes av norsk og EF-rettslig praksis. Selv om EF-domstolens praksis etter 1992 ikke er direkte bindende for Norge, er den uten tvil sentral som fortolkningsmoment. For det første må tiltaket være egnet til å fremme likestilling. For det andre må særbehandlingen rettes mot det kjønnet som står svakest på det aktuelle området. For det tredje gjelder adgangen til å særbehandle bare til formålet med tiltaket er oppnådd. For det fjerde stilles det krav til proporsjonalitet. Dette innebærer at effekten av særbehandling i likestillingsøyemed må veies opp mot den ulempe det er for dem som blir stilt i en dårligere stilling som følge av særbehandlingen.

7.2.4 Former for positiv særbehandling

I utgangspunktet åpner likestillingslovens bestemmelser om positiv særbehandling for å ta i bruk ulike typer virkemidler. Kvoteringsordninger, tilleggspoeng ved opptak til utdanning, stillingsannonser som særskilt oppfordrer det ene kjønn til å søke den utlyste stillingen, samt kampanjer rettet mot det ene kjønn, er eksempler på former for positiv særbehandling som er, eller kan være, tillatt. I noen sammenhenger stiller imidlertid loven opp begrensninger for hvilke virkemidler som kan tas i bruk. For eksempel er adgangen til positiv

[43)] jf. Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 12.
[44)] jf. Holgersen, Gudrun: «Likestillingsloven» 1984 s. 121-122.

særbehandling begrenset til moderat kvotering der positiv særbehandling anvendes ved opptak til utdanning med sikte på rekruttering til yrke eller profesjon jf. likestillingsloven § 6 tredje ledd. Denne bestemmelsen belyses nærmere nedenfor.

I tillegg til at likestillingsloven kan inneholde begrensninger for hvilke former for positiv særbehandling som kan iverksettes, kan også nyere praksis i EF-retten få betydning. Også dette belyses nærmere under redegjørelsen for Norges internasjonale forpliktelser.

Departementet har valgt å gi en noe mer omfattende redegjørelse for hvor langt adgangen til positiv særbehandling rekker, enn det de foreslåtte lovendringene skulle tilsi. Dette er gjort fordi rettsområdet på dette punkt er under utvikling.

7.2.5 Positiv særbehandling skal først og fremst fremme kvinners stilling

Adgangen til å forskjellsbehandle når dette kan fremme likestilling skal i første rekke benyttes til å fremme kvinners stilling. Dette følger av formuleringen «i samsvar med lovens formål» i § 3 tredje ledd. Denne peker tilbake på lovens formålsbestemmelse (§ 1) hvor det framgår at loven særlig tar sikte på å bedre kvinnens stilling. Dette framgår også av lovens forarbeider. [45)]

7.2.6 Nærmere om adgangen til positiv særbehandling av menn

I praksis har det vært knyttet usikkerhet til hvor langt man kan gå i å anvende positiv særbehandling av menn. [46)] Både Likestillingsombudet og Klagenemnda har lagt til grunn at positiv særbehandling som hovedregel skal brukes for å fremme *kvinner*s stilling. Begrunnelsen er at en slik fortolkning er mest i samsvar med lovens formålsbestemmelse jf. ovenfor. I en sak fra 1991 (»Hurumsaken») utelukket imidlertid ikke Klagenemnda muligheten for bruk av positiv særbehandling i forhold til menn. Klagenemda understreket imidlertid at adgangen til å anvende positiv særbehandling i forhold til menn må være snevrere enn den tilsvarende adgangen i forhold til kvinner. [47)]

I St.meld. nr. 70 (1991-92) foreslo Regjeringen at likestillingsloven skulle endres slik at den åpnet for positiv særbehandling av menn. Dette skulle være et incitament for menn til å bryte det kjønnsdelte mønsteret på arbeidsmarkedet. Flertallet i Forbruker- og administrasjonskomitéen gikk imidlertid mot forslaget om en allmenn adgang til positiv særbehandling av menn. De aksepterte likevel å innføre en adgang til positiv særbehandling i form av særtiltak for å få flere menn inn i barnehager, grunnskolen og i barneverninstitusjoner. [48)] I overensstemmelse med flertallets syn ble det i 1995 vedtatt en lovhjemmel for å gi nærmere forskrifter om adgangen til positiv særbehandling av menn, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Lovendringen var et resultat av et politisk ønske om å bruke positiv særbehandling for å styrke menns posisjon i relasjon til omsorg for barn. Målsettingen var at dette på sikt ville øke likestillingen mellom kjønnene. Forskrift om særbehandling av menn i forbindelse

---

[45)] se Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 32-34 og s. 56 og Ot.prp. nr. 29 (1994-95) s. 4 flg.

[46)] jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-95) s. 4.

[47)] jf. Ot.prp. nr. 29 s. 4.

[48)] jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-1995) s. 5.

med undervisning av, og omsorg for, barn ble gitt ved kgl. res. av 17. juli 1998. I medhold av forskriften kan menn foretrekkes ved ansettelser i stillinger der hovedoppgaven er undervisning av, eller omsorg for, små barn. Forutsetningen er at den mannlige søkeren vurderes å være like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søkeren. Likeledes er det adgang til å benytte moderat kvotering av menn ved opptak til utdanning til yrker rettet mot omsorg for, og undervisning av, barn (jf. forskriftens § 2).

7.2.7 Nærmere om positiv særbehandling ved opptak til yrkesrettet utdanning

Likestillingsloven har en særregel om opptak til utdanning i § 6. Bestemmelsens tredje ledd gir adgang til å særbehandle det underrepresenterte kjønn ved opptak til yrkesrettet utdanning. Adgangen til særbehandling kan brukes til fordel både for kvinner og menn.

Adgangen til å særbehandle det underrepresenterte kjønn ved opptak til yrkesrettet utdanning i § 6 tredje ledd er imidlertid snevrere enn det som følger av hovedregelen om særbehandling i § 3 tredje ledd, første punktum. Bestemmelsen tillater ikke radikal, men kun moderat kvotering jf. «på ellers tilnærmet like vilkår». Denne begrensningen kom inn under behandlingen av lovforslaget i Stortingets sosialkomité i 1978. Komitéens begrunnelse er knapp: «Opptak til utdanning er et viktig og vanskelig felt i forbindelse med anvendelsen av den positive særbehandling som nevnes i generalklausulen. *Flertallet* mener det derfor er nødvendig å utforme regler for dette.» [49] Begrunnelsen gir ikke informasjon om hvilke hensyn som lå bak innføringen av en snevrere adgang til positiv særbehandling ved opptak til yrkesrettet utdanning.

Lovens § 6 tredje ledd gjelder bare utdanning med sikte på rekruttering til yrke eller profesjon. Dette omfatter [50] undervisning som er allmenndannende, yrkesrettet eller kompetansegivende for å kunne videreutdanne seg til et bestemt yrke eller generelt i arbeidslivet. Det må avgrenses mot hobbypregede kurs. Dessuten må det avgrenses mot ansettelser som reguleres i § 4. Visse stillinger innebærer klare elementer av utdanning, for eksempel rekrutteringsstillinger. Det er i slike tilfeller tvil om hvorvidt det er § 3 (som tillater radikal kvotering) som kommer til anvendelse, eller § 6 tredje ledd (som ikke tillater bruk av radikal kvotering). På samme måte må det avgrenses mot videreutdanning i arbeidsgivers regi - med mindre slik utdanning innebærer rekruttering til yrke eller profesjon.

7.2.8 Om kvinners særlige rettigheter

Loven gjør også unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling når det gjelder «...kvinners særlige rettigheter ut fra den eksisterende ulike situasjon mellom kvinner og menn», jf. § 3 tredje ledd, annet punktum. Særrettighetene er lovlige hvis de er saklig begrunnet i forskjeller mellom kjønnene. Særrettighetene det henvises til, er først og fremst slike som er begrunnet i kvinners biologiske funksjoner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming. [51] En del

[49] jf. Innst. O. nr. 55 (1977-78) s. 14.
[50] se Holgerson 1984 s. 128-132.

rettigheter i tilknytning til graviditet, fødsel og amming - som for eksempel rett til fri ved svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon og ammefri - kan pr. definisjon ikke være aktuelle for menn. Slike rettigheter som er direkte knyttet til kvinnens biologiske rolle, må dermed være omfattet av unntaket. Forarbeidene [52] er ellers uklare på hvor langt det biologiske argumentet gjelder.

Ikke bare biologiske forskjeller mellom kvinner og menn kan begrunne unntak fra forbudet mot likebehandling. Bestemmelsen unntar også særrettigheter for kvinner begrunnet ut fra forskjeller i livssituasjon. Etterlattepensjon for kvinner (tidligere: enkepensjon) trekkes fram i forarbeidene [53] som et eksempel på slike særrettigheter fordi denne er begrunnet ut fra den ulike økonomiske situasjonen mellom kvinner og menn. Det er ikke avklart i praksis hvor langt forskjeller mellom kjønnene knyttet til slike forhold kan begrunne særrettigheter.

Unntaksbestemmelsen i § 3 tredje ledd, annet punktum taler for øvrig bare om *rettigheter*. I relasjon til graviditet og fødsel har en eksempler på særtiltak som innebærer inngripende tiltak som utestenging eller tvang. For eksempel foreligger det forskrifter med hjemmel i arbeidsmiljøloven som blant annet forbyr arbeidsgiver å sette gravide kvinner i arbeid med farlige kjemiske stoffer. Formålet er å unngå skader som følge av arbeidsoppgaver eller arbeidsmiljø. I det følgende omtales slike tiltak som særverntiltak.

Det er en vesentlig forskjell mellom rettigheter kvinner tilstås som følge av graviditeten mv. og særverntiltak som innebærer utestengning eller tvang: Rettigheter gir kvinnen en valgmulighet, mens særverntiltak legger begrensninger eller restriksjoner på for eksempel adgangen til lønnet arbeid ved at den gravide utestenges fra visse typer arbeidsoppgaver og -plasser.

Likestillingsloven har altså ikke et eget unntak fra det generelle forbudet mot forskjellsbehandling som kan anvendes som hjemmel for slike særverntiltak. Normalt blir adgangen til å iverksette særverntiltak innfortolket i det generelle ulovfestede saklighetskravet knyttet til lovens § 3. Dette innebærer at forskjellsbehandling tillates hvis den kan begrunnes saklig.

7.3 Nordiske lands lovgivning

7.3.1 Danmark

Danmarks likebehandlingslov har, tilsvarende den norske likestillingsloven, en unntaksbestemmelse som åpner for forskjellsbehandling der denne fremmer likestilling mellom kjønnene (§ 13 stk. 2). Bestemmelsen er en implementering av Likebehandlingdirektivet (rådsdirektiv 76/207/EØF) artikkel 2 (4). [54] Til forskjell fra den norske loven er det som hovedregel nødvendig å innhente forhåndstillatelse for å sette i verk slik forskjellsbehandling, for eksempel på en arbeidsplass. Både berørte departementer og arbeidsmarkedets parter skal høres før tillatelse gis. Dispensasjon gis for en bestemt periode, og myndighetene skal orienteres om tiltakets effekt når perioden er omme.

[51] jf. Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 12.

[52] jf. Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s.12.

[53] jf. Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 12.

[54] Denne bestemmelsen i direktivet er foreslått endret. Det redegjøres nærmere for denne endringen under pkt. 7.4.1.

Likebehandlingsloven har også en egen unntaksbestemmelse (§ 1 stk. 2) om at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn ikke er til hinder for særlige bestemmelser om beskyttelse av kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel. Bestemmelsen har en ordlyd som ligger nær ordlyden i likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (3). Unntaksadgangen i dansk rett er utelukkende begrenset til beskyttelse av kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel. Den tillater ikke som den norske loven ulik behandling begrunnet ut fra forskjeller i livssituasjon.

Også den danske likestillingsloven tillater i § 3 foranstaltninger til fremme av likestilling når disse har som formål å forebygge eller oppveie forskjellsbehandling på grunn av kjønn. For øvrig gis likebehandlingsloven § 13 tilsvarende anvendelse på de områder som faller inn under likestillingsloven jf. § 3 stk. 3.

7.3.2 Finland

Finlands likestillingslov gjør unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling forutsatt at den aktuelle forskjellsbehandlingen baserer seg på en likestillingsplan og har til formål å forbedre situasjonen til det kjønnet som står i en svakere stilling, jf. § 9 pkt. 4.

Også den finske loven har en uttrykkelig bestemmelse om at særskilt beskyttelse av kvinner ved svangerskap og fødsel ikke skal anses som diskriminering jf. § 9 pkt. 1. Heller ikke denne unntaksbestemmelsen omfatter forskjellsbehandling mellom kvinner og menn på grunn av forskjeller i livssituasjon.

7.3.3 Sverige

Sveriges likestillingslov er mer tiltaksrettet enn både norsk og dansk likestillingslovgivning og forutsetter at det gjøres aktivt arbeid for å fremme likestilling. Arbeidsgiver har blant annet en plikt til å endre ujevn kjønnsfordeling ved nyansettelser, jf. § 9. I lovens § 15 annet ledd heter det at forbudet mot direkte diskriminering ikke gjelder om behandlingen «...är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet och det inte är fråga om tillämpning av löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga, eller är berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.»

Adgangen til å gi kvinner særrettigheter i forbindelse med svangerskap og fødsel, må følge av § 15 annet ledd i den svenske loven hvor handlingen kan være berettiget av hensyn til annen særskilt interesse.

7.4 Internasjonale forpliktelser

7.4.1 EØS-avtalen

Likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF) gir adgang til forskjellsbehandling som kan fremme likestilling mellom kjønnene. Dette framgår av artikkel 2 (4), som åpner for:

> «...tiltak til fremme av like muligheter for menn og kvinner, særlig ved å fjerne eksisterende ulikheter som har betydning for kvinnenes muligheter på de områder som er nevnt i artikkel 1 nr. 1.»

Denne bestemmelsen gir hjemmel for regler om særbehandling av det ene kjønn med sikte på å fremme likestilling. Bestemmelsen gjelder for direktivets virkeområde; dvs. adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår, jf. direktivets artikkel 1 (1). Likebehandlingsdirektivet skiller ikke mellom utdanning og arbeid når det gjelder adgangen til positiv særbehandling.

Vilkårene for særbehandling etter artikkel 2 (4) er:

- at formålet med tiltaket er å fremme like muligheter («equal opportunity»)
- at det dreier seg om midlertidige tiltak
- at kravet om proporsjonalitet - samsvar mellom mål og middel - er oppfylt
- at artikkel 2 (4) som unntaksregel fortolkes innskrenkende.

Europakommisjonen fremmet 7. juni 2000 et direktivforslag om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet). I forslaget påpeker Kommisjonen at bestemmelsen om positiv særbehandling i Amsterdamtraktaten [55] artikkel 141 (4) gjør bestemmelsen om positiv særbehandling overflødig, og foreslår derfor at man fjerner bestemmelsen i direktivet. Artikkel 141 (4) tillater særlige fordeler for det ene kjønn for å fremme likestilling. Bestemmelsen lyder i dansk oversettelse slik:

> «For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sikte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.»

Kommisjonen viser i sin begrunnelse for forslaget til EF-domstolens praksis knyttet til likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4) som Norge i dag er bundet av gjennom EØS-avtalen. Det tas ikke sikte på noen endring av adgangen til positiv særbehandling. Ved at spørsmålet om positiv særbehandling nå reguleres i traktaten, må adgangen til å særbehandle etter EF-retten uansett avhenge av EF-domstolens fortolkning av artikkel 141. Siden artikkel 141 ikke omfattes av EØS-avtalen vil det være behov for en særlig tilpasningstekst for EFTA-landene.

Endringsforslaget foreslår videre en regel som pålegger Kommisjonen å rapportere hvert tredje år om medlemslandenes praksis knyttet til positiv særbehandling. Hensikten er blant annet å sikre lik praksis mellom landene.

7.4.1.1 Nærmere om EF-rettspraksis

Flere nyere dommer fra EF-domstolen har reist debatt om adgangen til positiv særbehandling og skapt en del usikkerhet om rekkevidden av likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (4) slik bestemmelsen lyder i dag. Disse er Kalankesaken (C-450/93) fra 1995, Marschall-saken (C-409/95) fra 1997, samt Badeck-saken (C-158/97) og Tham-saken (C-407/98) - begge fra 2000. Dom-

[55] Amsterdamtraktaten trådte i kraft sommeren 1999.

mene presiserer rekkevidden av likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (4) i enkelte spørsmål.

Både Kalankesaken, Marschallsaken og Badecksaken tar stilling til såkalt «moderat kvotering», dvs. at kvinner bare går foran menn hvis de er like godt (eller tilnærmet like godt) kvalifisert. Europakommisjonen har utledet enkelte konklusjoner med utgangspunkt i de tre første dommene. [56] Det framholdes for det første at tiltak som faller inn under positiv særbehandling skal anses som unntak fra likebehandlingsprinsippet. For det andre gjelder denne unntaksadgangen i artikkel 2 (4) bare tiltak som har til hensikt å eliminere eller redusere faktiske forskjeller mellom kjønnene. For det tredje konkluderes det med at automatisk fortrinnsrett til kvinner når det gjelder ansettelse eller forfremmelse på områder hvor de er underrepresentert ikke er tillatt. Dette må ses i sammenheng med at EF-domstolen [57] har slått fast at positiv særbehandling skal være et middel for å oppnå like *muligheter* og ikke likt resultat. Til sist konkluderes det med at fortrinnsrett kan tillates dersom den nasjonale regelen ikke gir automatisk fortrinnsrett og regelen garanterer like godt kvalifiserte mannlige søkere en objektiv vurdering av deres situasjon og der en tar i betraktning alle kriterier som knytter seg spesifikt til hver enkelt kandidat uavhengig av kjønn.

Den siste avgjørelsen (Tham-saken) omhandler spørsmålet om radikal kvotering (C-407/98). Saken gjaldt bruk av radikal kvotering ved tilsetting av et bestemt antall professorater og rekrutteringsstillinger ved universitetene i Sverige. Domstolen framholdt at både likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4) og Amsterdamtraktaten 141 fjerde ledd er til hinder for nasjonale regler som pålegger radikal kvotering. Det kan synes som om det ikke er adgang til å anvende radikal kvotering av denne type selv om ordningen er begrenset til et bestemt antall stillinger eller er ledd i en plan for anvendelse av positiv særbehandling ved institusjonen. Denne dommen ser med andre ord ut til å stenge for bruk av radikal kvotering. Dommen slår imidlertid fast at moderat kvotering ikke strider mot likebehandlingsdirektivet eller Amsterdamtraktaten. Noen prinsipper kan utledes fra denne dommen: I tillegg til at det ikke må være snakk om en automatisk fortrinnsrett, og at søkernes kvalifikasjoner må vurderes objektivt der det tas hensyn til de individuelle forhold ved hver enkelt søker, må vurderingen av søkernes kvalifikasjoner gjøres med utgangspunkt i klare kriterier. Videre må den positive særbehandlingen stå i forhold til de mål man ønsker å oppnå (proporsjonalitet).

Norge ble i august 2000 innklaget for EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Saken gjelder universitetenes adgang til å øremerke vitenskapelige stillinger for kvinner. Det er på nåværende tidspunkt ikke fattet noen avgjørelse i saken. Dette er en sak som har likhetstrekk med Tham-saken.

EF-domstolens praksis reiser spørsmål om det er adgang til å anvende radikal kvotering, for eksempel ved øremerking av stillinger. Selv om de avgjørelsene det er vist til ovenfor ikke er direkte bindende for Norge, gir

[56] KOM (2000)334 Forslag til direktiv om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av kvinner og menn når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår.
[57] jf. Kalankedommen (C-450/93).

denne praksis uten tvil sentrale tolkningsmomenter i forhold til norsk likestillingslov.

Departementet ønsker å foreta en samlet vurdering av konsekvensene av disse sakene når avgjørelsen i den norske saken foreligger. Vurderingen av dommene vil knyttes til en bredere gjennomgang og vurdering av adgangen til å anvende positiv særbehandling i norsk likestillingsrett, herunder adgangen til positiv særbehandling av menn.

Den foreslåtte bestemmelsen om positiv særbehandling i ny § 3a, første ledd, må i alle tilfeller tolkes og anvendes med de begrensninger som måtte følge av Norges internasjonale forpliktelser, herunder EØS-avtalen. Tilsvarende begrensninger vil gjelde for de bestemmelser som Kongen kan gi etter § 3a annet ledd.

7.4.1.2 EØS-rettslige forpliktelser og særbehandling av menn

Likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4) retter seg primært mot særbehandling av kvinner. Det er likevel ikke grunnlag for å utelukke at særbehandling kan skje til fordel for menn. Dette framgår for eksempel av en deklarasjon [58)] fra medlemsstatene knyttet til artikkel 141 (4). EF-domstolen har videre tatt stilling til dette spørsmålet i en sak fra 2000 (C-79/99), hvor domstolen har slått fast at likebehandlingsdirektivet ikke er til hinder for bestemmelser som har til hensikt å kompensere for den forsinkelse som følger av det å avtjene obligatorisk sivil eller militær verneplikt. Dette er den første saken hvor EF-domstolen har tatt stilling til adgangen til positiv særbehandling av menn.

Det må imidlertid antas at adgangen til å særbehandle menn er snevrere enn adgangen til å særbehandle kvinner. Selv om Norge ikke er direkte bundet av artikkel 141 i Amsterdamtraktaten er det grunn til å tro at EFTA-domstolen vil se nøye hen til fortolkningen av den, dersom en sak reiser spørsmålet om hvor langt adgangen til positiv særbehandling av menn rekker.

7.4.1.3 EØS-rettslige forpliktelser og særlige bestemmelser om vern av kvinner

Det går også klart fram av likebehandlingsdirektivet at forbudet mot forskjellsbehandling ikke rammer særlige bestemmelser om vern av kvinner, særlig i forbindelse med graviditet og fødsel jf. artikkel 2 (3). Det følger av ordlyden at bestemmelsen primært retter seg mot kvinners behov for beskyttelse i relasjon til graviditet og fødsel. Dette har også EF-domstolen uttalt (Hofmansaken, C-184/83). Ordlyden tyder imidlertid på at det også kan tenkes unntak av andre grunner, men det er uklart hvor langt direktivet åpner for adgang til å gjøre unntak. EF-domstolen har allerede slått fast at særrettigheter for kvinner i egenskap av foreldreskap generelt, ikke er omfattet (sak C-312/86).

[58)] Dette framgår av deklarasjon 28 i vedlegg til Amsterdamtraktaten.

7.4.2 FNs kvinnekonvensjon

FNs kvinnekonvensjon [59] artikkel 4 (1) slår fast at det skal være adgang til å særbehandle det ene kjønn for å fremme likestilling. Artikkelen omhandler særtiltak som har til formål å fremme reell likestilling. Det skal dreie seg om midlertidige tiltak som ikke videreføres når likestilling på det relevante området er oppnådd. FNs kvinnekonvensjon tillater radikal kvotering, i motsetning til det som kan synes å følge av EF-rettens mer restriktive praksis. Da konvensjonens formål er å eliminere diskriminering av kvinner, [60] omfatter artikkelen om positiv særbehandling først og fremst tiltak til fordel for kvinner.

Konvensjonen stiller antakeligvis ikke staten helt fritt med hensyn til om den skal bruke adgangen til positiv særbehandling. Det følger av artikkel 3, artikkel 10 og artikkel 11 (1) at staten skal sette i verk alle egnede eller tjenlige tiltak for å avskaffe diskriminering og sikre kvinner de samme rettigheter som menn med hensyn til arbeid [61] og utdanning. Tiltakene som staten setter i verk behøver ikke ha karakter av positiv særbehandling, men dette forutsetter i så fall at eventuelle andre tiltak er effektive.

Særtiltak for å beskytte moren i tiden før og etter nedkomst anses ikke som diskriminering etter FNs kvinnekonvensjon, jf. artikkel 4 (2).

7.5 Forslag til egen bestemmelse om positiv særbehandling

7.5.1 Forslaget i høringsnotatet

For å stimulere til tiltak som kan bidra til å rette opp det kjønnsskjeve arbeidsmarkedet, foreslo departementet i høringsnotatet at loven likestiller positiv særbehandling ved opptak til utdanning med reglene ellers i loven. Med andre ord at man fjerner de begrensninger som foreligger med hensyn til adgangen til å anvende positiv særbehandling ved opptak til utdanning. Den beste måten å gjøre dette på, er ved å samle alle bestemmelser om positiv særbehandling i én paragraf, ny § 3a.

Departementet foreslo videre å presisere at § 3 tredje ledd, annet punktum, om kvinners særlige rettigheter ut fra den eksisterende ulike situasjon mellom kvinner og menn først og fremst gjelder særrettigheter knyttet til svangerskap, fødsel og amming. Man ønsket med dette å presisere at behovet etterhvert vil bli mindre for særrettigheter for det ene kjønn (kvinner) på grunn av ulikheter i livssituasjon.

Det ble videre foreslått at regelen om kvinners særlige rettigheter ut fra den eksisterende ulike situasjon mellom kvinner og menn uttrykkelig skulle gi hjemmel for særverntiltak i forbindelse med svangerskap og fødsel.

---

[59] FN-konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. desember 1979, ratifisert av Norge i 1981.

[60] Dette framgår blant annet av konvensjonens betegnelse;»FN-konvensjon om å avskaffe diskriminering av kvinner.»

[61] Artikkel 11 har formuleringen «å sikre de samme rettigheter på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner.»

7.5.2 Høringsinstansenes syn

Også dette forslaget fikk bred støtte blant høringsinstansene. Over halvparten av instansene uttalte seg om dette punktet, og nesten alle høringsinstanser var positive. Blant disse var de aller fleste utdanningsinstitusjonene, *Norges Forskningsråd, Kommunenes Sentralforbund*, de aller fleste arbeidstakerorganisasjonene, flere arbeidsgiverorganisasjoner (*Finansnæringens arbeidsgiverorganisasjon, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon* og *Næringslivets Hovedorganisasjon*), *Juridisk rådgivning for kvinner*, *Kvinnefronten* og *Likestillingssenteret*. *Nærings- og handelsdepartementet* hadde ingen vesentlige merknader mot forslaget, men understreket at det fortsatt måtte være utdanningsinstitusjonene selv som avgjorde om kvotering skulle brukes og hvilken form kvoteringen skulle ha. *Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet* var positiv til forslaget om å åpne for mer radikale former for positiv særbehandling ved opptak til utdanning enn det som har vært tilfelle tidligere. De ønsket imidlertid at denne adgangen ble bedre synliggjort og mente dette best kunne gjøres ved å endre dagens § 6 tredje ledd.

Likestillingsombudet støttet også forslaget om en egen bestemmelse om positiv særbehandling. Hun påpekte imidlertid uklarheter ved forslaget: «...noen sider ved departementets argumentasjon gjør meg usikker på hva man egentlig har tenkt. Det er uklart for meg om departementet ønsker å stramme inn adgangen til positiv særbehandling av menn.»

Likestillingsombudet ønsket å gå lenger enn departementets forslag og ville blant annet oppheve bindingen til formålsbestemmelsen og på denne måten åpne for særbehandling av menn på flere områder enn det som tillates i dag.

Det var seks av høringsinstansene som uttalte seg negativt. Disse var *Luftfartsverket, Bærum Høyrekvinnelag, Fremskrittspartiets partilag Ullevål/St. Hanshaugen, Byrådet i Oslo, Høgskolen i Sør-Trøndelag* og *Biskopen i Sør-Hålogaland*. For eksempel uttalte *Luftfartsverket* at:

> «Vi mener at valg av utdanning og yrke er en individuell rett, uavhengig av kjønn. Også gutter/menn som søker utdanning har krav på rettssikkerhet rundt opptak til utdanning i den forstand at de bør kunne stole på at alle har lik mulighet til å konkurrere om plassene på like objektive vilkår.»

Noen av høringsinstansene var veldig klare på at positiv særbehandling fortsatt i all hovedsak bør benyttes til fordel for kvinner. Med andre ord la de stor vekt på lovens formålsbestemmelse (§ 1) hvor det framgår at loven særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling. Blant disse var *Juridisk rådgivning for kvinner, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, Norsk Sykepleierforbund, Fellesorganisasjonen for barnevernpedagoger, sosionomer og vernepleiere, Norsk Helse- og Sosialforbund, Norsk Lærerlag, Kvinnefronten* og *Senter for kvinneforskning ved Universitetet i Tromsø*.

På den annen side var det flere som ønsket området for særbehandling av menn utvidet. Disse var *Foreningen 2 foreldre, Likestillingssenteret, Barneombudet, NHO, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon, Finansnæringens arbeidsgiverorganisasjon* og *Krisetelefonen for menn i Oslo*.

Noen, blant annet *Høgskolen i Finnmark,* ønsket endring for å kunne drive kjønnsspesifikk distriktspolitikk. De ga uttrykk for følgende: «På samme måte som likestillingsloven åpner for mulighet for positiv særbehandling i tilknyt-

ning til det kjønnsskjeve arbeidsmarkedet, bør likestillingsloven åpne muligheter for positiv særbehandling i særlig kjønnskjeve territorielle enheter.»

7.6 Departementets vurderinger og forslag

7.6.1 Positiv særbehandling ved opptak til utdanning

Departementet ønsker å likestille reglene om adgang til positiv særbehandling ved opptak til utdanning med regelverket ellers på dette området. Det er flere grunner til dette:

Det kjønnssegregerte arbeidsmarkedet er en viktig forklaring på blant annet ulik lønn for arbeid av lik verdi mellom kvinner og menn og kjønnenes ulike innflytelse i arbeidslivet. Samtidig er det fortsatt en tendens til at gutter og jenter gjør tradisjonelle yrkesvalg. Effektive virkemidler for å fremme mer utradisjonelle valg kan bidra til å bryte ned den sterke kjønnssegregeringen. Dette kan i neste omgang bidra til å dempe lønnsforskjellene mellom kjønnene. Adgangen til positiv særbehandling kan derfor synes å være spesielt interessant som virkemiddel på utdanningsområdet.

Adgangen til positiv særbehandling ved opptak til utdanning er imidlertid i dag begrenset til positiv særbehandling «på ellers tilnærmet like vilkår». Dette innebærer at man bare tillater positiv særbehandling der søkere av forskjellig kjønn står likt eller tilnærmet likt. Et forskningsprosjekt utført for Barne- og familiedepartementet viser at nettopp denne begrensningen klart svekker mulighetene for å bedre kjønnsbalansen i tradisjonelt kjønnssegregerte utdanninger. [62)] Årsaken er at de utvelgelseskriterier som brukes ved vurderingen av hvem som skal tas opp er så fingraderte at søkerne sjelden vil stå helt eller tilnærmet likt. [63)] Dette taler for å fjerne begrensningen «på ellers tilnærmet like vilkår» ved positiv særbehandling i forbindelse med opptak til utdanning.

Som vist tidligere (jf. pkt. 7.2.7) kom begrensningen inn i forbindelse med Stortingsbehandlingen - uten at det klart framgår hva som var begrunnelsen for å ha en snevrere adgang til positiv særbehandling nettopp på dette området. Det er i ettertid vanskelig å se at utdanningssektoren skulle behandles på en annen måte enn arbeidslivet.

Det er videre problematisk [64)] at den aktuelle begrensningen i § 6 tredje ledd ikke er knyttet til utdanning generelt, men til «rekruttering til yrke eller profesjon». Som tidligere nevnt (jf. pkt. 7.2.7), vil enkelte stillinger klart bære preg av utdanning med sikte på yrke eller profesjon, for eksempel utdannings- og rekrutteringsstillinger. Slike stillinger reiser spørsmål [65)] om de skal vurderes som ordinære ansettelser hvor det ikke foreligger tilsvarende begrensninger i adgangen til å særbehandle, eller om utdanningselementet ved stillingen skal innebære at begrensningen (»på ellers like vilkår») i § 6 tredje ledd kommer til anvendelse.

[62)] Mari Teigen og Ragnhild Steen Jensen: «Kjønnskvotering i utdanning og arbeidsliv», Institutt for samfunnsforskning, 1995.

[63)] jf. Teigen og Jensen 1995 s. 49, se også Ot. prp. nr. 29 (1994-95) s. 7-8.

[64)] jf. Holgersen 1984 s. 129-131.

[65)] Problemstillingen er nærmere belyst av Holgersen (1984 s. 131-132).

Heller ikke nordisk rett eller Norges internasjonale forpliktelser taler for å ha ulike regler for bruk av positiv særbehandling ved opptak til utdanning og i andre sammenhenger.

Departementet vil på bakgrunn av dette foreslå at gjeldende § 6 tredje ledd oppheves. Adgangen til positiv særbehandling ved opptak til utdanning vil dermed bli regulert av den generelle regelen om positiv særbehandling.

7.6.2 Om positiv særbehandling av menn

Spørsmålet om utvidet adgang til positiv særbehandling av menn reises av flere av høringsinstansene. En utvidelse kan omfatte å gi adgang til å bruke sterkere virkemidler (for eksempel radikal kvotering) enn det som i dag er tillatt. Den kan også omfatte å utvide virkeområdet for adgangen til positiv særbehandling av menn til å gjelde andre yrker enn de som er relatert til arbeid med barn.

Det argumenteres med at menn også er underrepresentert i andre yrker enn de som er relatert til undervisning av, og omsorg for, barn. Dette gjelder for eksempel i store deler av helse- og omsorgssektoren for øvrig og i en rekke andre tjenesteytende bransjer og yrker.

Et annet argument er at loven blir mer enhetlig og enklere å forstå - om den kan anvendes likt for kvinner og menn - både hva gjelder bruk av virkemidler og selve virkeområdet.

Etter departementets vurdering skyldes ikke menns underrepresentasjon på tradisjonelle kvinnearenaer kjønnsdiskriminering, men snarere andre forhold. I de fleste tradisjonelle kvinneyrker vil man vanskelig kunne konstatere at menn blir diskriminert ved ansettelse. Manglende motivasjon for å arbeide i slike yrker er antakelig en viktigere forklaring. Samme argument kan anføres når det gjelder undervisning av, og omsorg for barn. Det er heller ikke sannsynlig at menn blir utsatt for diskriminering når de søker stillinger og yrkesutdannelser relatert til barn. På dette feltet har man imidlertid valgt å bidra til å styrke mannsrepresentasjonen av hensyn til framtidige generasjoners holdninger til likestilling.

En utvidelse av adgangen til positiv særbehandling av menn berører videre forholdet til lovens formålsbestemmelse. Likestillingsloven tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Å utvide adgangen til positiv særbehandling av menn vil kunne komme i konflikt med lovens formål, og vil kreve en bredere vurdering enn den som ble foretatt i høringsnotatet.

Det må etter departementets vurdering også tas i betraktning at internasjonale forpliktelser antakelig setter grenser for hvor langt adgangen til å anvende positiv særbehandling av menn rekker. Dette følger blant annet av EUs likebehandlingsdirektiv som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Direktivets artikkel 2 (4) nevner spesielt tiltak som kan være med å avhjelpe de faktiske ulikheter som påvirker kvinnenes muligheter. Dette tilsier at adgangen til å særbehandle menn må være snevrere enn det som gjelder for kvinner.

Det foreslås ikke endringer når det gjelder positiv særbehandling av menn på nåværende tidspunkt. Som nevnt under pkt. 7.4.1.1 ønsker departementet på et senere tidspunkt å foreta en bred gjennomgang av adgangen til å benytte positiv særbehandling, herunder adgangen til positiv særbehandling av menn.

Man tar heller ikke sikte på å endre den praksis som har utviklet seg i tilknytning til positiv særbehandling av menn ved opptak til utdanning.

7.6.3 Kvinners særlige rettigheter og vern i forbindelse med graviditet, fødsel og amming

Lovens § 3 tredje ledd, annet punktum gjelder kvinners særlige rettigheter og vern i forbindelse med graviditet, fødsel og amming. I forarbeidene antydes det imidlertid at bestemmelsen rekker noe lenger enn graviditet, fødsel og amming. Ordlyden i bestemmelsen omfatter også særlige rettigheter knyttet til faktiske [66)] forskjeller i livssituasjon mellom kvinner og menn jf. foran pkt. 7.2.8.

Det er grunn til å tro at likestillingslovens unntaksregel på dette området i dag har en for stor rekkevidde etter ordlyden sett i lys av likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (3). Direktivet retter seg mot tiltak som gjelder beskyttelse av kvinner «særlig i forbindelse med svangerskap og fødsel.» Ordlyden i seg selv utelukker ikke særlige rettigheter på grunn av faktiske forskjeller i livssituasjon. Det er imidlertid uklart hvor langt direktivet rekker med hensyn til å tillate særrettigheter på et slikt grunnlag.

Det er også et moment at det i mindre og mindre grad vil være rom for «særrettigheter» for det ene kjønn (kvinner) på grunn av ulikheter i livssituasjon. I lys av utviklingen i retning av større likestilling, er det lite sannsynlig at det framover vil være et stort behov for særrettigheter for det ene kjønn på grunn av forskjeller i den faktiske livssituasjonen. Å ivareta slike særrettigheter vil også kunne være med å opprettholde og sementere den tradisjonelle arbeidsdelingen mellom kjønnene. Departementet vil derfor foreslå at den aktuelle bestemmelsen presiseres til å gjelde særrettigheter for kvinner knyttet til graviditet, fødsel og amming.

Departementet vil også foreslå at bestemmelsen uttrykkelig unntar særverntiltak i forbindelse med graviditet, fødsel og amming fra forbudet mot forskjellsbehandling. Som nevnt under pkt. 7.2.8 innfortolkes en slik adgang i dag i det generelle ulovfestede saklighetskravet knyttet til lovens § 3. Hensikten med den foreslåtte endringen er å få klart fram at likestillingsloven ikke er til hinder for særlige rettigheter og særverntiltak som har til hensikt å beskytte kvinnen under svangerskapet og rett etter fødselen, samt å verne om mor og barn i den første fasen etter fødselen.

Departementet vil imidlertid understreke at særverntiltak bare skal kunne gjennomføres med særlig hjemmel, for eksempel i lov, forskrift eller tariffavtale. Det foreslås at kravet til hjemmel uttrykkelig framgår av lovens ordlyd. En arbeidsgiver skal altså ikke kunne anvende unntaksadgangen til å omplassere en kvinne uten at dette har en særlig hjemmel.

Departementet foreslår på bakgrunn av dette at det gis en ny § 3a som gjelder adgangen til å anvende positiv særbehandling. Bestemmelsen skal også omfatte adgang til å gi særlige rettigheter og adgang til regler om særverntiltak i tilknytning til graviditet, fødsel og amming. Endringen innebærer at adgangen til å anvende positiv særbehandling ved opptak til utdanning utvi-

66) se Innst. O. nr. 55 (1977-78) s. 3.

des. Reglene om positiv særbehandling av menn utvides ikke på nåværende tidspunkt.

7.6.4 Om positiv særbehandling og distriktspolitikk

Som nevnt ovenfor under pkt. 7.5.2 var det noen høringsinstanser, blant annet Høgskolen i Finnmark, som ønsket endringer i reglene om positiv særbehandling for å kunne drive kjønnsspesifikk distriktspolitikk. I denne forbindelse vil departementet påpeke at likestillingsloven ikke tillater forskjellsbehandling av kvinner og menn på andre vilkår enn de som framgår av loven selv, heller ikke forskjellsbehandling med distriktspolitiske begrunnelser. Tiltak for å trekke kvinner til distriktene er i seg selv ikke likestillingstiltak. Positiv særbehandling som er begrunnet i likestilling, og som særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling i samfunnet, er tillatt i dag også når det gjelder likestilling i distriktene.

8 Lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi

8.1 Bakgrunn

8.1.1 Likelønn - lang tid på den politiske agendaen

Lønnsforskjeller mellom kvinner og menn er grundig dokumentert og registrert i alle data om lønn i Norge. I takt med utviklingen mot et likestilt samfunn har forskjellene blitt mindre. Lønnsgapet har likevel ikke forsvunnet. Til tross for at kvinner har satset på utdanning og fått et stabilt fotfeste i arbeidslivet, har vi fortsatt et betydelig lønnsgap mellom kvinner og menn. [67)]

Endringer i likestillingsloven har stått på agendaen siden regjeringen Brundtland la fram likestillingsmeldingen i 1992. [68)] Likelønn mellom kvinner og menn var et hovedsatsningsområde i det likestillingspolitiske arbeidet, og endringer i likelønnsbestemmelsen var ett av de spørsmål som ble drøftet i meldingen. Regjeringen Brundtland satte også ned Arbeidsvurderingsutvalget i 1995. Utvalget leverte sin innstilling i 1997 [69)] og flertallet foreslo blant annet enkelte endringer i likelønnsbestemmelsen. Først i 1999 ble imidlertid forslag til endringer i likestillingsloven sendt på høring. Endringer i likelønnsbestemmelsen var ett av forslagene som ble foreslått.

8.1.2 Lønnsutviklingen mellom kvinner og menn

Dersom en ser på arbeidsmarkedet *under ett*, har lønnsgapet mellom kvinner og menn vært nærmest uendret. Levekårsundersøkelsen [70)] viser at når en ser på alle heltidsarbeidende, utgjorde kvinners gjennomsnittlige timelønn 80,6 prosent av gjennomsnittlig timelønn for menn i 1996. Undersøkelsen fra 1991 viste en andel på 81,3 prosent. [71)]

Det tekniske beregningsutvalget for lønnsoppgjørene gir oversikter over lønnsutviklingen for kvinner og menn i en rekke bransjer. [72)] Ifølge disse oversiktene har det vært en tilnærming mellom kvinners og menns lønn innen de fleste bransjer på 1990-tallet. Dersom en ser på perioden 1990 til 1997/98 kan en se at tilnærmingen har vært sterkest i forsikring, varehandel, forretningsmessig tjenesteyting og for funksjonærene i NHO-bedrifter, dvs. de områdene hvor forskjellen i utgangspunktet var størst. I tillegg har tilnærmingen vært sterk for statsansatte.

Fra 1996 til 1997/98 var det en tilbakegang i kvinners gjennomsnittslønn i forhold til menns i kommunene og skolesektoren. I disse to sektorene utgjorde kvinnene litt over halvparten av arbeidstyrken. For statsansatte var det liten endring fra 1996 til 1997.

[67)] NOU 1997:10 s. 22.

[68)] St. meld. nr. 70 (1991 - 92).

[69)] Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn. NOU 1997:10.

[70)] Statistisk sentralbyrå: Levekårsundersøkelsene.

[71)] Timelønnen inkluderer overtidsbetaling.

[72)] Se for eksempel NOU 2000:25 s. 57 og 58.

Kvinners andel av menns lønn i kommunesektoren var 89,3 prosent i 1996 og 88 prosent i 1998. Det tekniske beregningsutvalget har delt inn de kommuneansatte i gruppene «behandling av klienter» og «forretningsdrift». I henhold til beregningsutvalgets oversikt skiller gruppen «behandling av klienter» seg ut med en stagnasjon i kvinners gjennomsnittlige årslønn som andel av menns lønn. Kvinners andel av menns lønn i denne gruppen var 75,2 i 1990, 76,9 i 1996 og 75,1 i 1997. Deretter har kvinners andel av menns lønn i denne gruppen holdt seg stabil på 75 prosent fram til og med 1999.

Analyser av de økte lønnsforskjellene mellom kvinner og menn i kommunesektoren fra 1996 - 1997 viser en sterkere lønnsvekst i de mannsdominerte gruppene med sykehusleger og ansatte i elektrisitetsverkene. Det viser seg også at nytilsatte menn hadde høyere lønnsnivå enn menn som gikk ut av kommunesektoren, mens det var omvendt for kvinner. I tillegg hadde flere menn enn kvinner rykket opp i en høyere lønnsrammekode. Statistikken for kommunene viser at menn i gjennomsnitt hadde en kraftig økning i faste og variable tillegg, mens kvinner ikke hadde noen tilsvarende økning. I gruppen «behandling av klienter» [73)] har dette ført til at hele tilnærmingen i lønn mellom kvinner og menn på 90-tallet ble reversert i 1997. Deretter har kvinners andel av menns lønn i denne gruppen holdt seg stabil på 75 prosent fram til og med 1999.

I 1996 tjente kvinner i skoleverket 94,4 prosent av hva menn tjente. I 1997 var forskjellen økt, og kvinners andel var sunket til 94,1 prosent. En grunn til dette er sannsynligvis at det ble flere lærere på de laveste klassetrinnene i skolen på grunn av 6-års reformen. Fra og med 1996 ble godtgjørelse for faste overtidstimer tatt ut av beregningsgrunnlaget for gjennomsnittlig månedsfortjeneste. Denne endringen trakk isolert sett opp kvinners relative lønn med ca. 1 prosentpoeng fra 1995 til 1996.

Årsaken til at tilnærmingen mellom kvinner og menn har vært svakere enn for enkeltgrupper kan blant annet skyldes at kvinners sysselsetting har økt mest i områder med lavt eller middels lønnsnivå. Generelt sett har lønnsveksten vært sterkere i privat enn i offentlig sektor på 90-tallet. En høyere andel kvinner jobber i offentlig sektor.

8.1.3 Hva skyldes lønnsgapet mellom kvinner og menn?

Det er foretatt en rekke analyser for å finne årsakene til lønnsforskjellene mellom kvinner og menn. Det er vanskelig å gi et entydig og enkelt svar, men forskningen gir noen indikasjoner.

En viktig forklaring på lønnsforskjellene mellom kvinner og menn er det kjønnsdelte arbeidsmarkedet, med flere kvinner i sektorer som relativt sett er lavt lønnet og flere menn i bransjer med høyere lønnsnivå. Kvinner og menn befinner seg også i stor grad i ulike deler av lønnshierarkiet. Lønnsnivået er lavest i næringer og yrker hvor en finner den høyeste andelen kvinner. Lønnsutviklingen har vært gunstigst for ansatte i privat sektor, spesielt for funksjonærer i NHO-bedrifter. Her arbeider en høy andel menn. Dersom kvinnedominert arbeid blir verdsatt lavere enn mannsdominert arbeid vil kjønn være en selvstendig forklaring på hvorfor arbeidsområder med høy kvinneandel løn-

[73)] Om lag 30 % av legene og 90 % av hjelpepleierne er kvinner.

nes lavere enn arbeid som er dominert av menn. Dette blir ofte omtalt som verdsettingsdiskriminering. [74)]

En annen mulig forklaring på lønnsforskjellene kan være at menn tjener mer enn kvinner fordi de har lengre utdanning og yrkeserfaring. Den lønnsutjevning som har funnet sted innad i de ulike næringene, kan til dels forklares med at utdanningsmønsteret har blitt mer likt for de to kjønn. Analyser av tallmaterialet fra Levekårsundersøkelsen [75)] som tar utgangspunkt i et materiale for hele arbeidsmarkedet, viser at når en tar hensyn til *utdanningslengde* og *yrkeserfaring,* øker kvinners gjennomsnittlige lønn fra 82,7 prosent til 84,4 prosent av menns lønn.

En analyse utført av Institutt for samfunnsforskning [76)] viste at i *staten* tjente kvinner 7,3 prosent mindre enn menn i gjennomsnitt når de hadde like lang utdanning, yrkeserfaring og ansiennitet. Det er videre undersøkelser som har vist ulik ansettelseslønn for kvinner og menn. Dette gjelder selv om de har samme type utdanning. Dette har vist seg å være en viktig årsak til lønnsforskjellene mellom kvinner og menn. Kvinner hadde i gjennomsnitt 6 prosent lavere ansettelseslønn enn menn når de hadde samme yrkeserfaring, utdanningslengde og arbeidstid. Det kan se ut som om kvinner tar igjen en del av dette gapet senere i karrieren. [77)]

Analyser av lønnsforskjeller mellom kvinner og menn i kommunesektoren viser at menn gjennomgående blir tilsatt i stillingskoder med høyere lønn enn kvinner. En undersøkelse fra 1994 viste et gjennomsnittlig lønnsgap mellom kvinner og menn på ca. 13 prosent. Lønnsgapet ble redusert til mellom 7 og 10 prosent når det ble kontrollert for utdanning, alder, ansettelsestid, deltid og permisjoner. Når det i undersøkelsen ble kontrollert for stilling, sank kjønnsforskjellene til 1 prosent eller mindre. [78)]

Både kommunal, statlig og privat sektor viser altså det samme mønsteret: Menn har i gjennomsnitt høyere lønn enn kvinner. Det er plassering i stilling som har størst betydning for lønnsforskjellene - ikke slike forhold som for eksempel utdanning, alder og ansiennitet. Kjønnsbaserte forskjeller som følge av ulik plassering i stilling mellom kvinner og menn blir betegnet som *stillingsdiskriminering*. Såkalt *verdsettingsdiskriminering* innebærer at lønnsforskjellene i stor grad følger det kjønnsdelte arbeidsmarkedet: Kvinnedominerte områder som for eksempel omsorgssektoren, har jevnt over lavere lønnsnivå enn tilsvarende mannsdominerte områder som for eksempel teknisk sektor, selv om kravet til utdanningslengde innen disse to sektorene er det samme.

[74)] NOU 2000:25 s. 53.

[75)] Statistisk sentralbyrå: Levekårsundersøkelsene.

[76)] Ragnhild Steen Jensen: Stillingsvurdering og likelønn i staten, ISF-rapport 94:21.

[77)] Pål Schøne: Lønnsforskjeller i staten; En analyse av ansiennitetstillegg, avkastning av utdanning og begynnerlønnsforskjeller, ISF-rapport 97:20.

[78)] Dette viser at den direkte diskrimineringen er liten. Dette forholdet er tilsvarende for statlig sektor. I privat sektor kan det se ut som om omfanget av den direkte diskrimineringen er noe større.

8.2 Gjeldende rett

8.2.1 Innledning

Kvinner og menn har etter likestillingsloven rett til lik lønn for arbeid av lik verdi. Med lik lønn menes at lønnen fastsettes på samme måte for kvinner og for menn, dvs. at normene for fastsettelse av lønn ikke skal være direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3. Likelønnsprinsippet er lovfestet i likestillingsloven § 5. Prinsippet følger også av det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering i likestillingsloven § 3. Lovens § 5 har selvstendig betydning ved siden av generalklausulen fordi bestemmelsen om likelønn gir en nærmere presisering av hvordan forbudet mot forskjellsbehandling skal forstås. Videre kan § 3 supplere likelønnsbestemmelsen i saker som ikke omfattes av § 5.

8.2.2 Arbeid av lik verdi - sammenlikning på tvers av faggrenser og tariffavtaler

I henhold til lovens § 5 skal «kvinner og menn i samme virksomhet (...) ha lik lønn for arbeid av lik verdi».

Kriteriet lik verdi reiser for det første spørsmål om hvordan arbeidene skal sammenliknes og hvilke momenter det kan eller skal legges vekt på. Vurderingen av om to arbeider har lik verdi knytter seg ikke til arbeidets verdi for arbeidsgiver, men om arbeidene etter en objektiv vurdering kan sies å ha lik verdi. Når det gjelder selve sammenlikningen mellom arbeidene for å finne ut om de er av lik verdi ble det i forarbeidene vist til NOU 1974:47 om Kvinneyrkers lønnsplassering innenfor offentlig virksomhet. I denne utredningen hadde utvalget foretatt en totalvurdering av en rekke yrker ved på skjønnsmessig grunnlag å sammenlikne faktorene utdanning, arbeidstid, arbeidsforhold, arbeidets ansvar og avansemuligheter. Departementet uttalte videre at det:

> «...vil tro at Klagenemnda for likestilling må nytte en framgangsmåte noenlunde i overensstemmelse med den framgangsmåte utvalget nyttet, men at faktorene som sammenliknes vil måtte variere fra arbeid til arbeid, samt vekten de ulike faktorene blir tildelt vil måtte variere.» [79)]

Vurdering om arbeidet er av lik verdi foretas i praksis ut fra en bred vurdering av stillingene, blant annet under hensyn til arbeidsoppgaver, ansvar, organisasjonsmessig plassering og nødvendig utdanning.

Markedsverdi trekkes i praksis ikke inn som del av vurderingen av om to arbeider har lik verdi. Det samme gjelder den enkelte arbeidstakers ansiennitet, utførelse av arbeidsoppgavene, tilleggsutdanning (som ikke er en nødvendig kvalifikasjon for stillingen), det vil si forhold som knyttes til den konkrete arbeidstaker, og ikke til stillingen. Slike forhold kan etter omstendighetene likevel lovlig begrunne ulik lønn til tross for at arbeidene har lik verdi, så framt dette i seg selv ikke er direkte eller indirekte diskriminerende. [80)] Dette følger av at loven bare omfatter forskjellsbehandling som direkte eller indirekte har sammenheng med kjønn.

[79)] Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 37.

[80)] jf. for eksempel Ombudets uttalelse i sak nr. 2000/61.

At lønnen er et resultat av forhandlinger, som eventuelt er nedfelt i tariffavtale, er heller ikke uten videre av betydning. Praksis er noe uklar med hensyn til hvordan en slik begrunnelse skal håndteres, men forutsetningen synes å måtte være at det sannsynliggjøres at lønnsfastsettelsesprosessen ikke i seg selv har vært diskriminerende.

Et annet spørsmål er hvilke sammenlikninger som kan danne grunnlag for et krav om likelønn etter § 5. Begrepet «arbeid av lik verdi» omfatter for det første arbeid som er identisk. Videre omfattes ifølge forarbeidene arbeid som har ytre likhetstrekk, selv om de ikke er identiske. [81)] Jo færre likheter det er mellom arbeidene, dess vanskeligere er det å si at arbeidene har lik verdi. Dette betyr at arbeid innen samme fag kan sammenliknes. Det har imidlertid vært mer usikkert om det generelt kan sammenliknes mellom arbeidstakere innen ulike fag, også i de tilfeller der det ikke er ytre likhet mellom arbeidsoppgavene.

I forarbeidene framgår det at departementet vurderte det slik at arbeid av lik verdi også burde kunne omfatte arbeid som ikke var identisk, eller i det vesentlige likt ytre sett. Det ble imidlertid framholdt at jo større ulikhetene var mellom arbeidene, dess vanskeligere ville det bli å si at arbeidene var «av lik verdi». Problemene en slik sammenlikning ville føre med seg, var medvirkende til at man den gang vek tilbake for sammenlikning på tvers av yrkesgrenser. Det var ifølge forarbeidene vanskelig å konstatere når ytre sett forskjellige arbeider etter en samlet vurdering av arbeidsforhold, nødvendig utdanning, ansvar, mv. burde lønnes likt. Man vurderte det på det tidspunktet heller ikke slik at internasjonale forpliktelser krevde rett til sammenlikning på tvers av faggrenser. Av forarbeidene framgår det imidlertid at man var oppmerksom på at likelønnsbestemmelsen ga begrensede muligheter til å løse problemet med lønnsforskjeller mellom kvinner og menn. Årsaken til dette var at lønnsforskjellene i stor grad henger sammen med den ulike verdsettingen av typiske kvinne- og mannsyrker. Det ble vist til at det ikke var lovens formål å løse generelle lavtlønnsproblemer. [82)]

På 1990-tallet har spørsmålet om sammenlikning mellom ulike fag ved flere anledninger vært behandlet i praksis. Likestillingsombudet legger generelt til grunn at arbeidstakere med ulik fagbakgrunn kan sammenliknes hvis det er likhetstrekk mellom arbeidsoppgavene, for eksempel hvis det er tale om lederfunksjoner. [83)] Klagenemnda tok i 1990 en avgjørelse om dette spørsmålet i en sak vedrørende lønn for en ledende sykepleier og en ledende ingeniør ansatt i Oslo kommune. [84)] Nemnda uttalte at selv om begge stillingene var tillagt viktige og betydelige lederfunksjoner, var ikke dette tilstrekkelig til å si at faget som ble utøvd var ledelse, dvs. samme fag. Stillingene kunne ikke løsrives fra sine fagmessige forankringer, og det var ikke mulig for sykepleiere og ingeniører å bytte stillinger seg i mellom. I en sak for Arbeidsretten samme år ble derimot sammenlikning av bioingeniørers og kjemiingeniørers lønn godtatt. Begge yrkesgruppene hadde ingeniørutdanning, men med ulike

[81)] Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 36.
[82)] Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 36 - 37.
[83)] se for eksempel Ombudets uttalelse i sak nr. 2000/61.
[84)] Klagenemndas saknr. 6 /1990.

linjefag. Etter en helhetsvurdering av arbeidsoppgavene, konkluderte Arbeidsrettens flertall med at bioingeniørene og kjemiingeniørene i dette tilfelle utførte arbeid av lik verdi. Retten uttalte:

> «Selv om de har ulik profesjonstilhørighet i utgangspunktet, er det her tale om arbeidstagere som arbeider ved siden av hverandre på de samme arbeidssteder, med felles oppgaver knyttet til aktiviteten i sykehuslaboratoriene. Det er (...) visse ulikheter i arbeidsoppgavene. Samlet sett kan grensene mellom dem likevel ikke sies å være entydige eller skarpe, og forskjellene er ikke betydelige.» [85)]

Arbeidsvurderingsutvalget fra 1997 konkluderte med at likestillingsloven åpner for sammenlikninger på tvers av faggrenser. [86)]

8.2.3 Avgrensingen til samme virksomhet

Sammenlikning av arbeid kan bare skje innenfor «samme virksomhet», jf. likestillingsloven § 5 første ledd. Det følger av forarbeidene at begrepet normalt skal fortolkes som «samme arbeidsgiver». [87)]

I forarbeidene skilles det mellom privat virksomhet, og mellom statlig og kommunal virksomhet. I det private næringslivet vil arbeidsgiveren være den som arbeidstakeren er ansatt hos. Det kan for eksempel være en fysisk person, et ansvarlig selskap eller et aksjeselskap. Hvem som regnes som arbeidsgiver, vil vanligvis falle sammen med hvem som i juridisk forstand betaler lønnen. Når det gjelder konsernforhold skal arbeidsgiverbegrepet ifølge forarbeidene brukes på vanlig måte, selv om selskapene er bundet sammen med felles eierinteresser og lignende. Hver virksomhet skal i disse tilfellene vurderes for seg. Det påpekes imidlertid at § 3 - generalklausulen - vil kunne supplere § 5 i spesielle tilfeller. Her siktes det antakelig til de tilfeller der flere virksomheter innenfor samme konsern driver i samme bransje. [88)]

Når det gjelder offentlig virksomhet, blir i utgangspunktet staten så vel som hver enkelt kommune ansett som én arbeidsgiver, så framt det ikke dreier seg om virksomheter som er skilt ut som egne rettssubjekter. [89)] Eksempler på egne rettssubjekter er statseide selskaper som for eksempel NRK og Statoil. Disse er juridiske subjekter med egne styringsorganer og ansvar for egen økonomi, og med selvstendig arbeidsgiveransvar. Disse skal hver for seg regnes som «én arbeidsgiver». Ansatte i de forvaltningsorganene som juridisk og økonomisk er en del av staten og hvor ansettelsesforhold reguleres av tjenestemannslovgivningen, anses derimot for å ha en og samme arbeidsgiver - staten. Til forvaltningsorganene regnes for eksempel universiteter og statlige sykehus.

[85)] Arbeidsrettslig domssamling 1990 s. 148.

[86)] NOU 1997:10 s. 134.

[87)] Begrepet «samme arbeidsgiver» ble i Stortinget endret til «samme virksomhet». Endringen var ifølge innstillingen kun redaksjonell, jf. Ot.prp. nr. 1 (1977-78) s. 48 og Innst. O. nr. 55 (1977-78) s. 14.

[88)] jf. Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 38 - 39 og Gudrun Holgersen: Likestillingsloven, Oslo 1984 s. 85.

[89)] Ot. prp. nr. 33 (1994 - 75) s 39.

Samme mønster gjør seg gjeldende innenfor den enkelte kommune og fylkeskommune. For kommunenes vedkommende er avgrensingen blitt nærmere presisert gjennom Klagenemndas avgjørelser. I Klagenemndas sak nr. 6/1990 ble det slått fast at en kommune må anses som én virksomhet i forhold til likestillingsloven § 5. Klagenemnda begrunner dette med uttalelser i forarbeidene til loven og viser også til det offentliges særlige ansvar for å fremme likestilling etter lovens § 1 annet ledd. Det innebærer at det er adgang til å sammenligne avlønning av ansatte i forskjellige etater innen en kommune. I det konkrete tilfellet som Nemnda behandlet dreiet det seg om en avdelingssykepleier og en avdelingsingeniør der begge var ansatt i Oslo kommune.

Da loven ble vedtatt ble det vurdert om man i stedet for å se staten og den enkelte kommune hver for seg som én virksomhet, skulle gå inn for at den enkelte etat i forvaltningsgrenene skulle regnes som én arbeidsgiver. [90] Denne måten å avgrense den enkelte virksomhet/arbeidsgiver på er sammenfallende med den avgrensing som blant annet brukes i Hovedavtalen i staten § 40. Selv om man valgte ikke å definere «samme virksomhet» på denne måten, ble det imidlertid antydet at det å se staten og kommunene hver for seg som én virksomhet i relasjon til likelønnsbestemmelsen kunne føre for langt. Det ble tatt inn en adgang til å vedta forskrifter med en nærmere avgrensing av arbeidsgiverbegrepet i statlig og kommunal sektor. Slike forskrifter er ikke vedtatt.

8.3 Internasjonale forpliktelser.

8.3.1 EØS-avtalen

Likelønnsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 69. Bestemmelsen springer ut av Romatraktaten artikkel 119 som er videreført i Amsterdamtraktaten artikkel 141. Innholdet av prinsippet om lik lønn mellom kvinner og menn er presisert i EF-domstolens praksis og i likelønnsdirektivet. [91] Etter likelønnsdirektivet artikkel 1 innebærer likelønnsprinsippet at:

> «...for samme arbeid eller for arbeid som tillegges samme verdi, skal all forskjellsbehandling på grunn av kjønn fjernes når det gjelder alle lønnsvilkår og lønnsfaktorer.»

EØS-avtalen artikkel 69 skal fortolkes tilsvarende, til tross for at den etter sin ordlyd kun omfatter samme arbeid. EF-domstolens praksis omkring Romatraktaten artikkel 119 og likelønnsdirektivet er viktige tolkningsmomenter i forhold til EØS-avtalens likelønnsprinsipp. Praksis omkring traktatens artikkel 141 må antakelig også tillegges betydelig vekt.

8.3.1.1 EØS-avtalen og sammenlikning på tvers av faggrenser

Etter EØS-avtalen er det i utgangspunktet opp til nasjonal rett å fastsette hvordan lik verdi skal vurderes, for eksempel om det skal tas i bruk arbeidsvurde-

[90] jf. Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 39.

[91] Rådsdirektiv 75/117/EØF av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføringen av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.

ringer. Ordlyden i EØS-avtalen artikkel 69 og i likelønnsdirektivet angir ikke hva som menes med «samme arbeid eller arbeid av samme verdi».

Spørsmålet om sammenlikning på tvers av faggrenser har imidlertid vært berørt i flere av EF-domstolens avgjørelser. Ut fra tidligere praksis kan det synes som om «samme arbeid eller arbeid av samme verdi» kan innebære sammenlikning på tvers av faggrenser, tariffavtaler og bransjer: Danfoss-saken (109/88) dreide seg om sammenlikninger mellom en laborantansatt og en kontoransatt. Generaladvokaten trakk i denne saken fram at når arbeidstakere har ulik bransjetilhørighet, vil forholdet ofte være at de ikke har samme verdi. Generaladvokaten utelukket imidlertid ikke sammenlikninger mellom arbeidstakere i ulike bransjer. I samme retning går Generaladvokatens uttalelser i Murphy-saken (157/86). I Enderby-saken (C-127/92) uttalte Generaladvokaten at stillinger som talepedagog og farmasøyt ikke var åpenbart usammenlignbare. Ifølge Generaladvokaten kunne det ikke legges til grunn en teoretisk sammenlikning av yrker, men man måtte se på det arbeidet som konkrete personer utførte. I Royal Copenhagen (C-400/93) og i Rummler-saken (237/85) synes domstolen ikke å utelukke sammenlikning på tvers av faggrenser. I et memorandum fra Kommisjonen om likelønn fra 1994, ble det på bakgrunn av denne praksisen uttrykt at sammenlikninger mellom faggrenser klart er en del av begrepet lik verdi. [92)]

I en nyere dom synes EF-domstolen likevel ikke å stille krav om sammenlikninger på tvers av faggrenser. Wien Gebietskrankenkasse (C-309/97) gjaldt avlønning av psykologer og leger som arbeidet som psykoterapeuter. Psykologene (en kvinnedominert yrkesgruppe) krevde samme lønn som legene (en mannsdominert yrkesgruppe). Spørsmålet for EF-domstolen var om det var tale om «samme arbeid» når arbeidstakere med ulike faglige kvalifikasjoner over et lengre tidsrom hadde samme stillingstype. Domstolen konkluderte med at to grupper arbeidstakere, hvis faglig utdannelse er ulik og som på grunn av dette utfører ulike arbeidsoppgaver eller funksjoner, ikke kan sies å befinne seg i en sammenlignbar situasjon.

Mye taler for å tillegge dommen begrenset betydning før ytterligere rettspraksis viser om den representerer et enkeltstående brudd i domstolens fortolkning eller om den markerer en kursendring. Uansett er denne dommen ikke til hinder for at vi i norsk rett opprettholder og eventuelt utvikler et regelverk som legger til grunn et krav om at det kan sammenliknes på tvers av faggrenser.

8.3.1.2 EØS-avtalen og avgrensingen til samme virksomhet

Ordlyden i EØS-avtalen artikkel 69 og likelønnsdirektivet avgrenser ikke sammenlikningen av arbeid til samme virksomhet eller arbeidsgiver. Ifølge Kommisjonens memorandum om likelønn fra 1994 er spørsmålet om hvilke arbeidstakere som faktisk kan kreve sin lønn sammenliknet, uavklart innen EF-retten. Spørsmålet har vært drøftet i EF-rettslig teori; noen mener at det EF-rettslige prinsippet bør forstås slik at det ikke utelukker sammenlikninger mellom ulike virksomheter eller mellom ulike arbeidsgivere, men andre er

[92)] The Commision of the European Communities: Memorandum on equal pay for work of equal value, COM(94) 6, s. 8 og s. 14.

mer forbeholdne og mener at man bare kan lese en utvikling i denne retning. Viktig grunnlag for synspunktene er den nedenfor refererte avgjørelse i en sak mellom Kommisjonen og Danmark.

De likelønnssaker som er avgjort i EF-domstolen, har dreid seg om sammenlikning av arbeid på bakgrunn av samme tariffavtale, eller arbeidstakere i samme virksomhet/hos samme arbeidsgiver. Domstolens uttalelser gir derfor ikke grunnlag for å trekke konklusjoner om hva domstolen måtte mene om saker med et videre sammenlikningsgrunnlag, dvs. på tvers av virksomheter og eventuelt arbeidsgivere.

Spørsmålet om avgrensing til samme virksomhet ble drøftet av Generaladvokaten i saken om Europakommisjonen mot Danmark (143/83). Saken gjaldt den danske likelønnsloven som lovfestet rett til lik lønn for samme arbeid på samme arbeidsplass. Spørsmålet til domstolen dreide seg egentlig om forståelsen av «samme arbeid». Generaladvokaten uttalte seg imidlertid også om lovens begrensninger til samme arbeidsplass. Han påpekte at dette var en overflødig begrensning: Den var språklig uklar og kunne misforstås slik at sammenlikninger mellom arbeidsplasser innen samme virksomhet ble utelukket (noe det ikke synes å være rettslig grunnlag for i dansk rett). Et annet forhold var at en slik avgrensing var problematisk fordi en tariffavtale omfattes av likelønnsprinsippet også hvis det er tale om ulike arbeidsgivere. Det må bemerkes at EF-domstolen lot spørsmålet stå åpent fordi Europakommisjonen ikke hadde gjort et slikt klagepunkt gjeldende.

På denne bakgrunn er det hevdet at holdbarheten av den norske lovens begrensning til samme virksomhet er usikker. [93)]

8.3.2 ILO-konvensjon nr. 100 [94)]

ILO-konvensjon nr. 100 krever at medlemsstatene fremmer prinsippet om «lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere for arbeid av lik verdi». ILO-konvensjonen definerer ikke arbeid av lik verdi, og stiller ingen krav til hvordan man skal fastslå om arbeid har lik verdi.

Fortolkningen av begrepet «arbeid av lik verdi» bør imidlertid ses i sammenheng med hensikten med konvensjonen, som er å gripe fatt i den lave verdsettingen av kvinnedominerte yrker. Dette tilsier en fortolking som krever sammenlikning på tvers av faggrenser.

ILO-konvensjonen begrenser ikke likelønnsprinsippet til bare å gjelde arbeid i samme virksomhet eller hos samme arbeidsgiver. I en uttalelse fra ILOs ekspertkomité fra 1986, pekes det på at det også må kunne sammenliknes på tvers av sektorer for å kunne endre den tradisjonelt lave verdsettingen av kvinneyrker. [95)] Dette må nødvendigvis også innebære sammenlikninger mellom ansatte i ulike virksomheter eller hos ulike arbeidsgivere.

---

93) Sak C-255/97 Pfeiffer v. Löwa Warenhandel GmbH [1999] ECR I-2835.

94) ILO-convention no. 100 convention concerning equal renumeration in employment and occupation (1951).

95) International Labour Office: Equal Remuneration. General Survey by the Committee of experts on the application of conventions and recommendations, International Labour Conference, 72 session, Genève 1986, pkt. 22.

8.3.3 FNs kvinnekonvensjon [96)]

FNs kvinnekonvensjon artikkel 11 nr. 1 d stiller krav om likebehandling med hensyn til vurdering av arbeidets karakter. Lav verdsetting av kvinners arbeid må etter konvensjonen regnes som diskriminering. CEDAW-komitéen, som overvåker statenes gjennomføring, anbefaler at statene utvikler og innfører arbeidsvurdering for å lette sammenlikningen mellom kvinne- og mannsdominerte yrker. [97)] Dette kan indikere at krav om likelønn skal kunne bygges på sammenlikninger på tvers av faggrenser.

Konvensjonens likelønnsbestemmelse begrenser ikke muligheten til sammenlikning til samme arbeidsgiver eller samme virksomhet.

Ved behandlingen av Norges siste rapport til CEDAW, uttrykte komitéen bekymring for lønnsforskjellene mellom kvinner og menn i Norge. [98)]

8.4 Nordiske lands lovgivning

Den svenske likestillingsloven omfatter arbeidstakere som utfører samme arbeid eller likeverdig arbeid hos samme arbeidsgiver. Retten til likelønn gjelder etter § 7 tredje ledd for arbeid som er å betrakte som like eller likeverdige. Hva som menes med likeverdig defineres i § 2:

> «Ett arbete är att betrakta som likvärdigt med ett annat arbete om det utifrån en sammantagen bedömning av de krav arbetet ställer samt dess natur kan anses ha lika värde som det andra arbetet. Bedömningen av de krav arbetet ställer skall göras med beaktande av kriterier såsom kunskap och färdigheter, ansvar och ansträngning. Vid bedömningen av arbetets natur skall särskilt arbetsförhållandena beaktas».

Bestemmelsen er en kodifisering av praksis. Det er arbeidet, og ikke arbeidstakeren, som skal vurderes.

Sammenlikningen kan etter den svenske loven foretas på tvers av faggrenser. Det svenske likestillingsombudet har de senere årene reist flere likelønnssaker basert på sammenlikning av arbeidstakere fra henholdsvis mannsdominerte og kvinnedominerte yrkesgrupper. Forut for sakene har Ombudet nedlagt stort arbeid i en vurdering og sammenlikning av de to arbeidene, noe domstolene også har gitt uttrykk for at de vil kreve når det dreier seg om faglig sett helt ulike arbeid. [99)]

I dansk rett er likelønn regulert i en særlov som er av eldre dato enn den generelle likebehandlingsloven. Likelønnsloven § 1 stk. 1 - 3 er den materielle bestemmelsen om lik lønn for arbeid av lik verdi:

> «Der må ikke på grund av køn finde lønmæssig forskelsbehandling sted i strid med denne lov.

---

96) FNs kvinnekonvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. desember 1979. Norge ratifiserte konvensjonen i 1981.

97) Contributions of the Committee to International Conferences. Report of the Committee on progress achieved in the implementation of the Convention. Note by the Secretariat, 14 November 1994, CEDAW/C/1995/7, pkt. 401.

98) Report of the Committee on the Elimination of discrimination against women (Fourteenth session), 31 May 1995, CEDAW A/50/38, pkt. 491.

99) Arbetsdomstolen 1996 nr. 41.

> Enhver arbejdsgiver skal yde kvinder og mænd lige løn, herunder lige lønvilkår, for samme arbejde eller for arbejde, der tillægges samme værdi.
>
> Bedømmelsen av arbejdets værdi skal ske ud fra en helhedsvurdering af relevante kvalifikationer og andre relevante faktorer».

Dansk likelønnslovgivning er utviklet under påvirkning av EF-retten. Kravet om at det skal ytes lik lønn - ikke bare for likt arbeid - men også for arbeid som kan tillegges samme verdi, kom inn i likelønnsloven etter at EF-domstolen i en avgjørelse konstaterte mangelfull gjennomføring av EFs likelønnsdirektiv i danske nasjonale rettsregler. [100] Retningslinjene for vurderingen av om to arbeid er av lik verdi, er til dels formulert som følge av avgjørelser i EF-domstolen. [101]

Likelønnsloven begrenset tidligere sammenlikningen til arbeid hos «samme arbeidsgiver». Før lovendringen var det en betingelse at arbeidsgiveren hadde ansatt både kvinner og menn for at forholdet skulle være omfattet av loven. Henvisningen ble tatt ut etter EF-domstolens avgjørelse i Danfosssaken (109/88), for å tydeliggjøre at også arbeidsgivere som kun har ansatt arbeidstakere av det ene kjønn, skal følge likelønnsbestemmelsen. Kravet om likelønn er således ikke begrenset til sammenlikninger mellom arbeidstakere ansatt hos samme arbeidsgiver.

Den finske likestillingsloven forbyr lønnsmessig forskjellsbehandling av enkeltarbeidstakere eller grupper av arbeidstakere som er ansatt hos samme arbeidsgiver «i samma eller likvärdigt arbete» (8 §). Det går fram av forarbeidene at grunnlaget for vurderingen av arbeidenes verdi skal være faktorer som utdanning, erfaring, arbeidsforhold og ansvar for utførelse av arbeidsoppgaver.

8.5 Forslaget i høringsnotatet

Departementet la i høringsnotatet vekt på at retten til likelønn ikke skal være til hinder for den frie lønnsdannelsen gjennom forhandlinger. Likestillingsloven og annen lovgivning (samt avtaler) setter imidlertid noen rammer for forhandlingene.

I høringsnotatet ble det påpekt at ansvaret for å fjerne kjønnsbaserte forskjeller i lønn i første rekke hviler på partene i arbeidslivet. Det ble vist til NOU 1997:10 der mulighetene for bruk av arbeidsvurdering som en del av forhandlingssystemet drøftes. Arbeidsvurdering er en systematisk metode som kan anvendes for å avgjøre om arbeider har lik verdi. Departementet foreslo ikke å innføre en plikt til å gjennomføre arbeidsvurdering. I høringsnotatet pekes det imidlertid på at arbeidsvurdering som virkemiddel kan være et viktig supplement til forhandlingsinstituttet, og at avtaler om bruk av kjønnsnøytral arbeidsvurdering vil kunne være et konkret og praktisk verktøy for gjennomføring av likelønn i arbeidslivet. Departementet gikk ut fra at dette særlig kan anvendes i lokale forhandlinger eller på virksomhetsnivå.

[100] Europakommisjonen mot Danmark 143/83.
[101] Rummler 237/85 og Danfoss 109/88.

Departementet foreslo derimot å presisere i lovteksten hvordan vurdering av arbeidets verdi skal skje, herunder hvilke momenter som skal legges til grunn. Det ble derfor foreslått å presisere i lovteksten at arbeidets verdi skal skje på grunnlag av en helhetsvurdering der det legges vekt på de kvalifikasjoner som er nødvendig for å utføre arbeidet samt andre relevante faktorer, som belastninger, ansvar og arbeidsforhold.

Det ble også foreslått å lovfeste adgangen til å sammenlikne arbeidets verdi på tvers av faggrenser eller tariffavtaler. Det ble derfor foreslått en presisering i lovteksten om at sammenlikningen av arbeid skal skje uten hensyn til at arbeidene hører til ulike fag eller reguleres i ulike tariffavtaler.

Departementet gikk ikke inn for å fjerne eller endre likelønnsbestemmelsens begrensning til samme virksomhet.

8.6 Høringsinstansenes syn

8.6.1 Arbeid av lik verdi - sammenlikning på tvers av faggrenser

Et stort flertall av høringsinstansene var positive til forslaget. Det gjelder samtlige arbeidstakerorganisasjoner, noen interesseorganisasjoner, de politiske partienes kvinneorganisasjoner, kvinnesaksforeningene, flere bispedømmeråd, flere forskningsmiljøer, fylkeskommuner og fylkesmenn. Flere arbeidstakerorganisasjoner pekte på at lovforslaget styrker muligheten for organisasjonen til å oppnå likelønn gjennom forhandlinger. Andre var mer reserverte, men sluttet seg til på grunn av internasjonale forpliktelser, som *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* og *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)*, eller fordi forslaget ikke innebærer en realitetsendring i forhold til dagens praksis.

Ni av høringsinstansene uttalte seg negativt. Det var i hovedsak arbeidsgiverforeninger, som *Norsk arbeidsgiverorganisasjon for virksomheter med offentlig tilknytning (NAVO), Kommunenes Sentralforbund (KS), Samvirkeforetakenes Forhandlingsorganisasjon (SamFo), Finansnæringens Arbeidsgiverforening* og *Norges Rederiforbund*. Også enkelte departementer og underliggende etater uttalte seg om dette (*Nærings- og handelsdepartementet, Kommunal- og regionaldepartementet, Sosial- og helsedepartementet,* samt *Luftfartsverket*). Disse pekte på hensynet til en fri lønnsdannelse gjennom forhandlinger. Andre stilte spørsmål ved om EØS-avtalen krever lovendring. *KS* hevdet at EF-domstolens praksis ikke er entydig med hensyn til sammenlikning på tvers av faggrenser og tariffavtaler. *Nærings- og handelsdepartementet* mente at forutsatt at Norge ikke er forpliktet, bør det ikke foretas realitetsendringer i § 5. *Norsk arbeidsgiverorganisasjon for virksomheter med offentlig tilknytning (NAVO)* mente at det er umulig å foreta en objektiv vurdering i forhold til begrepet «lik verdi», og at markedsverdi er en viktig parameter for lønnsfastsetting.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet hevdet at forslaget lett fører til bindinger i lønnsfastsettelsen som vil være uheldige og kan innebære lønnspress. Arbeidsrettens formann hevdet at høringsnotatet ikke gir særlig god forståelse av hva grunnlaget for fortolkningen av § 5 vil være.

Det var også noen instanser som mente at forslaget ikke går langt nok. Det gjelder særlig etterlysning av en mulighet for gruppesøksmål og at begrens-

ningen til «samme virksomhet» fortsatt ligger inne. *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* og *Fellesorganisasjonen for barnevernpedagoger, sosionomer og vernepleiere (FO)* mener loven bør åpne for vurdering av gruppesøksmål i forbindelse med lønnsdiskriminering.

8.6.2 Avgrensningen til samme virksomhet

Flertallet støttet departementet, og mente at staten og de enkelte kommunene må oppfattes som én virksomhet. Det gjaldt blant annet *LO, Akademikerne, Akademikernes Fellesorganisasjon (AF*) og *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)*. *LO* ønsket imidlertid at forskriftshjemmelen fjernes.

Et mindretall mente at det er problematisk å se staten som én virksomhet. Det gjaldt *HSH, Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Sosial- og helsedepartementet*og *Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet. HSH* mente virksomhetsbegrepet bør avklares bedre. *Arbeids- og administrasjonsdepartementet* pekte på den desentraliserte lønns- og personalpolitikken og mente å se problemer med hensyn til bevisbyrden når hele den statlige sektor skal regnes som én virksomhet, og til ansvarsforholdene når det reises erstatningssøksmål etter § 17.

Flere av høringsinstansene mente derimot at departementet ikke går langt nok i sitt forslag, og mener begrensningen til «samme virksomhet» må fjernes. Disse er *Norsk sykepleierforening, YS, Universitetet i Bergen, Norges Forskningsråd, Norsk Kvinnesaksforening, Kvinnefronten, Norske Kvinnelige Juristers Foreningog Juridisk rådgivning for kvinner,* samt *Utenriksdepartementet.*Også *AF*mente at det burde kunne sammenliknes mellom stillinger i ulike virksomheter. *AF* viste særlig til at det innenfor det kommunale tariffområdet burde være mulig å sammenlikne mellom kommuner.

Etter *Utenriksdepartementets* oppfatning var det grunn til å vurdere å fjerne begrensningen til «samme virksomhet» i likestillingsloven § 5 i lys av Norges folkerettslige forpliktelser. *Utenriksdepartementet*påpekte at Barne- og familiedepartementet foreslår å beholde virksomhetsbegrensningen, til tross for at det i høringsnotatet er opplyst at verken ILO-konvensjon nr. 100 om likelønn, FNs kvinnekonvensjon, Den europeiske sosialpakt eller Romatraktaten, Amsterdamtraktaten eller likelønnsdirektivet innenfor EF-/EØS-retten, har noen slik begrensning.

8.6.3 Lovfesting av faktorer som inngår i vurderingen av om arbeidet er av lik verdi

De fleste høringsinstansene støttet forslaget eller uttalte seg ikke spesielt om forslaget i høringsnotatet om en presisering av lovens uttrykk «lik verdi». *Likestillingsombudet* pekte på at forslaget bare vil innebære en kodifisering av dagens praksis. Hun viste til at både Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling lenge har lagt til grunn at det ikke er noe i veien for å sammenlikne arbeid som tilhører ulike fag, og hvor arbeidsvilkår og lønn er regulert i ulike tariffavtaler.

Hovedinnvendingen fra høringsinstansene var at oppregningen av kriteriene for vurdering av arbeidets verdi ikke er - og heller ikke må være - uttømmende. *NHO, Akademikerne*og *Sosial- og helsedepartementet* pekte på at dyktighet, markedsverdi og forhandlingsstyrke fortsatt må spille inn som kriterier

i lønnsfastsettingen. Det ble understreket at både lovteksten og forarbeidene til loven må ta høyde for slike forhold.

På den annen side påpekte *LO*og *FO* at vurderingen av arbeidet ikke skal knyttes til arbeidets verdi for arbeidsgiveren, men til en objektiv vurdering av innhold og vanskelighetsgrad i det arbeidet som utføres. Begrepet markedsverdi har ikke noe med arbeidsvurderingskriterier å gjøre og må tas ut av høringsnotatet, mener *LO*.

8.7 Departementets vurderinger og forslag

Departementets forslag til endringer i likelønnsbestemmelsen § 5 er i hovedtrekk sammenfallende med høringsnotatet.

8.7.1 Lønnen skal fastsettes uten hensyn til kjønn

Ved en feil var § 5 tredje ledd falt ut i høringsforslaget. Mange av høringsinstansene har gitt uttrykk for at bestemmelsen må beholdes. Bestemmelsen lyder:

> «Med lik lønn menes at lønnen fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.»

Departementet foreslår at § 5 tredje ledd flyttes og plasseres som nytt annet punktum i første ledd. Dette gir god sammenheng ved at første ledd da slår fast retten til lik lønn og videre at lønnen skal fastsettes uten hensyn til kjønn.

8.7.2 Arbeid av lik verdi - sammenlikning på tvers av faggrenser og tariffavtaler

Ifølge forarbeidene skulle plikten til sammenlikning av arbeid være begrenset til arbeid innen samme fag eller arbeid med vesentlige ytre likhetstrekk. Dette er etter departementets vurdering ikke tilstrekkelig til å ramme den diskriminering som grunner seg på ulik verdsetting av kvinne- og mannsyrker. Dersom likelønnsbestemmelsen skal være et godt og effektivt virkemiddel på et kjønnsdelt arbeidsmarked, må det være mulig å sammenlikne helt ulike yrker og fag. Det bør også tas i betraktning at det heller ikke er uvanlig at arbeidstakere i samme virksomhet omfattes av ulike tariffavtaler, slik at lønningene er fastsatt på grunnlag av separate forhandlinger.

Allerede i St. meld. nr. 70 (1991 - 92) ble det lagt fram forslag om å lovfeste adgangen til sammenlikninger på tvers av faggrenser. Dette forslaget fikk den gang bred støtte i Stortinget. Komitéen uttalte blant annet at det ideelt sett burde kunne oppnås likelønn gjennom forhandlinger, men erkjente at dette ikke er tilstrekkelig alene. Komitéflertallet støttet derfor forslaget om endringer i likelønnsbestemmelsen.

Endringsforslaget ble ytterligere aktualisert med EØS-medlemskapet, der Norge også forpliktet seg til å følge opp likelønnsprinsippet. Gjennom EF-domstolens fortolking av traktaten og likelønnsdirektivet er det fastlagt at prinsippet om lik lønn for arbeid av lik verdi også gjelder på tvers av tariffgrenser. Departementet vil også legge vekt på at det fram til EF-domstolens avgjørelse i Wien Gebietskrankenkasse i 1999 (C-309/97), var alminnelig antatt at det EF-rettslige likelønnsprinsippet innebar et krav om sammenlikning på

tvers av faggrenser. Etter departementets syn bør det uansett være adgang til å sammenlikne på tvers av faggrenser så lenge dette synes å være et krav etter ILO-konvensjon nr. 100 og FNs kvinnekonvensjon.

Arbeidsvurderingsutvalget vurderte blant annet konsekvensene av EØS-medlemskapet for likestillingslovens utforming. Utvalget slo fast at loven praktiseres i samsvar med EØS-rettslige krav, men mente det ville være hensiktsmessig å tydeliggjøre adgangen til sammenlikning på tvers av faggrenser for å sikre en effektiv håndheving av bestemmelsen. Utvalget konkluderte i NOU 1997:10 s. 134:

> «Utvalget legger til grunn at internasjonale forpliktelser tilsier at Lov om likestilling mellom kjønnene praktiseres slik at det er mulig å sammenligne arbeid på tvers av fag- og yrkesgrenser og på tvers av fagforeningsgrenser. Dette vil ikke medføre behov for revisjon av lovteksten, men av pedagogiske grunner kan dette være hensiktsmessig.»

Likestillingsombudet har tidligere signalisert at hun vil tolke og praktisere loven i samsvar med den forståelsen Arbeidsvurderingsutvalget la til grunn.[102] I sin høringsuttalelse blir det således vist til at dette legges til grunn i praksis ved Ombudet og Klagenemnda.

På denne bakgrunn ønsker departementet å endre likestillingsloven § 5 slik at bestemmelsen klargjør og presiserer at kravet om lik lønn for arbeid av lik verdi gjelder på tvers av fag- eller tariffgrenser, ved at arbeidstakere har krav på å få sin lønn sammenliknet på tvers av disse grensene.

Det understrekes at man ikke anser at forslaget til endring i lovteksten innebærer endringer i realiteten, men er en klargjøring av det faktiske innholdet i bestemmelsen slik den må fortolkes i lys av Likestillingsombudets og Klagenemndas praksis, samt Norges internasjonale forpliktelser.

I forslaget til ny ordlyd framgår det klart at arbeidstakerne har krav på lik lønn selv om de har ulik faglig tilknytning eller tariffavtale, så framt arbeidet er av lik verdi. Sammenlikning av arbeid på tvers av faggrenser vil nemlig i praksis også kunne innebære sammenlikning av arbeid på tvers av fagforenings- eller tariffavtalegrenser. Uten en slik adgang ville det neppe ha noen større praktisk betydning å kunne sammenligne på tvers av faggrenser. En slik begrensning ville dessuten være i konflikt med den forståelsen av likelønnsprinsippet som er lagt til grunn ved EF-domstolen, blant annet i Enderby-saken (C-127/92).

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. Dette henger sammen med reglene i likestillingsloven § 14 som regulerer håndhevingen av loven på tariffrettens område, se kapittel 10. Det følger av lovens ordning at sammenlikning på tvers av tariffavtaler bare kan forekomme i sammenheng med konkrete ansettelsesforhold. Det samme gjelder sammenlikninger mellom arbeid der lønnen er fastsatt på grunnlag av tariffavtale og arbeid der lønnen er fastsatt på andre måter.

---

[102] Likestillingsombudets brev av 10. juni 1997 til Barne- og familiedepartementet.

Rent praktisk vil sammenlikning av arbeid i medhold av § 5 derfor skje på et individuelt nivå. Det vil si at sammenlikningen skjer mellom arbeid som utføres av bestemte arbeidstakere, og at avgjørelser eller uttalelser fra Likestillingsombudet eller Klagenemnda, eventuelt av en alminnelig domstol, bare vil ha direkte virkning for disse arbeidstakerne. En avgjørelse om at to arbeid er av lik verdi, og at det må skje en justering av lønnen for ett av arbeidene, vil altså ikke få direkte betydning for alle arbeidstakere med tilsvarende arbeid, men kun for arbeidstakerne som er sammenlignet i den konkrete saken.

Retten til sammenlikning gjelder dermed ikke for ubestemte grupper av arbeidstakere, som for eksempel en hel yrkesgruppe. 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.

Departementet foreslo i høringsnotatet at uttrykket «lik lønn for arbeid av lik verdi» skulle erstattes av uttrykket «lik lønn for samme arbeid eller arbeid av samme verdi». Utenriksdepartementet viste til Amsterdamtraktatens artikkel 141 som bruker begrepet «samme arbeid eller arbeid av samme verdi» og mente at også «samme arbeid» bør tas inn lovteksten.

Departementet er imidlertid enig med de høringsinstansene som påpeker at begrepet «lik lønn for arbeid av lik verdi» er innarbeidet, og at man ikke bør endre det. Departementet er i tillegg av den mening at lovteksten uttrykkelig bør slå fast at retten til lik lønn gjelder både «samme arbeid» og «arbeid av lik verdi». På denne måten knytter man lovteksten klart opp til gjeldende rett, og til formuleringen i EØS-avtalen.

8.7.3 Anbefaling om bruk av arbeidsvurdering

Gjennomføring av lik lønn for arbeid av lik verdi forutsetter en vurdering av de aktuelle arbeidene med henblikk på om de faktisk er av lik verdi. Departementet anbefaler arbeidsvurdering som virkemiddel for å oppnå lik lønn for arbeid av lik verdi. Departementet foreslår imidlertid ikke å lovfeste en plikt til arbeidsvurdering.

Ordlyden i likestillingsloven gir i dag ingen veiledning om kriterier eller retningslinjer for vurderingen. I tråd med ILO-konvensjon nr. 100 artikkel 3 og forarbeidene til konvensjonen skal vurderingen av arbeidet ifølge forarbeidene til likestillingsloven ikke knytte seg til arbeidets verdi for arbeidsgiveren, men til en objektiv vurdering av innholdet og vanskelighetsgraden i det arbeidet som skal utføres. Det er altså arbeidsoppgavene, og ikke hvordan arbeidstakeren utfører arbeidet, som skal danne grunnlaget for vurderingen. Sammenlikningen av arbeidene skal skje ved en skjønnsmessig totalvurdering hvor den enkelte faktoren som kjennetegner arbeidet skal trekkes fram og sammenliknes faktor for faktor. Om hvilke faktorer som bør dras inn heter det i forarbeidene:

> «Av faktorer som er med på å beskrive et arbeid og som det kan være nødvendig å vurdere, skal eksempelvis nevnes arbeidsforholdene, nødvendig utdanning, ferdigheter og erfaring, ansvar forbundet med arbeidet osv.» [103)]

Etter EØS-avtalen er det i utgangspunktet opp til nasjonal rett å fastsette hvordan lik verdi skal vurderes, for eksempel om det skal tas i bruk arbeidsvurderinger. Avtalen stiller ikke krav om arbeidsvurdering. EF-domstolen har imidlertid i enkelte saker uttalt seg om hvordan arbeidsvurderinger skal gjennomføres, dersom disse legges til grunn for lønnsfastsettelsen. I Rummler-saken (237/85) uttalte domstolen at det ved arbeidsvurderinger skal legges vekt på både ferdigheter som kvinner har bedre forutsetninger for å oppfylle, og på ferdigheter som menn har bedre forutsetninger for å oppfylle, for eksempel både fingerferdigheter og fysisk styrke. Forutsetningen er at disse ferdighetene er nødvendige for arbeidets utførelse. I Danfoss-saken (109/88) ble det presisert at de kriterier som legges til grunn ved vurderingen må ha relevans for det konkrete arbeid, og at *alle* vesentlige elementer i det konkrete arbeidet skal være gjenstand for vurdering. Således kan et arbeidsvurderingssystem ikke være utformet slik at det legger vekt på bare visse sider ved et arbeid og ikke på andre.

Departementet vil vise til at det internasjonalt er utviklet og gjort erfaringer med flere systemer for arbeidsvurdering. I land som USA, Storbritannia og Canada har man operert med ulike typer arbeidsvurderingssystemer i flere tiår. I Norden er det særlig Finland som har utviklet dette området.

Arbeidsvurderingssystemer har derimot ikke vært tatt i bruk systematisk eller i større skala her i Norge, selv om industrien utarbeidet og til en viss grad tok i bruk slike systemer i 1950- og 60-årene. Likestillingsombudet har imidlertid benyttet en enkel variant av et arbeidsvurderingssystem i sin saksbehandling på likelønnssaker. Dette systemet er i første rekke en sjekk på om man ved lønnsfastsettelsen har vurdert en rekke nærmere angitte faktorer. De faktorene som inngår er blant annet arbeidsoppgavene, utdanning og praksis som er relevant for arbeidet, ansvar (for personale, budsjett, ledelse, resultatoppnåelse m.m.) og arbeidsforhold (belastninger, støy, smuss, tunge løft m.m.).

Arbeidsvurderingsutvalget, som var et offentlig utvalg med bred partsrepresentasjon, fikk i 1996 i oppdrag å utvikle en enkel metode for arbeidsvurdering. I 1997 leverte utvalget sin innstilling med en grundig gjennomgang av likelønnsproblematikken og internasjonale erfaringer med arbeidsvurderingssystemer. [104)] Utvalget konkluderte med at arbeidsvurdering kan være et godt virkemiddel for likelønn. Som vedlegg til innstillingen presenterte utvalget et forslag til retningslinjer for kjønnsnøytral arbeidsvurdering.

På bakgrunn av Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling vil departementet peke på hensiktsmessigheten av å bruke arbeidsvurdering som virkemiddel i forhandlingene for å oppnå lik lønn for arbeid av lik verdi, og som et konkret hjelpemiddel i de enkelte tilfeller av sammenlikning ved håndhevingen av likelønnsprinsippet. Departementet vil imidlertid ikke foreslå å lovfeste en plikt til arbeidsvurdering.

[103)] Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 36.

[104)] NOU 1997:10 «Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn».

8.7.4 Lovfesting av faktorer som inngår i vurderingen av om arbeidet er av lik verdi

Departementet foreslår å lovfeste sentrale faktorer som skal inngå i vurderingen av om arbeidet er av lik verdi. Dette kan skape en enhetlig praksis med hensyn til vurdering av arbeid. Departementet påpeker at listen ikke skal være uttømmende.

Lovteksten bør etter departementets vurdering få fram at arbeidene som sammenlignes skal være gjenstand for en helhetsvurdering, der alle faktorer som har betydning for det konkrete arbeidets utførelse bør inngå i vurderingen. Det betyr for det første at alle faglige kvalifikasjoner og egenskaper som må til for å utføre arbeidet på den forutsatte måten, samt ansvar, belastninger osv. som dette medfører, bør tas i betraktning. Dette skal hindre at faktorer som først og fremst tilgodeser det ene kjønn blir framherskende i vurderingen av arbeidet. Det betyr for det andre at det er den totale summen av disse kvalifikasjonene, egenskapene osv. som bør være avgjørende for om arbeidet er av lik verdi. Det er altså ikke gitt at det arbeidet som krever lengst utdanning med nødvendighet er mer verdt enn det som krever en kortere utdanning.

Det vil ikke være hensiktsmessig å nevne andre enn de mest sentrale sammenlikningsfaktorene i selve lovteksten. Det vil heller ikke være ønskelig da en detaljert opplisting vil kunne gi inntrykk av å være uttømmende, og dermed stå i veien for fleksibilitet og tilpasning til de konkrete sammenlikningstilfellene. Heller ikke vil hver av de faktorene som foreslås nevnt i lovteksten nødvendigvis være aktuelle i den konkrete vurdering.

Departementet har lagt stor vekt på at de sentrale organisasjonene i arbeidslivet har anbefalt at Arbeidsvurderingsutvalgets kriterier nyttes i lovteksten. De sentrale faktorene i verdivurderingen vil være: kompetanse, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold. I faktoren kompetanse ligger både fagkunnskaper og ferdigheter. Ved vurdering av hvilke fagkunnskaper som er relevante for arbeidet må det blant annet tas hensyn til både bredde (generalistkompetanse) og spisskompetanse. Her kommer utdanning og erfaring inn som indikatorer. På ferdighetssiden vil det være aktuelt både å se hen til arbeidets krav til instrumentelle ferdigheter, fysiske og sosiale ferdigheter, men også krav til initiativ og kreativitet. Under vurderingen av faktoren anstrengelse må en se på fysiske og psykiske/emosjonelle anstrengelser. Ansvar vil kunne omfatte ansvar for så ulike ting som utstyr, prosess, produkter, sikkerhet og ledelse. Under faktoren arbeidsforhold vil en typisk vurdere ubekvemme arbeidsforhold (støv, smuss) og risiko. Faktorene skal fortolkes på bakgrunn av Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling.

Forhold 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. Dette følger av defi-

nisjonen på indirekte diskriminering og av bevisbyrderegelen. Forutsetningen må være at begrunnelsen ikke er direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3.

Markedsverdi *kan* således være en grunn til å lønne arbeidstakere forskjellig. Det avgjørende må være i hvilket omfang det er mangel på søkere, og om det er nødvendig å bruke lønn som virkemiddel. Dette må bety at 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. Her kan det blant annet vises til EF-domstolens avgjørelse i Enderby-saken (C-127/92) og Klagenemndas saker nr. 6/2000 og nr. 2/2001. I forhold til ansiennitet har EF-domstolen i Nimz-dommen (C-184/89) krevet at vektlegging og beregning av ansiennitet skal være objektivt begrunnet ut fra en vurdering av det konkrete tilfellet. Her skulle det særlig legges vekt på forholdet mellom arbeidsoppgavenes karakter og den erfaring som følger av utførelsen av arbeidsoppgavene etter et visst antall timer.

Flere høringsinstanser har pekt på at lønnsnivået gjerne er et resultat av forhandlinger sentralt eller lokalt. Departementet vil påpeke at likelønnsprinsippet nødvendigvis må sette noen rammer for lønnsdannelsen. Departementet viser til at det er et formål med likestillingsloven å endre tradisjon, strukturer og praksis som innebærer forskjellsbehandling. Det at lønnen er forhandlet fram og eventuelt nedfelt i en tariffavtale, er derfor ikke uten videre avgjørende i relasjon til likelønnsprinsippet. Departementet viser til de krav som stilles til arbeidsgivers begrunnelse i norsk og EF-rettslig praksis. [105)]

Departementet vil ikke lovfeste eller endre de prinsipper som er utviklet i norsk og EF-rettslig praksis i relasjon til vektlegging av individuelle forhold, markedsverdi og forhandlinger i lønnsfastsettelsen. Departementet vil overlate til praksis å utvikle disse prinsippene.

8.7.5 Avgrensingen til samme virksomhet

Departementet har vurdert om begrensningen til samme virksomhet i § 5 skal tas bort eller endres. I samsvar med høringsnotatet foreslår departementet å beholde begrensningen.

8.7.5.1 Oppheve avgrensingen til samme virksomhet?

Norges internasjonale forpliktelser er et tungtveiende argument mot å beholde avgrensingen i likestillingsloven. Begrensning til samme virksomhet finnes ikke i de internasjonale forpliktelsene Norge er bundet av. Å ta bort virksomhetsbegrensningen ville kunne være et ledd i arbeidet med å innarbeide FNs kvinnekonvensjon i norsk rett. Danmark har fjernet begrensningen til «samme virksomhet» i likelønnsloven nettopp for å tilpasse seg det de mener er gjeldende EØS-rett. Det er imidlertid ingen klare avgjørelser i EF-domstolen om dette, og spørsmålet er fortsatt omdiskutert i EF-rettslig teori.

Departementet erkjenner at det er et problem i arbeidet for likelønn at sammenlikninger begrenses til samme virksomhet, fordi kvinne- og mannsdominerte stillinger ofte er representert i forskjellige virksomheter. Dette gjel-

---

[105)] For eksempel EF-domstolen i Royal Copenhagen C-400/93, Enderby C-127/92 og Kowalska C-33/89.

der særlig i privat sektor. I offentlig sektor har virksomhetsbegrensningen i likestillingsloven derimot ikke så stor innvirkning på mulighetene til å sammenligne kvinne- og mannsdominerte stillinger, så lenge staten og de enkelte kommunene anses som samme virksomhet.

På grunn av de uklarheter som fortsatt eksisterer rundt fortolkingen av det EF- og EØS-rettslige regelverket på området, vurderer departementet det som lite hensiktsmessig å foreslå å ta bort henvisningen til «samme virksomhet». Departementet vil også vise til generalklausulen i § 3 som utfyller særregelen i § 5. Dette betyr at retten til likelønn ikke nødvendigvis avskjæres hvis det er tale om arbeidstakere ansatt i ulike virksomheter, for eksempel hvis det påstås at bestemmelser om lønn i en tariffavtale er i strid med lovens diskrimineringsforbud.

8.7.5.2 Innsnevring av virksomhetsbegrepet i statlig sektor?

Departementet har også vurdert forslaget om å innsnevre virksomhetsbegrepet i § 5. Forslaget har særlig vært relatert til statlig sektor.

Dette ble blant annet tatt opp av et mindretall i Arbeidsvurderingsutvalget, som mente at man ved håndhevingen av likestillingsloven ikke kan legge til grunn en forståelse av staten som én arbeidsgiver. Det ble vist til definisjonen av begrepet «virksomhet» i statlig sektor slik det framgår av Hovedavtalen i staten § 40. Mindretallet mente at virksomhetsbegrepet for statlig sektor bør vurderes nærmere og eventuelt avgrenses i en forskrift til likestillingsloven.[106)]

Departementet vil ikke foreslå en slik innsnevring av virksomhetsbegrepet. Det ville innebære en utvikling i motsatt retning av hva man synes å se internasjonalt og i de øvrige nordiske land. Etter departementets syn ville det også være et negativt signal i arbeidet for likelønn om en begrenset i stedet for utvidet mulighetene til sammenlikning av arbeid innenfor statlig sektor.

Departementet vil imidlertid følge nøye med hvilke konsekvenser retten til sammenlikning på tvers av faggrenser får, sett i sammenheng med virksomhetsbegrepet i statlig sektor. Man vil også se an utviklingen i internasjonal rett i forhold til virkeområdet for retten til sammenlikning på tvers av faggrenser.

Departementet ønsker derfor å opprettholde forskriftshjemmelen i § 5 femte ledd med tanke på at det som et resultat av utviklingen kan vise seg ønskelig å ta den i bruk på et senere tidspunkt.

---

106) NOU 1997:10 «Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn» s. 135.

9 Seksuell trakassering

9.1 Bakgrunn

Seksuell trakassering er en relativt ny betegnelse på et gammelt problem. Seksuell trakassering kom på den politiske dagsorden på 1970-tallet, først i USA og deretter i Europa. I Norge har det blitt forsket på seksuell trakassering først og fremst på 1990-tallet.

I forskningslitteraturen defineres seksuell trakassering gjerne som «uønsket seksuell oppmerksomhet» eller «uønskede seksuelle tilnærmelser». [107)]

Ved å definere seksuell trakassering som uønsket seksuell oppmerksomhet, unngår man at den som trakasserer kan befri seg ved å si at han ikke oppfattet handlingen som seksuelt trakasserende. Seksuell trakassering kan deles inn i tre hovedgrupper: Verbal, ikke-verbal og fysisk trakassering. Verbal trakassering er for eksempel nærgående kommentarer om kropp, klær eller privatliv, «spøk» med seksuelle undertoner, og forslag eller krav om seksuelle tjenester eller seksuelt forhold. Ikke-verbal seksuell trakassering kan for eksempel være nærgående blikk, blotting, visning av bilder eller gjenstander med seksuelle undertoner. Fysisk trakassering er for eksempel uønsket berøring, «plukking», voldtektsforsøk eller voldtekt. [108)] Felles for de ulike variantene av seksuell trakassering er at de oppleves som overgrep mot den enkeltes personlige integritet.

Selv om det hender at også menn blir trakassert, av andre menn eller av kvinner, viser forskningen at seksuell trakassering først og fremst er noe som kvinner utsettes for av menn, og i ulike sosiale sammenhenger - på jobben, på skolen, på gaten, osv. [109)] Det er for øvrig lite forskning knyttet til seksuell trakassering mot menn.

Forskning viser at seksuell trakassering kan ha svært alvorlige følger både for den det går ut over, og for organisasjonen eller det psykososiale arbeidsmiljøet som den enkelte er en del av. Vanlige følger er psykiske lidelser som angst, depresjoner og fysiske stressreaksjoner. I en rekommandasjon fra 1991 [110)] påpeker Europakommisjonen at seksuell trakassering forgifter arbeidsmiljøet, og kan ha en svært ødeleggende effekt for helsen, selvtilliten, arbeidsmoralen og prestasjonene til dem som blir rammet. Dette kan igjen føre til arbeidsmessige konsekvenser som sykefravær, redusert produktivitet, eller at den utsatte slutter og begynner i annen jobb. Også arbeidskolleger som er vitne til seksuell trakassering kan oppleve negative konsekvenser. Økt sykefravær og ineffektivitet vil videre få direkte følger for virksomhetens produkti-

[107)] Fasting og Sundgot-Borgen: «Kvinner, Eliteidrett og Seksuell Trakassering». Olympiatoppen, Kvinneprosjektet 2000.
[108)] Sissel Frøberg og Rønnaug Sørensen: «STOPP seksuell trakassering på jobben» Oslo, 1992 s. 19.
[109)] Liv-Jorunn Kolnes: «Seksuell trakassering i idretten». I: *Idrettsmedisin, 1999* s. 21-24.
[110)] 92/131/EEC. Se også omtalen under pkt. 9.4.

vitet. Kommisjonen understreker at generelt sett innebærer seksuell trakassering et hinder for at kvinner blir integrert i arbeidsmarkedet på lik linje med menn.

Forskningen viser at seksuell trakassering er et stort problem på mange samfunnsområder. I tillegg til å utgjøre et omfattende problem på arbeidslivets område, er seksuell trakassering utbredt både i idrettsmiljøer, på skoler og universiteter, blant barn og unge, i foreningsliv og i pasient/klient/kundeforhold.

Europakommisjonen viser i sitt direktivforslag om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF (likestillingsdirektivet) [111] til utredningen «Sexual harassment at the workplace in the European Union, 1999» som gir en oversikt over medlemslandenes undersøkelser på dette feltet i perioden 1987-1997 (74 stk). Basert på dette materialet anslår Kommisjonen at mellom 40 og 50 prosent av kvinnelige arbeidstakere har opplevd en eller annen form for seksuell trakassering. [112]

En telefonundersøkelse MMI gjennomførte i 1992 viste at én av fem kvinner har vært utsatt for seksuell trakassering i løpet av sitt yrkesaktive liv, og at en av ti hadde dette som et aktuelt problem. Én av hundre oppga at de mente å ha fått avslag på en jobbsøknad fordi de reagerte negativt på seksuelle krav eller hentydninger. Like mange oppga at de hadde sluttet i en jobb på grunn av seksuell trakassering. [113]

En svensk kartlegging fra 1986-87 av seksuell trakassering i arbeidslivet (FRID-A-prosjektet) omfattet 4000 fagorganiserte kvinner i fem forskjellige LO-forbund (Landsorganisationen) og fem TCO-forbund (Tjänstemannens Central Organisation). Halvparten avga svar, og av dem hadde 17 prosent vært utsatt for seksuell trakassering. Som seksuell trakassering anså man «varje slag av ovälkommet sexuellt uppträdande i ord eller handling». [114] De mest omfattende kartlegginger er foretatt i USA, og her er konklusjonen at 50 prosent av kvinnene har vært utsatt for seksuell trakassering.

Fasting/Sundgot-Borgen (2000) har gjennomført en spørreskjemaundersøkelse [115] med sikte på blant annet å avdekke forekomsten av seksuell trakassering blant kvinnelige eliteidrettsutøvere og å sammenlikne denne med en gruppe kvinner som ikke er eliteidrettsutøvere.

Undersøkelsen indikerer at over halvparten av deltakerne i undersøkelsen har opplevd en eller annen form for seksuell trakassering. Undersøkelsen viser at seksuell trakassering i stor grad også forekommer utenfor idrett, arbeid eller studiesituasjonen.

En undersøkelse fra 1994 om forekomsten av uønsket seksuell oppmerksomhet i studie- og forskningsmiljøene ved HF-fakultetet ved Universitetet i

---

[111] KOM(2000) 334 s. 5.

[112] Hvilke definisjoner de ulike undersøkelsene har lagt til grunn framgår ikke av KOM(2000) 334. Det registrerte omfanget av seksuell trakassering vil kunne variere etter hvordan seksuell trakassering er definert.

[113] Tall fra St.meld. nr. 70 (1991-92) «Likestillingspolitikk for 1990-åra».

[114] «Sexuella trakasserier mot kvinnor i arbetslivet» s. 6. Stockholm: JämO 1987.

[115] Fasting og Sundgot-Borgen (2000): «Kvinner, Eliteidrett og Seksuell Trakassering». Olympiatoppen, Kvinneprosjektet 2000. Rapporten utgjør undersøkelsens del 1. Del 2 omfatter en intervjuundersøkelse, men disse resultatene er ikke tatt med i denne rapporten.

Oslo viste at til sammen 11 prosent av stipendiatene og hovedfagsstudentene hadde opplevd seksuell trakassering fra foreleser eller veileder. [116] Seksuell trakassering forekommer også studentene imellom.

Undersøkelser viser at seksuell trakassering, overgrep og kjønnsmobbing er utbredt blant ungdom. Svenske undersøkelser viser at halvparten av jentene blir utsatt for seksuell trakassering på skolen, og at enda flere opplever det i fritiden.

Seksuell trakassering kan også være et problem i forholdet mellom lege og pasient, psykolog og klient [117] , og advokat og klient.

Seksuell trakassering må betraktes som et kollektivt strukturelt og kulturelt problem, og ikke som et individuelt problem. Arbeidet med å redusere forekomsten av seksuell trakassering er både et ledd i likestillingsarbeidet og et ledd i forbedringen av det psykososiale arbeidsmiljøet. Kolnes (1999 s. 1) viser til at utforskningen av seksuell trakassering sammenfaller med nyere studier av arbeidslivets seksuelle organisering. I teorien argumenteres det for at seksualitet i arbeids- og organisasjonslivet ikke må betraktes som et personlig eller privat anliggende, men som et organisatorisk fenomen som må studeres og analyseres på linje med andre organisasjonsmessige forhold. Frøberg/Sørensen (1992 s. 9) uttaler at hvem du er, har lite å si for risikoen, selv om det er klart flest kvinner blant de utsatte. Arbeidsmiljøet har derimot stor betydning. For eksempel kan seksuell trakassering lettere oppstå der arbeidsmiljøet preges av en grov omgangstone med seksuelle undertoner, eller hvor man pålegger bruk av uniformer som kan virke seksuelt utfordrende.

For å få bukt med seksuell trakassering er det viktig med åpenhet og synliggjøring av problemet, nedbryting av tabuer, og bevisstgjøring om hvilke konsekvenser seksuell trakassering kan få for den utsatte, for miljøet og for bedriften hvor den seksuelle trakassering skjer i arbeidslivet.

Det er viktig at den som utsettes for seksuell trakassering har et sted å henvende seg med problemet. Dette vil bidra til å synliggjøre at problemet eksisterer i organisasjonen. Mange lever med problemet i det skjulte, og for at man skal få avdekket problemene må man ha et system med klare og enkle rapporteringsprosesser, der klager blir behandlet raskt og diskret. Det er viktig at organisasjonen griper fatt i problemet og ikke trivialiserer det, slik at den utsatte får tillit til at problemet vil bli behandlet skikkelig, og at vedkommende ikke behøver å være redd for uformelle represalier.

Også preventive tiltak er viktig i kampen mot seksuell trakassering. Her kan utforming av handlingsplaner og etiske retningslinjer, utdanning av nøkkelpersonell og kurs for de ansatte være viktige virkemidler.

---

116) «Undersøkelse om uønsket seksuell oppmerksomhet i studie- og forskningsmiljøene ved Det historisk-filosofiske fakultet.» UiO, 1994.

117) Hanne Haavind og Marina Hvistendal berører denne problematikken i artikkelen: «Erotisk og ikke-erotisk kroppskontakt og berøring mellom psykologer og deres klienter.» Foredrag ved Norsk Psykologforenings lederkonferanse 20. oktober 1992.

9.2 Gjeldende rett

9.2.1 Likestillingsloven

Likestillingsloven har i dag ingen egen bestemmelse om vern mot seksuell trakassering. Seksuell trakassering har ikke blitt ansett som kjønnsdiskriminering i lovens forstand. Noen av bestemmelsene kan sies å inneholde en viss beskyttelse av indirekte karakter. Ulik lønn i forhold til andre arbeidstakere som følge av unnlatelse av å etterkomme arbeidsgiverens seksuelle tilnærmelser, vil være forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i strid med lovens § 5. På samme måte vil eksempelvis oppsigelse, degradering og manglende forfremmelse som følge av seksuell trakassering kunne rammes av § 4 jf. § 3. Seksuell trakassering som ikke gir seg utslag på liknende vis er ifølge praksis ikke omfattet av loven.

9.2.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven [118)] er den sentrale lov når det gjelder vern av arbeidstakeres helse og velferd.

Arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1, 3. punktum bestemmer bl.a. at «...arbeidstakerne skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden.» Denne bestemmelsen kom inn i 1995 [119)] som et tillegg til den eksisterende § 12 nr. 1. Om bakgrunnen for endringen uttalte Kommunal- og arbeidsdepartementet at det kunne være «behov for å gi arbeidstakerne et sterkere vern mot psykiske belastninger som ikke direkte har sin årsak i formell organisering av virksomheten, for eksempel trakassering eller mobbing av ulik art. Seksuell trakassering eller uønsket seksuell oppmerksomhet i arbeidsforhold er et eksempel på dette.» [120)] Det framgår av dette at også seksuell trakassering skal være omfattet av arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1, 3. punktum.

Det framgår av forarbeidene at lovens bestemmelse om trakassering omfatter både tilfeller der trakasseringen skjer arbeidstakerne imellom, og mellom arbeidsgiver/ledelsen og arbeidstakerne, samt ved trakassering fra andre på arbeidsplassen. [121)]

Ifølge § 2 gjelder loven som hovedregel «for enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstaker.» Lovens målsettinger er blant annet «å sikre et arbeidsmiljø som gir arbeidstakerne full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger (...) «, jf. § 1 nr. 1, og «å sikre trygge tilsettingsforhold og en meningsfylt arbeidssituasjon for den enkelte», jf. § 1 nr. 2.

Det følger av arbeidsmiljøloven at arbeidsgiver har ansvar for det totale arbeidsmiljø, herunder å håndtere problemer knyttet til seksuell trakassering på en forsvarlig måte både på forebyggingsstadiet og dersom en konflikt skulle oppstå, jf. arbeidsmiljøloven § 7 og § 12 nr. 1. Etter arbeidsmiljøloven § 16 er arbeidstaker forpliktet til å medvirke til gjennomføringen av de tiltak som blir satt i verk for å skape et sunt og godt arbeidsmiljø. Arbeidsmiljøloven bygger med andre ord på et system hvoretter arbeidsgiver, arbeidstaker og

[118)] Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4.
[119)] Ot.prp. nr. 50 (1993-94).
[120)] Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 65.
[121)] Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 66 og 230.

eventuell organisert vernetjeneste ved virksomheten (jf. arbeidsmiljøloven kap.VII) i fellesskap skal bidra til et forsvarlig arbeidsmiljø.

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at virksomhetene ivaretar sitt ansvar etter arbeidsmiljøloven, jf. arbeidsmiljøloven § 77. I dette ligger det bl.a. at Arbeidstilsynet kan gi pålegg til bedriften om å kartlegge arbeidsmiljøet og bringe eventuell trakassering til opphør. Arbeidstilsynet har dessuten myndighet til å fatte vedtak om tvangsmulkt, jf. § 78, dersom arbeidsgiver ikke følger opp påleggene innenfor en nærmere angitt frist. Arbeidstilsynets tilsynsvirksomhet baseres på risikovurderinger.

Seksuell trakassering kan etter omstendighetene være saklig grunn for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 60, eller avskjedsgrunn etter arbeidsmiljøloven § 66, dersom forholdet er tilstrekkelig graverende.

9.2.3 Straffeloven

Grovere former for seksuell trakassering kan straffes etter straffeloven. [122] Ved lov 13. juni 2000 [123] ble det vedtatt en rekke endringer i straffelovens kapittel 19 og 38 om seksuallovbrudd. Straffeloven § 200 rammer seksuell handling med noen som ikke har samtykket. § 201 rammer den som i ord eller handling utviser seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd på offentlig sted, i nærvær av eller overfor noen som ikke har samtykket til det, eller i nærvær av eller overfor barn under 16 år. § 193 omfatter seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold. § 194 rammer seksuell omgang med innsatte på institusjon eller anstalt. § 192 rammer voldtekt. Straffeloven §§ 195 og 196 retter seg mot seksuell omgang med barn. Straffelovens bestemmelser om legemsfornærmelse og legemskrenkelse i §§ 228 og 229 vil også kunne være aktuelle. Videre vil seksuell trakassering kunne rammes av § 246 om ærekrenkelse, og av § 390 om privatlivets fred. Straffelovens bestemmelser om forseelser mot sedeligheten ble opphevet i samme lovendring.

9.2.4 Alminnelige erstatningsregler

Etter omstendighetene vil både arbeidsgiver og den som utøver seksuell trakassering kunne bli ansvarlig etter alminnelige erstatningsregler.

9.2.5 Helselovgivningen

Helselovgivningen gir et visst vern for pasienter og klienter mot seksuell trakassering utøvd av helsepersonell. Det er et viktig krav at de helsetjenester som helsepersonell og helsevirksomheter yter er forsvarlige. Sentral i denne sammenheng er helsepersonelloven [124] som erstatter en rekke profesjonslover på helserettsområdet. Helsepersonelloven § 4 første ledd bestemmer at «...helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen forøvrig.» I tillegg vil de enkelte virksomheter som produserer helsetjenester være underlagt krav om

[122] Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.

[123] jf. Innst. O. nr. 92 (1999-2000) og Ot.prp. nr. 28 (1999-2000).

[124] Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 63.

forsvarlighet. Bestemmelser om dette er tatt inn i helsepersonelloven § 16 og de respektive tjenestelovene (lov om spesialisthelsetjenester m.m., lov om helsetjenesten i kommunene og tannhelsetjenesten).

Forsvarlighetskravet er en rettslig standard der blant annet yrkesetiske regler for hva som er god skikk og bruk vil kunne være retningsgivende. Helsepersonell plikter blant annet å oppføre seg hensynsfullt og ordentlig overfor pasienten. Forsvarlig yrkesutøvelse innebærer også at helsepersonell ikke utnytter det avhengighetsforhold som kan oppstå mellom pasient og helsepersonell. [125)]

Seksuell trakassering vil etter dette være omfattet av lovens krav til forsvarlighet.

Ved overtredelse av lovens bestemmelser gir helsepersonelloven anvisning på bruk av administrative sanksjoner som blant annet advarsel og tilbakekalling av autorisasjon. Lovens vilkår for tilbakekalling av autorisasjon er imidlertid meget strenge, og loven gir ingen individuell klagerett for en pasient.

En viss individuell klagerett gir imidlertid pasientrettighetsloven. [126)] Denne loven har blant annet som formål å bidra til å sikre befolkningen helsehjelp av god kvalitet ved å gi pasienter rettigheter overfor helsetjenesten. Lovens bestemmelser skal også bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helsetjeneste og ivareta respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd. Etter pasientrettighetsloven §§ 7-1 og 7-2 kan pasienten blant annet klage dersom hun/han er blitt utsatt for uforsvarlig behandling. Etter § 7-4 gis pasienten også anledning til å oppfordre tilsynsmyndigheten om å iverksette administrative sanksjoner etter helsepersonelloven overfor den konkrete helsearbeider. Pasientrettighetsloven har også regler om et eget pasientombud som skal ivareta pasientens interesser.

9.2.6 Universitetsloven og opplæringsloven

Universitetsloven har ingen bestemmelser som uttrykkelig regulerer vern mot seksuell trakassering.

Et visst vern kan sies å følge av Universitetsloven [127)] § 44, som bestemmer at institusjonene har det overordnede ansvar for studentenes læringsmiljø. Etter bestemmelsen skal institusjonens ledelse, i samarbeid med studentsamskipnadene, «legge forholdene til rette for et godt studiemiljø og arbeide for å bedre studentvelferden på lærestedet».

Universitetene i Bergen og Oslo har fastsatt etiske retningslinjer som regulerer forholdet mellom veileder og student. I disse er temaet seksuell trakassering sentralt. Ved UiO er det også fastsatt en «Tiltaksplan mot plagsom/truende seksuell oppmerksomhet». I tillegg til å gi anvisninger på forebyggende og problemløsende tiltak, inneholder tiltaksplanen bestemmelser om opprettelse av en kontaktgruppe som studenter, stipendiater og ansatte kan henvende seg til.

[125)] Ot. prp. nr. 13 (1998-99).

[126)] Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 62.

[127)] Lov om universiteter og høgskoler av 12. mai 1995 nr. 22.

Opplæringsloven [128)] har ingen bestemmelser om vern mot seksuell trakassering.

9.2.7 Avtaler i arbeidslivet

Partene i arbeidslivet har ikke generelle avtaler som tar sikte på å forhindre seksuell trakassering på arbeidsplassen. Men LO/NHO og YS/NHO har inngått tilleggsavtale til hovedavtalene om opplæring i verne- og miljøarbeid, hvor seksuell trakassering er en del av opplæringstiltakene. LO har også en egen handlingsplan mot seksuell trakassering.

9.3 Andre lands lovgivning

9.3.1 Sverige

Den svenske likestillingsloven § 22 inneholder et forbud mot seksuell trakassering:

> «En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för trakasserier på grund av att arbetstagaren har avvisat arbetsgivarens sexuella närmanden eller anmält arbetsgivaren för könsdiskriminering.
>
> Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skal vid tillämpning av första stycket likställas med arbetsgivare.»

Lovens § 22a bestemmer:

> «En arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för sexuella trakasserier av en annan arbetstagare skall utreda omständigheterna kring de uppgivna trakasserierna och i förekommande fall vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta sexuella trakasserier.»

Etter §§ 27 og 27a er arbeidsgiveren, ved brudd på bestemmelsene i §§ 22 og 22a, erstatningspliktig overfor arbeidstakeren. Slike saker håndheves etter rettergangsreglene som gjelder for arbeidstvister, jf. lovens § 45. Jämställdhetsombudsmannen skal også etter § 31 søke å få arbeidsgivere til å frivillig følge forskriftene i loven.

§ 6 pålegger arbeidsgiver å forebygge at en arbeidstaker som melder fra om kjønnsdiskriminering utsettes for seksuell trakassering eller annen trakassering. I tillegg inneholder bestemmelsen en definisjon av seksuell trakassering:

> «Med sexuella trakasserier avses sådant oväl kommet uppträdande grundat på kön eller oväl kommet uppträdande av sexuell natur som kränker arbetstagarens integritet i arbetet.»

Foruten at Jämställdhetsombudsmannen skal føre tilsyn med at bestemmelsen i § 6 følges, kan Jämställdhetsnämnden i slike saker fatte vedtak etter lovens §§ 32 jf. 35.

[128)] Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr. 61.

9.3.2 Danmark

I den danske likebehandlingsloven bestemmer § 4 første punktum at enhver «arbeidsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige for så vidt angår arbejdsvilkår».

I dansk teori og praksis er seksuell trakassering blitt behandlet som et likebehandlingsproblem, og seksuell trakassering anses for å være en overtredelse av likebehandlingsloven § 4.

Brudd på bestemmelsen kan medføre både erstatnings- og straffansvar, jf. lovens §§ 14, 15 og 19.

Den danske likestillingsloven fastsetter i formålsparagrafen (§ 1) at et av lovens formål er å «modvirke seksuel chikane».

Lovens § 2 har blant annet utfyllende bestemmelser om seksuell trakassering. Første ledd bestemmer at:

> «Kvinder og mænd skal behandles på lige vilkår inden for offentlig forvaltning og erhvervsmæssig og almen virksomhed»

I tredje ledd følger det at:

> «Inden for anvendelsesområdet i stk. 1 kan der tilkendes personer, der udsættes for seksuel chikane, en godtgørelse. Der lægges herved navnlig vægt på, om der har bestået et afhængighedsforhold mellem den, der har været udsat for chikanen, og den, der har udøvet den»

I lovens kapittel 6 er det oppstilt regler om en likestillingsnemnd, som kan behandle saker om forskjellsbehandling etter § 2. I tillegg har nemnden blant annet kompetanse til å behandle saker om forskjellsbehandling, herunder tilkjenne erstatning etter likebehandlingsloven.

9.3.3 USA, Canada og Australia

Både USA, Canada og Australia har vedtatt regler som uttrykkelig forbyr seksuell trakassering. [129)]

9.4 Internasjonale forpliktelser

Det sentrale likebehandlingsdirektivet på arbeidslivets område, 76/207/EØF, utgjør en del av EØS-avtalen, og er således direkte bindende for Norge.

I løpet av de siste 15 årene har institusjonene i EU tatt en rekke initiativ for å forebygge og bekjempe seksuell trakassering på arbeidsplassen. Resolusjonene og rekommandasjonene er av politisk karakter, og er ikke juridisk forpliktende. Likevel kan de ha betydning for tolkningen av blant annet likebehandlingsdirektivet. I tillegg framstår de som ledd i en styrking av likestilling som målsetting for unionen, og kan på sikt få betydning for EØS-samarbeidet blant annet gjennom vedtak av nye direktiver.

I 1986 vedtok Europaparlamentet en resolusjon om vold mot kvinner. I denne oppfordres nasjonale myndigheter til å vedta en legaldefinisjon av begrepet seksuell trakassering. Videre oppfordres medlemslandene, likestil-

[129)] USA Civil Rights Act (1964), Charter of Human Rights and Freedoms, inntatt i Canadian Charter of Rights, Sex discrimination Act 1984, inntatt i Australian Sex Discrimination Act.

lingskomitéer og handelsorganisasjoner til å gjennomføre informasjonskampanjer for å skape større oppmerksomhet rundt alle arbeidstakeres individuelle rettigheter.

I en resolusjon av 29. mai 1990 uttalte Rådet at seksuell trakassering i noen tilfeller kan innebære brudd på likebehandlingsprinsippet i medhold av likebehandlingsdirektivet fra 1976. [130] I resolusjonen oppfordres medlemsstatene blant annet til å utvikle informasjonskampanjer og å øke oppmerksomheten rundt seksuell trakassering som arbeidsmiljøproblem. Medlemsstatene oppfordres også til å minne arbeidsgivere på at disse har et ansvar for å forsøke å forhindre seksuell trakassering på arbeidsplassen.

Kommisjonen vedtok den 27. november 1991 en rekommandasjon om beskyttelse av kvinners og menns verdighet på arbeidsplassen. [131] Rekommandasjonen anbefaler at medlemsstatene søker å fremme bevissthet rundt følgende:

- Atferd av seksuell natur som påvirker verdigheten til kvinner og menn på arbeidsplassen er uakseptabel dersom denne er uønsket, urimelig og fornærmende i forhold til mottakeren;
- avgjørelser vedrørende forfremmelse, lønn eller lignende som er basert på arbeidstakerens avvisning eller lydighet i forhold til trakasseringen er uakseptable; og/eller
- atferd som nevnt ovenfor skaper et truende, fiendtlig eller ydmykende arbeidsmiljø for mottakeren; og kan under visse omstendigheter innebære brudd på likebehandlingsprinsippet i rådsdirektiv 76/207/EØF.

Vedlagt rekommandasjonen følger også «A code of practice on measures to combat sexual harassment» (heretter benyttes uttrykket «Code of practice»). Denne inneholder konkrete retningslinjer for hvordan arbeidsgivere, arbeidslivets parter og arbeidstakere på en best mulig måte kan arbeide mot seksuell trakassering på arbeidsplassen.

Den 19. desember 1991 avga Rådet en deklarasjon [132] om implementering av Kommisjonens rekommandasjon og Code of practice. Medlemsstatene oppfordres til å utvikle en felles integrert politikk for å forebygge og bekjempe seksuell trakassering på arbeidsplassen, under hensyntagen til Kommisjonens rekommandasjon av 27. november 1991.

7. juni 2000 fremmet Kommisjonen direktivforslag [133] for Europaparlamentet og Rådet om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet). Forslaget er til vurdering i EØS-institusjonene, og dersom EU vedtar direktivet er det grunn til å anta at det vil bli inntatt i EØS-avtalen.

I direktivforslaget finnes blant annet en bestemmelse om seksuell trakassering. Denne inneholder både definisjon av begrepet «seksuell trakassering», og bestemmelse om at seksuell trakassering skal innebære forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Forslaget lyder:

---

[130] Rådsresolusjon av 29. mai 1990 om beskyttelse av kvinners og menns verdighet på arbeidsplassen (90/C 157/02).
[131] 92/131/EEC.
[132] 92/C 27/01.
[133] KOM(2000) 334.

> «Seksuel chikane betragtes som forskelsbehandling på grund af køn på arbejdspladsen, når uønsket adfærd i forbindelse med køn har til formål eller følge, at en persons værdighed påvirkes, og at der skabes et skræmmende, fjendtligt, ydmygende eller forstyrrende arbejdsklima, navnlig hvis det forhold, at en persons afvisning eller accept af denne adfærd, anvendes som grundlag for en beslutning, som påvirker den pågældende.»

Direktivforslaget inneholder også bestemmelser om håndheving. Forslag til ny artikkel 8a går ut på at medlemslandene plikter å opprette et uavhengig organ på nasjonalt nivå som skal arbeide med å fremme likebehandlingsprinsippet, og særlig overvåke individers rettigheter.

Direktivforslaget legger også opp til en styrking av rettsbeskyttelsen ved å kreve at det uavhengige organet skal kunne motta og forfølge klager fra enkeltindivider i saker om kjønnsdiskriminering. I tillegg skal det uavhengige organet kunne foreta undersøkelser angående kjønnsdiskriminering, og publisere rapporter om forskjellige tema på dette området.

9.5 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet å lovfeste en bestemmelse om vern mot seksuell trakassering i likestillingsloven. Begrunnelsen bak forslaget var at det er behov for et videre anvendelsesområde for regler om vern mot seksuell trakassering enn det som finnes i dagens lovverk. Videre var forslaget begrunnet med at en slik lovbestemmelse vil ha en viktig signaleffekt, som blant annet kan gi økt fokus på konsekvensene av seksuell trakassering. Man anså også at bestemmelsen vil innebære en utvidet og styrket håndhevingsadgang når det gjelder denne type problemer.

På denne bakgrunn ble det foreslått en plikt for arbeidsgiver, ledelsen i organisasjoner eller foreninger og styret/ledelsen i utdanningsinstitusjoner til å forebygge og søke å forhindre seksuell trakassering på deres ansvarsområde. Det ble også foreslått å innlede bestemmelsen med at «ingen må utsettes for seksuell trakassering».

9.5.1 Forslagets definisjon av seksuell trakassering

I forslaget understrekes behovet for en definisjon av begrepet seksuell trakassering, og følgende definisjon ble foreslått:

> «Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som gir negative konsekvenser for den eller de oppmerksomheten rammer.»

Ifølge forslaget må det foreligge en seksuell oppmerksomhet som må være uønsket. Dette vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å konstantere seksuell trakassering. Den seksuelle trakasseringen må også gi negative konsekvenser for den som blir trakassert, for miljøet i organisasjonen eller på arbeidsplassen og eventuelt også for ledelsen. Eksempler på slike negative konsekvenser vil blant annet kunne være av fysisk, psykisk og/eller arbeidsmessig art.

I høringsnotatet la man opp til at man definerer begrepet seksuell trakassering på linje med den svenske lovgivningen. Imidlertid ønsket man en noe smalere definisjon enn denne.

9.5.2 Anvendelsesområde

I høringsnotatet ble det for det første foreslått at bestemmelsen om seksuell trakassering skal gjelde på området for organisasjoners og foreningers virksomhet. Det ble imidlertid presisert at det vil være nødvendig å avgrense nedad mot ustrukturerte og små organisasjoner og foreninger med uklar grense mot privatlivet. Dette skyldes både praktiske hensyn og hensynet til lovens håndhevingsbestemmelse.

I tillegg ble det foreslått at bestemmelsen skal omfatte seksuell trakassering som skjer i utdanningsinstitusjoner. På denne måten vil man kunne fange opp og forebygge seksuell trakassering som skjer mellom lærer og student/elev, samt studentene og elevene imellom. Lovfesting av et generelt vern i likestillingsloven vil kunne gi elever og studenter en bedre beskyttelse enn dagens regelverk gjør.

I høringsnotatet ble det foreslått at bestemmelsen også skal omfatte forholdet mellom profesjonelle og deres klienter eller pasienter, for eksempel mellom lege og pasient og mellom psykolog og klient. På denne måten vil pasienter og klienter få et styrket vern mot å bli utsatt for seksuell trakassering.

I høringsnotatet ble det videre foreslått at vernebestemmelsen også skal gjelde på områder som faller inn under arbeidsmiljøloven. Dette ble begrunnet med at det er behov for en enkel og klar regulering av seksuell trakassering også i arbeidsforhold.

9.5.3 Ansvarsforhold

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at ansvarssubjekt for vernebestemmelsen skal være den ansvarlige for den enkelte virksomhet. Dette vil eksempelvis være arbeidsgiver og styret eller ledelsen i de virksomheter, organisasjoner og utdanningsinstitusjoner som omfattes av bestemmelsen. Disse skal ha et ansvar for å forebygge og forhindre at de som naturlig hører inn under deres ansvarsområde enten utøver eller blir utsatt for seksuell trakassering. Dette vil blant annet omfatte arbeidstakere, studenter, elever, kunder, klienter og pasienter. De ansvarlige skal også ha ansvar for at heller ikke ledelsen utøver seksuell trakassering. Det vil i noen tilfeller være vanskelig å fastlegge hvem som omfattes av organisasjoners og foreningers ansvar. I forslaget gis det uttrykk for at minstekravet må være at trakasseringen har funnet sted i tilknytning til aktiviteter i regi av organisasjonen.

9.5.4 Innholdet i plikten

En bestemmelse om vern mot seksuell trakassering skal etter forslaget omfatte en plikt til å forebygge og søke å forhindre at seksuell trakassering oppstår innenfor virksomhetens ansvarsområde. I de tilfeller hvor den ansvarlige får kjennskap til at trakassering forekommer, må den ansvarlige utrede hva som har skjedd og søke å hindre videre seksuell trakassering.

9.5.5 Håndheving

Forslaget legger opp til at Likestillingsombudet og Klagenemnda skal kunne håndheve vernebestemmelsen. Likestillingsombudet kan etter klage eller av eget initiativ følge opp bestemmelsen og påse at det blir etablert et tilstrekkelig vern mot seksuell trakassering med sikte på framtidige tilfeller. Ombudet vil kunne gi en ikke-bindende uttalelse og vurdering av om den ansvarlige har oppfylt plikten. Forslaget innebærer ikke at Ombudet skal kunne fastslå at seksuell trakassering har skjedd i et konkret tilfelle. Slik håndheving må eventuelt skje for domstolene. Ombudet må vurdere om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge eller søke å hindre at seksuell trakassering skjer. I dette ligger også at Ombudet vil kunne vurdere om den ansvarlige har gjort nok i de tilfellene hvor hun/han har fått kjennskap til seksuell trakassering. Siktemålet med Likestillingsombudets behandling er etter forslaget først og fremst å fokusere på problemet, og å få en redegjørelse fra den ansvarlige for om det er gjort tilstrekkelig til å forhindre trakassering. Ombudet vil også kunne oppfordre den ansvarlige til å løse konkrete problemer. I høringsnotatet understrekes det at det er viktig at seksuell trakassering behandles som et problem for arbeidsmiljøet, miljøet i organisasjonen osv. og ikke pålegge den eller de som rammes direkte, byrden med å håndtere dette.

9.6 Høringsinstansenes syn

Forslaget høstet klar støtte fra majoriteten av høringsinstansene. Noen av dem som støttet forslaget hadde visse innvendinger og kommentarer til forbedringer, mens det er bare fem instanser som gikk klart mot hele forslaget. De fleste som støttet forslaget, begrunnet dette med at mange grupper faller utenfor virkeområdet for arbeidsmiljølovens bestemmelser, og at det er viktig at også disse sikres. Dette gjelder for eksempel studenter, elever, medlemmer i organisasjoner og andre kunde- og brukergrupper. Mange nevnte også signaleffekten til en slik bestemmelse, idet den kan føre til holdningsendring og økt bevissthetsnivå. I tillegg ble fordelen med et eget håndhevingsorgan understreket.

Oslo kommune er en representant for majoritetens syn: «En slik bestemmelse vil ha en klar signaleffekt, og er i tråd med lovgivningen i andre nordiske land. Selv om det i arbeidsmiljøloven foreligger en generell bestemmelse om trakassering, er vernet likevel noe begrenset. Med en egen bestemmelse i likestillingsloven vil alle forhold være dekket, eksempelvis vern overfor studenter/elever og overfor kunde- og brukergrupper.»

Arbeiderpartiets kvinnebevegelse støttet opp om dette og uttalte at «...utenfor arbeidslivet er det ikke noe vern mot slik trakassering dersom det ikke rammes av bestemmelsene i straffeloven. Men seksuell trakassering skjer også på andre områder i samfunnslivet. Dette kan være i forhold mellom lege og pasient, mellom student og veileder og forholdet mellom advokat og klient. Det er også behov for sterkere mulighet for håndheving av vernet mot seksuell trakassering.»

Forslaget fikk også bred støtte fra *Den norske kirke*. Fra flere bispedømmer understreket man behovet for at en regel om vern mot seksuell trakassering får anvendelse utenfor arbeidslivet, behovet for et uavhengig klageorgan, samt den signaleffekten en slik regel vil ha.

Flere instanser, deriblant *Norske kvinnelige akademikere (NKA*) og *Barneombudet,* understreket at seksuell trakassering også er et problem for elever i grunnskolen og at bestemmelsen derfor også må få anvendelse her.

NKA uttalte at undersøkelsen ved Universitetet i Oslo, som departementet viste til i høringsnotatet, ikke bare avdekket at det var 11 prosent av hovedfagsstudentene og stipendiatene som ble utsatt for trakassering, men avdekket også at man ved universitetet ikke hadde utviklet klare regler for hva man kan gjøre for å forhindre seksuell trakassering, og at mange av studentene ikke hadde noen steder å gå med sine problemer.

Sosial- og helsedepartementet viste til at seksuell trakassering av kvinner med funksjonshemming synes å være et omfattende problem, og at trakasseringen ofte er utøvd av personer kvinnene har et tillits- og avhengighetsforhold til. *Sosial- og helsedepartementet*så det derfor som klart nødvendig med endringer som gir et videre anvendelsesområde enn det arbeidsmiljøloven dekker.

*Likestillingssenteret*og *Likestillingsombudet* støttet departementets forslag om å lovfeste vern mot seksuell trakassering i likestillingsloven. *Ombudet* understreket at det også i disse tilfellene må være rom for uaktsomhetsansvar etter likestillingsloven § 17. Som eksempel nevnes tap som følge av forsinket studieprogresjon.

Klagenemnda for likestilling uttalte at «uønsket seksuell oppmerksomhet kan være meget belastende for den som utsettes for en slik adferd. En anklage om seksuell trakassering kan også være alvorlig for den det gjelder. Dette stiller særlige krav til saksbehandlingen. Det kan reises spørsmål om Klagenemnda - og for så vidt også Likestillingsombudet - bør behandle saker som gjelder på stander om seksuell trakassering som er så alvorlige at forholdet kan føre til straff, tap av bevilling eller andre vidtrekkende konseskvenser.»

De som var helt mot forslaget er *Finansnæringens Arbeidsgiverforening (FA), Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon, Kommunenes Sentralforbund, Luftfartsverket,*og *Foreningen 2 Foreldre.*

Disse begrunnet i hovedsak sin motstand med at arbeidsmiljøloven enten allerede fyller behovet, eller at den kan endres slik at den vil gjøre det. Videre ble det uttrykt stor skepsis til hvorvidt Ombudet/Nemnda kan ivareta oppgaven med å håndheve bestemmelsen. Instansene var også redde for at det vil bli en utilfredsstillende overlapping mellom Likestillingsombudet og Arbeidstilsynet.

FA var sterkt i tvil om samfunnet vil være tjent med den foreslåtte regel. FA hevder også at den innenfor arbeidslivet vil skape usikkerhet om kompetansedelingen mellom Arbeidstilsynet og Likestillingsombudet.

Kommunal- og regionaldepartementet påpekte at den foreslåtte bestemmelsen i en viss utstrekning vil overlappe arbeidsmiljølovens bestemmelse om seksuell trakassering. *Kommunal- og regionaldepartementet* uttalte at det kun er Arbeidstilsynet som bør ha ansvar for å føre tilsyn med arbeidsmiljøet, herunder at det ikke forekommer seksuell trakassering på arbeidsplassen. Begrunnelsen er at Arbeidstilsynet gjennom et tilfredsstillende regelverk, fagkunnskap og virkemidler/tvangsmidler har mulighet og kompetanse til å kunne behandle saker av denne art på en forsvarlig måte. Arbeidstilsynet har

i en tid arbeidet med å forbedre arbeidsmetodene når det gjelder å håndtere slike vanskelige problemstillinger.

En del av de instansene som var skeptiske til forslaget, kan synes å ha forstått det dithen at man tok sikte på å etablere et forbud som Likestillingsombudet skal kunne sanksjonere overfor overgriperen i enkelttilfeller. Det ble uttrykt bekymring for rettssikkerheten og at man beveget seg inn på et område som er forbeholdt rettsapparatet.

Det var flere instanser som støttet forslaget, men som syntes det ikke gikk langt nok, eller som hadde andre innvendinger. Noen av disse ønsker lovfestet et forbud som skal håndheves direkte overfor den som trakasserer. Andre påpekte blant annet behovet for en klar avgrensning mellom arbeidsmiljølovens og likestillingslovens håndhevingssystem.

Norsk kommuneforbund var positive til at seksuell trakassering lovreguleres i forhold til andre områder enn arbeidslivet. Forbundet påpekte imidlertid at det ble forutsatt at etablerte ordninger innen arbeidslivet blir upåvirket av lovendringen.

Norsk Studentunion uttalte at «...forslaget er for vagt. Brødteksten beskriver selv svakhetene med at offeret ikke får individuell oppfølging, og det vil ikke direkte av loven medføre noen negative konsekvenser for overgriperen. Forslaget omtaler heller ingen mulige sanksjonsmidler overfor institusjoner eller lignende som ikke bidrar tilstrekkelig for å forebygge og forhindre seksuell trakassering.»

Norges forskningsråd støttet forslag om å lovfeste et vern mot seksuell trakassering, men mente at det å lovfeste vern i likestillingsloven kan befeste en holdning om at seksuell trakassering utelukkende er et likestillingsproblem. Det ble påpekt at seksuell trakassering også kan forekomme mellom personer av samme kjønn.

Akademikerne støttet departementets forslag, men var usikre på hensiktsmessigheten av at Ombudet går inn i denne type saker.

Senter for kvinneforskning og kvinner i forskning ved Universitetet i Tromsø påpekte at et slikt regelverk lett kan bli seksualfiendtlig. Videre ønsket senteret at bestemmelsen skal omfatte seksuell trakassering i hjemmet.

En rekke instanser påpekte at det er viktig med en klart avgrenset og presis definisjon av begrepet seksuell trakassering.

Kvinnefronten skrev at maktubalanse, i form av ulik formell posisjon, ikke bør være en betingelse for at bestemmelsen om seksuell trakassering skal gjelde. De påpekte at det er en bred oppfatning i dagens forskning om kjønn og seksualitet at det foreligger en klar maktubalanse i forholdet mellom kjønnene.

Den Norske Advokatforening mente at definisjonen må vise til et noe bredere skjønn og anbefalte «at det ved bedømmelsen skal legges vekt på om handlingen anses som plagsom, uønsket eller urimelig og hvorvidt handlingen innebærer påregnelige negative konsekvenser for den eller de som rammes.»

Norsk Studentunion mente at departementets forslag til definisjon er misvisende, og skrev: «...forslaget beskriver ikke i hvilken grad man skal «måle» konsekvensene. Er det nok at offeret finner det ubehagelig? Vi vurderer det slik at formuleringen kan begrense virkeområdet og foreslår at ordlyden

endres til: Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet. (...) Ordlyden bør også signalisere en større grad av ansvarlighet overfor ansvarssubjektene.»

Likestillingsombudet var også usikker på om kriteriet «negative konsekvenser» er velegnet til å skille ut de handlinger man ønsker å komme til livs. Kriteriet er etter hennes oppfatning problematisk fordi vurderingen av om loven er overtrådt da ofte vil bli avhengig av subjektive forhold på fornærmedes side.

9.7 Departementets vurderinger og forslag

9.7.1 Innledning

Seksuell trakassering kan medføre omfattende negative konsekvenser, både for den enkelte og for miljøet der trakasseringen finner sted, og kan ikke tolereres. Seksuell trakassering er utbredt på mange samfunnsområder hvor det ikke finnes klare regler mot problemet. Departementet anser det derfor for å være et stort behov for en bestemmelse om seksuell trakassering i likestillingsloven. I tillegg til å innebære et utvidet anvendelsesområde i forhold til dagens regelverk, og en styrket håndhevingsadgang, vil en slik bestemmelse kunne få en viktig signaleffekt og gi økt fokus på seksuell trakassering som problem og konsekvensene de derav følgende.

Rettsutviklingen i EU og i de øvrige nordiske land er også viktige momenter for departementet i vurderingen av hvorvidt en bestemmelse om seksuell trakassering bør inntas i likestillingsloven.

Departementet ønsker å foreslå en verneregel om seksuell trakassering i tråd med det som ble foreslått i høringsnotatet.

Vurderingstemaet i verneregelen blir om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge og søke å forhindre at seksuell trakassering skjer innenfor sitt ansvarsområde. Bevistemaet skal være om den ansvarlige har gjort nok, og skal ikke være om seksuell trakassering har funnet sted eller ikke i det konkrete tilfellet.

I tillegg foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse som forbyr utøvelse av seksuell trakassering, og som vil være rettet mot den personen som påstås å ha trakassert. Av rettssikkerhetshensyn vil imidlertid håndheving av denne bestemmelsen være henvist til domstolsapparatet.

Departementet har kommet til at en forbudsbestemmelse vil bidra til å utfylle gjeldende rett. Det er også naturlig å innta en forbudsbestemmelse i loven, dersom man i definisjonen av seksuell trakassering fastslår at seksuell trakassering utgjør forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Departementet ønsker videre å legge seg tett opp til Kommisjonens direktivforslag om endring av likebehandlingsdirektivet. [134)] Departementet vil redegjøre nærmere for forbudsbestemmelsen under pkt. 9.7.4.

[134)] KOM(2000) 334. Se pkt. 9.4.

9.7.2 Definisjon

Departementet mener seksuell trakassering bør defineres som «uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer».

I tråd med utviklingen innenfor EU ønsker departementet også å fastslå at seksuell trakassering innebærer forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

For at det skal foreligge seksuell trakassering, må det for det første være utvist «seksuell oppmerksomhet». Med dette menes at oppmerksomheten må være seksuelt betont eller av seksuell karakter.

Seksuell trakassering kan skje gjennom en fysisk handling, som kan dreie seg om alt fra unødvendig berøring og «plukking» til overgrep som voldtekt eller voldtektsforsøk. Seksuell trakassering kan videre skje verbalt, gjennom for eksempel nærgående kommentarer om mottakerens kropp, klær eller privatliv. Andre forhold kan være seksuelle framstøt, forslag og hentydninger. Trakasseringen kan også være ikke-verbal, for eksempel ved visning av pornografiske bilder, plystring og kroppsbevegelser som har seksuelle undertoner.

Den seksuelle oppmerksomheten må være uønsket av den som utsettes for den. Med dette menes at oppmerksomheten oppleves som uvelkommen. At den seksuelle oppmerksomheten ikke er ønskelig, skiller handlingen fra de som er velkomne og gjensidige.

Hva som skal anses som uønsket seksuell oppmerksomhet, vil være vanskelig å bedømme ut fra objektive kriterier. Oppmerksomhet som oppleves som uønsket hos én person kan godt oppleves som velkommen oppmerksomhet hos en annen. Departementet mener at hvorvidt en seksuell oppmerksomhet er uønsket eller ikke bør bero på hvert enkelt individs oppfatning av dette. At man skal vektlegge individuelle variasjoner er også lagt til grunn i Europakommisjonens Code of practice. [135)] Den som utøver oppmerksomheten må likevel bli gjort klar over at handlingen er uønsket. Seksuell oppmerksomhet vil derfor gå over til seksuell trakassering dersom den som utøver den fortsetter, til tross for at det er blitt gjort klart at mottakeren anser den seksuelle oppmerksomheten som uønsket. Også dette er lagt til grunn i den nevnte Code of practice. Ett eneste tilfelle kan imidlertid utgjøre seksuell trakassering dersom oppførselen er tilstrekkelig alvorlig. I slike tilfeller vil man ikke kreve at handlingspersonen er blitt gjort oppmerksom på at handlingen er uønsket. Etter departementets syn er dette ikke betenkelig, fordi slike tilfeller som regel vil være i samsvar med det som man etter en objektiv vurdering vil kunne si at handlingspersonen burde ha forstått var uønsket.

For at uønsket seksuell oppmerksomhet skal kunne karakteriseres som trakassering i lovens forstand må den seksuelle oppmerksomheten være plagsom for den som rammes, utover det at handlingen er uønsket. Vurderingen av om handlingen er plagsom må bero på en helhetsvurdering, der en rekke momenter inngår.

Om den som den seksuelle oppmerksomheten er rettet mot, selv har opplevd oppmerksomheten som plagsom vil være ett av momentene i vurderingen av om den seksuelle oppmerksomheten skal anses plagsom, og dermed

[135)] Se pkt. 9.4.

som trakassering i lovens forstand. Kvinnens opplevelse av handlingen må i utgangspunktet veie tungt i denne vurderingen.

Et annet moment i vurderingen vil være om handlingen har hatt negative konsekvenser av fysisk, psykisk eller arbeidsmessig karakter. For en student vil forsinkelse i studieprogresjonen, som følge av uønsket seksuell oppmerksomhet, være et eksempel på en konsekvens både av psykisk og arbeidsmessig karakter.

Handlingens karakter vil være et annet moment som må tas i betraktning ved vurderingen av om handlingen anses som plagsom. Jo grovere selve handlingen er, desto grovere vil den uønskede seksuelle oppmerksomhet være. Man kan imidlertid ikke utelukkende se på handlingen, men må også ta i betraktning under hvilke omstendigheter handlingen fant sted. For eksempel trenger ikke en verbal antydning om sex isolert sett framstå som alvorlig. Kommer det fram at antydningen er framsatt i en situasjon, hvor det formidles at en avvisning fra den oppmerksomheten retter seg mot vil få negative følger for vedkommende, framstår antydningen som mer alvorlig enn den ellers ville gjort.

Tid og sted for handlingen er også momenter som må tas i betraktning ved vurderingen av om den seksuelle oppmerksomheten har framstått som plagsom. Har den seksuelle oppmerksomheten funnet sted i arbeidstiden med mange mennesker tilstede, vil kvinnen kunne oppleve dette som mindre truende enn der handlingen finner sted på kveldstid. Tilsvarende vil handlingen lettere framstå som plagsom, dersom den skjer på et sted hvor den trakasserte har mindre kontroll over situasjonen. For eksempel vil seksuell oppmerksomhet fra en veileder kunne framstå som mindre truende dersom den finner sted på studiestedet enn der den finner sted hjemme hos veilederen.

Om handlingene har pågått over tid er et annet moment som bør vurderes, for å avgjøre om den seksuelle oppmerksomheten har framstått som plagsom. Ett enkelt tilfelle av uønsket seksuell oppmerksomhet kan representere seksuell trakassering. I slike tilfeller vil en kreve mer av handlingen og omstendighetene den har funnet sted under, for at handlingen skal sies å være plagsom for kvinnen. Dersom den seksuelle oppmerksomheten har pågått over tid vil dette på sin side være et selvstendig moment som taler for at oppmerksomheten anses for plagsom og dermed trakasserende. Uønsket seksuell oppmerksomhet over tid bringer med seg en tilleggsbelastning, ved at den som mottar oppmerksomheten ikke bare må forholde seg til handlingen når den skjer, men også risikoen for å bli utsatt for uønsket oppmerksomhet på nytt. Den som gir uønsket oppmerksomhet vil ofte ikke være oppmerksom på denne tilleggsbelastningen.

Forholdet mellom den som trakasserer og den som blir trakassert er et viktig moment i vurderingen av om oppmerksomheten skal anses som plagsom. Det vil være sentralt om det foreligger avhengighetsforhold og maktforskjeller i relasjonen mellom den som utsettes for uønsket seksuell oppmerksomhet og den som gir oppmerksomheten. For eksempel vil det lettere kunne konstanteres at det dreier seg om seksuell trakassering dersom den som trakasserer formelt sett er i en overordnet posisjon i forhold til den som rammes.

Listen av momenter er ikke uttømmende og vil kunne utfylles gjennom praksis. For å gi et effektivt vern mot seksuell trakassering, ønsker departe-

mentet at det ved vurderingen av om oppmerksomheten anses som plagsom, legges til grunn en «kvinnenorm» og ikke en kjønnsnøytral norm. En rettesnor kan være hva den alminnelige fornuftige kvinne [136)] ville ha oppfattet som plagsomt. Forskning tyder på at kvinner i all hovedsak oppfatter langt flere situasjoner som seksuell trakassering, enn menn. Dette kan synes å være en konsekvens av at kvinner i større grad enn menn utsettes for seksuelle overgrep i sin alminnelighet. På bakgrunn av det forskningen på feltet har vist antar departementet at det rent faktisk vil være flere kvinner enn menn som rapporterer om seksuell trakassering. Departementet vil derfor legge til grunn en norm som passer best for den gruppen som oftest rapporterer om seksuell trakassering, med andre ord en norm som gir den trakasserte et styrket vern. Normen skal legges til grunn uavhengig av om den som opplever å bli utsatt for seksuell trakassering er en kvinne eller en mann, da begge kjønn har likt rettsvern i disse sakene.

Definisjonen gir rom for tolkning, og innholdet vil kunne variere med tid og sted. Den endelige grensedragningen vil måtte fastlegges gjennom praksis, herunder må det også tas hensyn til EF-domstolens praksis. Europakommisjonens direktivforslag, der en definisjon av seksuell trakassering foreslås inntatt i rådsdirektiv 76/207/EØF, vil danne et viktig bakteppe for tolkningen av bestemmelsen i likestillingsloven. [137)] Også reglene i den nordiske lovgivningen vil være tolkningsmomenter.

9.7.3 Vernebestemmelsen

9.7.3.1 Anvendelsesområde

Departementet vil foreslå at bestemmelsen om vern mot seksuell trakassering skal ha et anvendelsesområde i tråd med det som ble foreslått i høringsnotatet.

Bestemmelsen skal for det første gjelde for organisasjoner og foreninger. Organisasjoner og foreninger som er så små og ustrukturerte at de grenser mot privatlivets område skal imidlertid ikke være omfattet. Bestemmelsen får anvendelse på seksuell trakassering som oppstår i forbindelse med det som naturlig hører inn under den aktiviteten organisasjonen eller foreningen bedriver.

Etter departementets syn vil ikke unntaket for «indre forhold i trossamfunn» i § 2 første ledd gjelde her. En bestemmelse om seksuell trakassering vil ikke berøre spørsmål som har med trosspørsmål og religionsutøvelse å gjøre, og begrunnelsen bak unntaket i § 2 første ledd slår derfor ikke til. Departementet mener som følge av dette at trossamfunn skal være omfattet av regelen på vanlig måte, og disse vil kunne være omfattet både i kraft av å være en «organisasjon» og som «arbeidsgiver».

Bestemmelsen skal også gjelde for seksuell trakassering som oppstår i utdanningsinstitusjoner. På denne måten vil studenter og elever være vernet av bestemmelsen, både når det gjelder seksuell trakassering fra lærere, veile-

[136)] Stine Andreassen bruker uttrykket «den fornuftige kvinnelige arbeidstaker» i boken: «Arbeidsmiljølovens vern mot uønsket seksuell oppmerksomhet» 1997.
[137)] KOM(2000) 334.

dere og andre ansatte ved institusjonen, og ved seksuell trakassering fra medelever og medstudenter. Alle typer utdanningsinstitusjoner skal være omfattet av regelen. Dette innebærer at både grunnskole og videregående skole vil være omfattet. Det samme gjelder folkehøyskoler, spesialskoler, høyskoler og universiteter. Loven skal gjelde enten institusjonen er i offentlig eller privat eie eller drift.

I tråd med det som ble foreslått i høringsnotatet, mener departementet at vernebestemmelsen også bør gjelde for arbeidslivet. Å unnta arbeidslivet fra anvendelsesområdet til bestemmelsen om seksuell trakassering ville innebære å unnta en sentral arena for seksuell trakassering. Trakassering mellom arbeidskolleger er sterkt knyttet til spørsmål om kvinners og menns like rettigheter og vilkår i arbeidslivet. Det samme gjelder trakassering fra ledelsen, arbeidsgiver eller andre på arbeidsplassen, som for eksempel kunder, klienter og pasienter arbeidstakeren kommer i kontakt med i forbindelse med sitt arbeid.

Likestillingsombudet er et uavhengig organ som har ekspertise på likestilling. Man kan ikke forvente at andre organ på samme måte har en slik ekspertise. Etter departementets syn vil derfor likestillingsloven og likestillingslovens håndhevingsorgan på en god måte kunne utfylle arbeidsmiljølovens regler. Departementet vil understreke at allerede etablerte ordninger innen arbeidslivet skal være urørt av forslaget. På arbeidslivets område må likestillingslovens vern mot seksuell trakassering først og fremst ses på som et supplement til disse ordningene.

I vurderingen av hvorvidt bestemmelsen skal omfatte arbeidslivets område har departementet også lagt vekt på at arbeidsmiljølovens bestemmelser utgjør offentligrettslige plikter som ikke kan påberopes av den enkelte arbeidstaker.

Verneombud og arbeidsmiljøutvalg vil kunne ha en nyttig funksjon i saker om seksuell trakassering. Imidlertid er virksomheter med færre enn ti arbeidstakere ikke pålagt å ha verneombud, jf. arbeidsmiljøloven § 25 nr. 1. Virksomheter med færre enn 50 ansatte er ikke pålagt å ha et arbeidsmiljøutvalg, jf. arbeidsmiljøloven § 23 nr. 1. I virksomheter uten slike organ kan Likestillingsombudet utgjøre et nyttig supplement.

Arbeidstilsynet vil videre ikke ha plikt til å gripe inn basert på én enkelt henvendelse. Likestillingsombudet, derimot, har som utgangspunkt en forpliktelse til å behandle enhver henvendelse, med unntak av saker hvor lovovertredelsen er lite vesentlig og det ikke synes å ha særlig betydning i retning av å fremme likestilling, jf. likestillingsloven § 11 første ledd, første punktum og forskriften om Likestillingsombudets organisasjon og virksomhet § 2 annet ledd. [138)]

I Europakommisjonens direktivforslag av 7. juni 2000 foreslås det at medlemslandene skal opprette et uavhengig organ til å motta og forfølge saker om kjønnsdiskriminering på arbeidslivets område, inkludert individuelle klager, samt iverksette undersøkelser og publisere rapporter om kjønnsdiskrimine-

[138)] se nærmere Gudrun Holgersen: «Likestillingsloven». Oslo 1984, s. 160-162.

ring på arbeidslivets område. [139)] Etter departementets syn tilfredsstiller ikke dagens regelverk dette kravet fullt ut i relasjon til seksuell trakassering.

9.7.3.2 Ansvarsforhold

Departementet mener i tråd med forslaget i høringsnotatet at ansvarssubjekt etter vernebestemmelsen bør være den ansvarlige for den enkelte virksomhet som er omfattet av bestemmelsen.

Dette vil omfatte styret, ledelsen og arbeidsgiver i en virksomhet, organisasjon, forening eller utdanningsinstitusjon. I noen tilfeller vil det kunne være sammenfall mellom den ansvarlige etter bestemmelsen og den som påstås å ha trakassert. Likestillingsombudet skal likevel kunne ta saken opp med vedkommende.

Bestemmelsen innebærer et ansvar i forhold til dem som naturlig hører inn under deres ansvarsområde. Dette vil blant annet omfatte arbeidstakere, studenter, elever, kunder, klienter og pasienter. Kunder i en kafé skal for eksempel være beskyttet mot seksuell trakassering fra serveringspersonalet. Arbeidsgiver vil ha plikt til å organisere arbeidet på en slik måte at hverken kunder eller serveringspersonale utsettes for seksuell trakassering. Andre eksempler på hvem som er beskyttet av regelen er pasienter på sykehus eller legekontor, og advokaters eller psykologers klienter. Bestemmelsen skal også verne funksjonshemmede mot seksuell trakassering fra sine hjelpere.

Seksuell trakassering som skjer mellom medlemmene i en organisasjon, eller mellom ledelsen og medlemmene, vil klart være omfattet. Utover dette vil minstekravet være at trakasseringen har funnet sted i tilknytning til aktiviteter i regi av organisasjonen.

9.7.3.3 Innholdet i plikten

Departementet mener den ansvarlige bør pålegges en plikt til å forebygge og søke å hindre at seksuell trakassering skjer innenfor virksomhetens ansvarsområde.

Relevante forebyggingstiltak vil blant annet kunne være å organisere virksomheten på en bestemt måte, opprette internt klageorgan eller kontrollsystem, iverksette holdningskampanjer, utarbeide retningslinjer og informasjonsmateriell, eller foreta helt konkrete handlinger som for eksempel å fjerne pornografiske bilder fra veggene. Den ansvarlige bør gjøre det klart at seksuell trakassering ikke tolereres i virksomheten, og opplyse hvilke negative konsekvenser dette kan ha både for den som rammes direkte, og for miljøet rundt. Hvilken strategi man bør velge vil kunne variere etter de ulike typer virksomheter og etter omstendighetene i det enkelte tilfellet. Hva som vil ha betydning er for eksempel den påståtte trakasseringens art og omfang, organisasjonens eller arbeidsplassens størrelse og utforming, og arbeidsstyrkens sammensetning.

I de tilfeller hvor den ansvarlige får kjennskap til at trakassering er et problem, har den ansvarlige plikt til å gripe fatt i problemet og utrede hva som har skjedd og forsøke å hindre videre seksuell trakassering. Klager skal ikke være

[139)] Se pkt. 9.4.

nødt til å bevise at seksuell trakassering faktisk har funnet sted før den ansvarlige griper inn.

Det nærmere innholdet i plikten vil måtte utdypes gjennom praksis.

9.7.3.4 Håndheving

Departementet anser det som viktig å behandle seksuell trakassering som et problem for miljøet, og ikke som et problem det er opp til den som utsettes for trakasseringen å skulle løse.

Departementet foreslår at Likestillingsombudet og Klagenemnda skal kunne håndheve vernebestemmelsen. Likestillingsombudet skal etter klage, eller av eget initiativ, kunne følge opp bestemmelsen og påse at det blir etablert et tilstrekkelig vern mot seksuell trakassering med sikte på fremtidige tilfeller.

Den ansvarlige kan også bli erstatningsansvarlig etter de alminnelige reglene om uaktsomhetsansvar, og en slik erstatningssak vil være henvist til domstolene. Departementet foreslår ikke at reglene om objektivt erstatningsansvar i ny § 17 første ledd skal komme til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen. Dette ble heller ikke foreslått i høringsnotatet. For en nærmere redegjørelse vises det til omtalen i kapittel 13 pkt. 13.6.5 og pkt. 13.1.1.

Ombudet vil kunne gi en ikke-bindende uttalelse og vurdering av om den ansvarlige har oppfylt plikten. Forslaget innebærer ikke at Ombudet skal kunne fastslå at seksuell trakassering har skjedd i et konkret tilfelle. Slik håndheving må eventuelt skje for domstolene. Ombudet skal imidlertid ved behov kunne gi råd og veiledning til den enkelte klager i slike tilfeller.

Vurderingstemaet for Ombudet blir derfor om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge eller søke å hindre at seksuell trakassering oppstår i virksomheten, herunder om det er gjort tilstrekkelig for å løse aktuelle problemer.

Siktemålet med Likestillingsombudets behandling er etter forslaget først og fremst å fokusere på problemet og å få en redegjørelse fra den ansvarlige for om det er gjort tilstrekkelig til å forhindre trakassering. Ombudet vil også kunne oppfordre den ansvarlige til å løse konkrete problemer.

Likestillingsombudets avgjørelse kan påklages til Klagenemnda for likestilling etter reglene i likestillingsloven § 11. Nemnda kan overprøve alle sider ved Ombudets behandling av saken. Departementet foreslår at reglene i likestillingsloven §§ 12 og 13 skal gjelde tilsvarende.

Departementet foreslår at de nye reglene om delt bevisbyrde i § 16 ikke skal komme til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen. Det vises til nærmere redegjørelse for dette i kapittel 12 pkt. 12.7.2.

9.7.3.5 Forholdet mellom Arbeidstilsynet og Likestillingsombudet

Fordi arbeidsmiljøloven og likestillingsloven til en viss grad vil overlappe hverandre, vil det være nødvendig med en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom Arbeidstilsynet på den ene side og Likestillingsombudet på den annen side.

Departementet ønsker ikke i denne omgang å angi eksakte regler for når det er Likestillingsombudet som skal behandle en sak og når Likestillingsombudet skal henvise en sak til Arbeidstilsynet.

Den enkelte klager kan i utgangspunktet velge hvilket organ han/hun vil henvende seg til. Dersom Likestillingsombudet mottar en henvendelse som også berører Arbeidstilsynets oppgaver skal Ombudet under saksbehandlingen samrå seg med Arbeidstilsynet. Dersom saken mest naturlig hører hjemme hos Arbeidstilsynet, bør saken henvises til dette organet. Dette kan være tilfeller hvor saken også berører andre sider ved arbeidsmiljøet, eller hvor Arbeidstilsynet allerede er involvert. Likestillingsombudets bedriftsrettede tiltak skal fremmes i samarbeid med Arbeidstilsynet.

Arbeidsmiljølovens regel kan også gi et videre vern, idet den også retter seg mot «annen utilbørlig opptreden». Dette kan fange opp tilfeller som faller utenfor likestillingslovens definisjon av seksuell trakassering, eller slik trakassering som ikke har sin basis i forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn.

Departementet forutsetter at det gjennom praksis vil utvikle seg en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom de to organene.

I forarbeidene til den svenske likestillingsloven er det uttalt at forholdet mellom Jämställdhetsombudsmannen (JämO) og Yrkesinspektionen, som håndhever plikten til å ivareta arbeidsmiljøet etter arbeidsmiljølovgivningen, bør ivaretas ved at JämO samrår seg med Yrkesinspektionen. [140)] Regjeringen uttalte at man kunne utferdige forskrifter om forholdet mellom JämO og Yrkesinspektionen. Pr. dags dato har dette ikke vært funnet nødvendig. [141)]

Dersom det skulle vise seg å være behov for det, vil det i medhold av likestillingsloven § 10 tredje ledd være anledning til å fastsette forskrifter om Likestillingsombudets behandling av saker om seksuell trakassering på arbeidslivets område. Departementet ønsker imidlertid å se hvordan forholdet mellom Likestillingsombudet og Arbeidstilsynet utvikler seg i praksis før en forskrift vurderes innført.

9.7.4 Forbud mot seksuell trakassering

Departementet ønsker som nevnt innledningsvis også å foreslå en bestemmelse som forbyr utøvelse av seksuell trakassering, og som kan håndheves direkte overfor den som trakasserer.

Departementet foreslår at overtredelse av bestemmelsen kan medføre erstatningsansvar etter de alminnelige erstatningsreglene jf. ny § 17 annet ledd i likestillingsloven. Etter alminnelige erstatningsregler er det et vilkår at overtredelsen av loven må være forsettlig eller uaktsom. For en nærmere redegjørelse for disse reglene vises det til omtalen i kapittel 13 pkt. 13.1.1. Av rettssikkerhetshensyn mener departementet at den nye bestemmelsen om objektivt erstatningsansvar i § 17 første ledd ikke bør komme til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen. For en nærmere begrunnelse vises det til omtalen i kapittel 13 pkt. 13.6.5.

Departementet foreslår heller ikke at reglene om delt bevisbyrde i ny § 16 skal komme til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelsen. For nærmere begrunnelse vises det til kapittel 12 pkt. 12.7.2.

Håndheving av bestemmelsen skal skje for domstolene. Likestillingsombudet skal ikke drive med håndheving overfor den påståtte overgriperen.

[140)] Regjeringens proposition 1990/91:113 s. 72.

[141)] pr. januar 2001.

Saker der en person anklages for å ha utøvd seksuell trakassering har en helt annen karakter enn andre saker om forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven (f.eks. påstand om ulik lønn og forbingåelse ved ansettelse). Påstand om at en person har utøvd seksuell trakassering vil være alvorlig og inngripende for den anklagen gjelder, og i slike saker er det viktig å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Verken Likestillingsombudet eller Klagenemnda er organisert på en måte som ivaretar de særlige rettssikkerhetshensyn denne type saker reiser. Dette ble også påpekt i Klagenemndas høringsuttalelse. I saker hvor det skal bevises at seksuell trakassering faktisk har funnet sted, bør disse føres for domstolene, som har et prosessystem som ivaretar de særlige rettssikkerhetshensynene nevnt ovenfor. Ombudet kan imidlertid med hjemmel i lovens § 11 gi bistand og veiledning i saker etter denne bestemmelsen. Ombudet skal også kunne føre generelt tilsyn med at bestemmelsen overholdes, for eksempel gjennom informasjonsvirksomhet og holdningsskapende arbeid.

Forslaget innebærer et tillegg i forhold til det som ble foreslått i høringsnotatet. En del av høringsinstansene kan imidlertid synes å ha forstått høringsnotatet slik at det inneholdt forslag om en bestemmelse som skulle kunne håndheves direkte overfor den som trakasserer. Den bekymring som ble uttrykt i den forbindelse knyttet seg først og fremst til at man var skeptisk til at Likestillingsombudet og Klagenemnda skulle håndheve et slikt forbud. Departementet antar at denne motstanden ikke i samme grad vil gjøre seg gjeldende overfor en forbudsbestemmelse som skal håndheves av domstolene, og som vil være begrenset til et krav om erstatning.

En viktig grunn til at departementet foreslår en bestemmelse som forbyr utøvelse av seksuell trakassering er at en slik regel kan virke preventivt. I tillegg er det prinsipielt viktig å innta en slik bestemmelse i likestillingsloven, herunder at seksuell trakassering skal anses som forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

En annen grunn er en antakelse om at det tidligere omtalte direktivforslager [142)] som foreslår at seksuell trakassering utgjør brudd på likebehandlingsprinsippet vil bli vedtatt. Direktivforslaget synes ikke å gjøre unntak fra de alminnelige håndhevingsreglene i rådsdirektiv 76/207/EØF artikkel 6, som pålegger staten å «innføre i sin nasjonale rettsorden de tiltak som er nødvendige for at alle som mener de er blitt skadelidende ved at [likebehandlingsprinsippet] ikke er blitt anvendt i deres tilfelle, kan bringe sine krav inn for retten». EF-domstolen tolker artikkel 6 til å stille krav om *effektiv*judisiell prøvelse, som blant annet innebærer at saksøker skal kunne få tilkjent erstatning for overtredelsen. Når det gjelder direktivforslagets artikkel 8a, om opprettelse av et uavhengig likestillingsorgan, vil norsk rett tilfredsstille dette gjennom Likestillingsombudet og Klagenemnda.

Når det gjelder anvendelsesområdet for forbudsbestemmelsen, foreslår departementet at dette ikke begrenses på samme måte som for vernebestemmelsen i annet ledd, jf. pkt. 9.7.3.1. Begrunnelsen for å begrense området for vernebestemmelsen knytter seg til en vurdering av hvor det er praktisk å gjennomføre et slikt vern, og hvor det vil være mulig å identifisere et ansvarssub-

[142)] KOM(2000) 334. Se pkt. 9.4.

jekt som kan pålegges et forebyggingsansvar. Etter departementets syn bør virkeområdet for forbudsbestemmelsen følge lovens alminnelige bestemmelse i § 2 første ledd, hvilket vil si at den vil gjelde på alle områder. I forhold til det omtalte direktivforslaget vil bestemmelsen som foreslås her dermed få et videre anvendelsesområde, idet direktivforslaget bare knytter seg til arbeidslivets område. Når det gjelder indre forhold i trossamfunn, vises det til omtalen i pkt. 9.7.3.1. Det samme vil gjelde her. Dersom det senere skulle vise seg at det er enkelte områder som ikke bør være omfattet av et slikt alminnelig forbud, kan man vurdere å unnta disse, jf. forskriftshjemmelen i § 2 tredje ledd.

9.7.5 Plassering

Departementet foreslår at bestemmelsen om seksuell trakassering plasseres som ny § 8a. Systematisk vil denne plasseringen være den beste fordi man da vil ha de fleste av de materielle reglene samlet.

10 Klagenemndas kompetanse i rettstvister om tariffavtaler

Barne- og familiedepartementet foreslår at Klagenemnda for likestilling får en generell rett til å behandle saker om tariffavtaler og å avgi uttalelser om hvorvidt avtalene er i strid med likestillingsloven. I dag har Klagenemnda bare en slik rett i relasjon til konkrete ansettelsesforhold der spørsmålet om tariffavtalens lovlighet kommer opp indirekte. Forslaget er begrunnet i behovet for mer effektiv håndheving av likebehandlingsprinsippet på tariffrettens område. Forslaget vil ikke innebære noen endring i dagens system der det bare er Arbeidsretten som kan avgjøre med bindende virkning spørsmål om tariffavtalers gyldighet, forståelse og bestående.

10.1 Bakgrunn

På det norske arbeidsmarkedet står tariffavtalene og partenes frie forhandlingsrett meget sentralt. Arbeidsvilkår og da særlig lønnsnivået, blir i utstrakt grad fastsatt gjennom forhandlinger som munner ut i tariffavtaler. Mange hensyn skal ivaretas for at man kan oppnå et avtaleresultat som alle parter godtar. Likestillingshensyn blir i dette systemet ett blant mange hensyn. I et historisk perspektiv har kunnskap om likestilling vært mangelfull i samfunnet generelt og i lønnsforhandlingssystemene spesielt. Det samme gjelder forståelsen av strukturell diskriminering, det vil si de ulike mekanismer i samfunnet som virker (sammen) slik at kvinner kommer i en svakere stilling enn menn. Disse forholdene gir risiko for at det inngås avtaler som er i strid med likestillingsloven. Det gir også risiko for at avtaler fortolkes og praktiseres på en måte som er i strid med loven.

Dersom det foreligger motstrid mellom likestillingsloven og (bestemmelser i) en tariffavtale, skal loven slå igjennom i forhold til tariffavtalen. Dette må ses i lys av det generelle prinsippet om at formell lov går foran tariffavtale hvis ikke annet er bestemt. En tariffavtale (eller bestemmelse i tariffavtale) er ugyldig så langt den strider mot ufravikelig lov. Dette følger av alminnelige avtalerettslige prinsipper. Det er derfor ikke plikt til å overholde en avtale som er i strid med likestillingsloven. Spørsmålet her er hvilke organer som skal kunne avgjøre om loven er overtrådt, og hvilke rettsvirkninger avgjørelsene skal ha.

Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling har i dag begrenset kompetanse til å behandle saker som gjelder lovstridige tariffavtaler og avtalebestemmelser. Departementet foreslår å utvide Klagenemndas kompetanse i tarifftvister ved å gi Nemnda adgang til å avgi uttalelser om hvorvidt en tariffavtale er i strid med likestillingsloven.

10.2 Gjeldende rett

Likestillingsombudets kompetanse begrenser seg i dag som hovedregel til å forhandle fram frivillige ordninger og eventuelt å avgi uttalelser om hvorvidt en handling er i strid med likestillingsloven (jf. likestillingsloven § 11). Like-

stillingsombudets kompetanse i forhold til tariffavtaler er som en følge av dette begrenset til å gi en uttalelse om forholdet til likestillingsloven.

Klagenemnda for likestilling har i utgangspunktet myndighet til å fatte bindende vedtak. Tariffavtaler er imidlertid særlig unntatt fra Klagenemndas behandling, jf. likestillingsloven § 14.

Dette har sin bakgrunn i den norske rettsordningens spesielle regler for prøving av tariffavtalers gyldighet, forståelse og bestående: Det er bare Arbeidsretten som har kompetanse til å fatte bindende avgjørelser om tariffavtalers gyldighet, forståelse og bestående (jf. arbeidstvistloven § 7 nr. 2). Dette betyr at det bare er Arbeidsretten som kan avgjøre med bindende virkning om en tariffavtale (eller bestemmelse i tariffavtale) skal settes til side som ugyldig fordi den er i strid med likestillingsloven eller om den skal fortolkes på en bestemt måte for å være i samsvar med likestillingsloven. Det kan imidlertid avtales at rettstvister om tariffavtaler skal avgjøres ved voldgift.

Det er kun organisasjoner, eller eventuelt enkeltstående arbeidsgivere som er part i tariffavtalen, som kan reise sak for Arbeidsretten. Det er den overordnede fagforening eller arbeidsgiverforening som har denne retten, selv om avtalen er sluttet mellom medlemmer eller underorganisasjoner (jf. arbeidstvistloven § 8 [143)]). Det kan nevnes at arbeidstvistloven § 8 antakelig ikke angir uttømmende hvem som har søksmålskompetanse. Hvem som kan ha søksmålskompetanse i tarifftvister om lovstrid er imidlertid ikke avklart i rettspraksis. For enkelthets skyld benevnes i det følgende arbeidsgivere og organisasjoner med søksmålskompetanse som avtalepartene.

Prosessystemet bygger på partenes fortolkningsautonomi; hvis partene er enige om hvordan en tariffavtale skal forstås skal dette legges til grunn. Hvis partene i tariffavtalen av ulike grunner ikke skulle ønske avtalen vurdert, vil den derfor ikke bli prøvet av Arbeidsretten.

Da loven ble utformet forutså man at klager om tariffavtalers forhold til likestillingsloven ville dukke opp, og man ønsket å avskjære uklarhet om hvem som skulle kunne behandle saker om dette spørsmålet. Likestillingsloven presiserer derfor at Klagenemnda for likestilling ikke kan treffe avgjørelser i saker som etter arbeidstvistloven og tjenestetvistloven hører inn under Arbeidsrettens kompetanseområde, jf. § 14 annet ledd.

Hvis ikke avtalepartene velger å fremme sak, har andre bare mulighet til å få prøvet eventuell motstrid mellom en tariffavtale og likestillingsloven ved å bringe saken inn for enten de alminnelige domstoler eller til Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. Saken må da fremmes med utgangspunkt i en individuell ansettelsesavtale (eventuelt flere bestemte ansettelsesavtaler). Tariffavtalen og forholdet til likestillingsloven kan i slike saker komme inn indirekte i den grad den individuelle arbeidsavtalen er omfattet av tariffavtalen. Håndhevingsorganene vil i disse sakene måtte ta stilling til tariffavtalen prejudisielt. Avgjørelsen vil bare ha bindende virkning for den konkrete arbeidsgiver og arbeidstaker som saken gjelder.

Dette gjelder også Klagenemnda som ikke er forhindret fra å ta stilling til slike enkeltsaker som indirekte gjelder en tariffavtale. I motsatt fall ville klage-

[143)] se også tjenestetvistloven § 25 som viser til arbeidstvistloven § 8.

systemet fort bli lammet. Nemnda uttaler seg imidlertid ikke generelt om tariffavtalen og avviser saker som ikke er individualisert.

I saker for de alminnelige domstoler eller Klagenemnda vedrørende en individuell arbeidsavtale må Arbeidsrettens forståelse av tariffavtalen uten videre legges til grunn (jf. arbeidstvistloven § 9). Hensikten med denne bestemmelsen er å forhindre at det tariffrettslige spørsmålet bringes inn til fornyet (prejudisiell) prøvelse. Dette gjelder spørsmålet om den konkrete avtalens gyldighet eller hvordan den skal forstås. Nemnda eller domstolen vil derimot ikke være bundet av Arbeidsrettens tolkning av likestillingsloven.

Likestillingsloven bestemmer på denne bakgrunn at når klagesaker indirekte reiser spørsmål om «...en tariffavtales gyldighet, forståelse eller bestående (...) kan hver av partene i tariffavtalen med oppsettende virkning få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten» (jf. likestillingsloven § 14 første ledd).

Saksbehandlingen i Klagenemnda skal stilles i bero til Arbeidsretten har avsluttet saken og eventuelt fattet en avgjørelse om forholdet til likestillingsloven. Formålet med bestemmelsen er ifølge forarbeidene:

> «... å gi partene i en tariffavtale mulighet for å få Arbeidsrettens dom på hvorvidt tariffavtalen er lovlig i forhold til likestillingsloven (eller hvordan avtalen skal forstås) før Nemnda eventuelt treffer vedtak som binder arbeidsgiveren. Nemnda vil ved sin senere behandling av saken i praksis måtte bygge på Arbeidsrettens dom. Nemndas avgjørelse vil konkludere med hvorvidt arbeidsgiveren har fulgt likestillingsloven, og ikke avgjøre om tariffavtalen er gyldig eller ikke eller hvordan den skal forstås. Forholdet mellom Arbeidsrettens kompetanse og Nemndas vil for så vidt være den samme som forholdet mellom de alminnelige domstoler og Arbeidsretten.» [144)]

10.3 Nordiske lands lovgivning

Et likhetstrekk mellom reguleringen av arbeidsmarkedet i Norge, Sverige og Danmark er at organisasjonene, kollektive forhandlinger og tariffavtaler har en helt sentral posisjon. Systemet for prøving av tariffavtaler i forhold til likestillingslovgivningen i de øvrige skandinaviske land har likhetstrekk med systemet i Norge. Generelt har organisasjonene rådighet over avtalene og medlemmenes rettsstilling, men denne rådigheten går noe lenger i Danmark og Sverige.

Bestemmelser i tariffavtaler som er i strid med likebehandlingsprinsippet er som i Norge ugyldige. Dette er i motsetning til i norsk rett lovfestet i likestillingslovgivningen.

Som i Norge har arbeidsmarkedets organisasjoner rådighet over de avtaler som forhandles fram. Rettstvister om avtalene løses i egne domstoler for arbeidsrettslige tvister (Arbetsdomstolen og Arbejdsretten), eventuelt ved voldgift. Videre er det som hovedregel bare tariffavtalens parter som har søksmålskompetanse i slike saker.

Ser vi derimot på de særlige semi-juridiske organene som er opprettet for å håndheve likestillingslovgivningen er bildet noe annerledes. Den svenske Jämställdhetsombudsmannen har generell myndighet til å fremme frivillige

144) Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 67.

ordninger innenfor lovens område. Denne myndigheten er ikke begrenset i loven. Jämställdhetsnämnden tar ikke stilling til eventuelle overtredelser av diskrimineringsforbudet. Det danske Ligestillingsnævnet fatter derimot avgjørelser i konkrete diskrimineringssaker. Nævnet kan imidlertid bare behandle klager som knytter seg til tariffavtaler hvis organisasjonen ikke vil fremme saken i det arbeidsrettslige systemet. Er saken anlagt for det arbeidsrettslige systemet skal nævnet avvise saken. Saker som verserer for nævnet kan på samme måte ikke tas til behandling ved domstolene. Det ble ikke ansett for rettssikkerhetsmessig betenkelig å utsette muligheten til domstolsbehandling til etter at nævnet har fattet en avgjørelse.

10.4 Internasjonale forpliktelser - EØS-avtalen

Etter EF-retten og dermed etter EØS-avtalen, er det opp til staten å velge prosessform ved håndhevingen av likebehandlingsprinsippet. Visse føringer legges likevel i direktivene.

Et krav er at den enkelte arbeidstaker skal ha adgang og mulighet til å påberope seg likebehandlingsprinsippet, jf. likebehandlingsdirektivets artikkel 6 som lyder slik:

> «Medlemsstatene skal innføre i sin nasjonale rettsorden de tiltak som er nødvendige for at alle som mener de er blitt skadelidende ved at [likebehandlingsprinsippet] ikke er blitt anvendt i deres tilfelle, kan bringe sine krav inn for retten.»

Tilsvarende bestemmelser finnes i likelønnsdirektivet artikkel 2, og direktivet om ervervstilknyttede pensjonsordninger artikkel 10. Dette kravet må anses tilfredsstilt i norsk rett da den enkelte arbeidstaker har adgang til å gå til søksmål ved de ordinære domstoler.

Etter likebehandlingsdirektivets artikkel 3 (2)b, skal staten:

> «treffe nødvendige tiltak for at (...) bestemmelser som er i strid med prinsippet om likebehandling og som forekommer i tariffavtaler (...) anses for ugyldige eller kan bli erklært ugyldige eller kan bli endret.»

Tilsvarende bestemmelser finnes i likebehandlingsdirektivet artikkel 4b og artikkel 5 (2)b, likelønnsdirektivet artikkel 4 og direktivet om ervervstilknyttede pensjonsordninger artikkel 7a.

10.5 Behovet for effektiv kontroll

Det framgår av punkt 10.2 om gjeldende rett at hvis ikke organisasjonene velger å fremme sak, har den enkelte arbeidstaker i dag bare mulighet til å få prøvet eventuell motstrid mellom en tariffavtale og likestillingsloven ved å bringe saken inn for enten de alminnelige domstoler eller for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. Saken må da fremmes med utgangspunkt i den individuelle arbeidsavtalen. Tariffavtalen og forholdet til likestillingsloven kan i slike saker komme inn indirekte i den grad den individuelle arbeidsavtalen er omfattet av tariffavtalen. Klagenemnda eller domstolen vil da måtte ta stilling til tariffavtalen prejudisielt. Avgjørelsen vil bare ha bindende virkning for den konkrete arbeidsgiver og arbeidstaker som saken gjelder.

I denne prosessordningen kan det oppstå situasjoner der arbeidsgiver på den ene siden er bundet av en tariffavtale som skal gjelde alle arbeidstakere som omfattes av avtalen, og på den andre siden en motstridende dom eller avgjørelse som gjelder en eller flere bestemte arbeidstakere. Dette er et problem som ikke bare gjelder i forhold til likestillingsloven, men også andre ugyldighetsregler som omfatter tariffavtaler.

Likestillingsombudet behandler jevnlig saker som indirekte berører vilkår og bestemmelser i tariffavtaler. [145)] Likestillingsombudet har ved flere anledninger påpekt at det er tungvint og lite hensiktsmessig at Likestillingsombudet og Klagenemnda behandler enkeltsaker om kjønnsdiskriminerende lønnsfastsettelse, når det kjønnsdiskriminerende resultatet i realiteten skyldes en bakenforliggende tariffavtale. Likestillingsombudet har uttalt at det unektelig framtrer som en omvei å skulle finne fram til og sammenlikne enkeltpersoner, framfor å vurdere tariffavtalen direkte dersom lønnsskjevheten springer ut av en tariffavtale.

Dette var for eksempel tilfelle i en klagesak som ble brakt inn for Klagenemnda for likestilling. Saken gjaldt lønnen for ledende sykepleiere og ledende ingeniører i Oslo kommune. Norsk sykepleierforbund hevdet at tariffavtalen som lønningene var fastsatt på grunnlag av, var i strid med likestillingsloven. Med andre ord ønsket man i realiteten å få tariffavtalen som sådan prøvet for å få vurdert om avtalen var i strid med likestillingsloven. [146)] I stedet for å legge til grunn en direkte sammenlikning av lønnsnivået i tariffavtalen for de aktuelle yrkesgruppene, måtte organisasjonen likevel knytte klagen til konkrete ansettelsesforhold.

Situasjonen er slik at spørsmålet om tariffavtalers forhold til likestillingsloven i begrenset grad kan og blir prøvet av håndhevingsorganene. Forholdet til likestillingsloven har bare vært drøftet av Arbeidsretten i et fåtall saker siden likestillingsloven trådte i kraft. [147)] Få saker om likestillingsloven i Arbeidsretten gir en indikasjon på at tariffavtaler i liten utstrekning blir vurdert i lys av likestillingsloven og eventuelt endret eller satt til side hvis de er i strid med likebehandlingsprinsippet. Det har på denne bakgrunn vært reist spørsmål om tariffavtalene er underlagt en tilstrekkelig effektiv kontroll. Mer effektiv kontroll kan gjennomføres ved å utvide mulighetene til å få tariffavtalene prøvet av håndhevingsorganene.

10.6 Reformforslag

På denne bakgrunn har ulike forslag til endringer i § 14 vært fremmet siden midten av 1980-tallet. I St. meld. nr. 70 (1991 - 92) ble det lagt fram tre ulike forslag for å styrke og effektivisere likestillingsloven i forhold til tariffavtaler. Forslagene var opprinnelig utformet av Likestillingsombudet basert på de erfaringene Ombudet og Klagenemnda hadde gjort med håndhevingen av likestillingsloven i forhold til tariffavtaler. Forslagene relaterte seg enten til en

145) se for eksempel Klagenemndas saker nr. 2/1997 og 7/1998.

146) Klagenemndas sak nr. 6/1990.

147) se Arbeidsrettslig domssamling 1997 s. 253 og 1990 s. 87.

utvidelse av Klagenemndas kompetanse eller til en utvidelse av søksmålskompetansen for Arbeidsretten.

Det første alternativet innebar å gi Likestillingsombudet søksmålskompetanse på linje med tariffavtalens parter i saker for Arbeidsretten om avtalens gyldighet, forståelse eller bestående. Det vil altså si å gi søksmålskompetanse til en tredje part som ikke er part i eller bundet av avtalen. I praksis vil situasjonen bli den at Likestillingsombudet står som tvistepart på den ene siden, med partene i tariffavtalen på den andre siden. Lovgivningsmessig innebærer forslaget primært endringer i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven. Begge lovene er utformet med tanke på at det bare er partene i en tariffavtale som kan være part i tvister om den. Det vil være nødvendig å endre reglene om hvem som har søksmålskompetanse. En slik løsning vil innebære behov for endringer eller suppleringer i reglene om forberedelser til forhandlingene. Reglene vil måtte bedre tilpasses tvistesituasjonen med Likestillingsombudet på den ene siden og tariffavtalepartene på den andre siden. Det kan også tenkes at sammensetningen av Arbeidsretten i slike saker burde være en annen enn den man har i dag der tvisten står mellom tariffpartene, jf. arbeidstvistloven §§ 10 og 11.

Det andre alternativet som ble foreslått gikk ut på at Likestillingsombudet skal kunne kreve at avtalepartene (eller én av dem) benytter sin adgang til å bringe en sak om hvorvidt tariffavtalen er i overensstemmelse med likestillingsloven inn for Arbeidsretten, hvis Ombudet mener at det er grunn til å få dette spørsmålet prøvet. Selv om avtalepartene rent formelt er tvisteparter, vil realiteten være at Likestillingsombudet i slike tilfeller avgjør at det skal reises sak. Saksanlegg etter en slik regel vil bygge på helt andre forutsetninger enn det arbeidstvistloven og tjenestetvistlovens regler er utformet med tanke på. En slik modell kan derfor kreve at Likestillingsombudet får en formalisert rolle i saksforberedelsene og forhandlingene av hensyn til sakens opplysning. Forslaget vil forutsette endringer i reglene i arbeidstvistloven om blant annet saksforberedelse.

Et annet spørsmål denne modellen reiser, er hvilken myndighet Likestillingsombudet skal ha hvis ingen av partene etterkommer pålegget om å bringe spørsmålet inn for Arbeidsretten. En mulighet er at Likestillingsombudet subsidiært gis søksmålskompetanse som foreslått i det første alternativet. En annen løsning er å knytte ulike typer sanksjoner til et krav til partene om å forelegge spørsmålet om tariffavtalen strider mot likestillingsloven for Arbeidsretten. Både subsidiær søksmålsrett for Likestillingsombudet og en ordning med sanksjoner vil gripe inn i den rådighet avtalepartene etter dagens ordning har over egne avtaler.

Som et tredje alternativ ble det foreslått at Klagenemnda skulle gis uttalerett om tariffavtaler etter mønster av Nemndas uttalerett overfor forvaltningsorganer, jf. likestillingsloven § 13 første ledd, siste punktum. Klagenemnda kan ikke oppheve eller endre vedtak fattet av andre forvaltningsorganer, men kan avgi en uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for Nemnda er i strid med likestillingsloven. Anvendt i forhold til Arbeidsretten betyr dette at saker som direkte berører spørsmålet om tariffavtalen er i strid med likestillingsloven, skal kunne bringes inn for Klagenemnda til uttalelse. Klagenemnda skal kunne gi uttrykk for sitt syn på om tariffavtalen strider mot like-

stillingsloven. Likestillingsombudet foreslo at § 14 første ledd i så fall skulle få tilsvarende anvendelse slik at partene i tariffavtalen kan velge å bringe spørsmålet inn for Arbeidsretten.

Dette forslaget vil ikke gripe direkte inn i partenes rådighet over avtalene. En slik endring vil heller ikke kreve endringer i tvisteløsningssystemet etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven. Gjennomføringen av forslaget vil imidlertid kreve visse tilføyelser i likestillingsloven § 14.

Alle disse forslagene ble presentert i St. prp. nr. 70 (1991 - 92), uten at departementet tok standpunkt til hvilket som var å foretrekke. Likestillingsombudet gikk selv inn for det tredje alternativet med uttalerett for Klagenemnda. Stortinget tok ikke stilling til noen av forslagene, men ville avvente Regjeringens vurdering av spørsmålet. Arbeidsvurderingsutvalget anbefalte det tredje alternativet med uttalerett for Klagenemnda. [148)]

10.7 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått at det lovfestes i § 14 en adgang for Klagenemnda til å uttale seg om hvorvidt en tariffavtale helt eller delvis er i strid med likestillingsloven, uavhengig av om spørsmålet kommer opp prejudisielt i en sak som gjelder konkrete arbeidstakere. Det ble understreket at en tariffavtale i strid med likestillingsloven ikke skulle straffesanksjoneres etter likestillingsloven § 18 i de tilfeller uttalelsen ikke følges opp. Det ble derimot framholdt at uttalelsen burde kunne utløse erstatningsansvar etter lovens § 17. Departementet foreslo at regelen om oppsettende virkning beholdes og at den også får anvendelse for Klagenemndas uttalerett.

10.8 Høringsinstansenes syn

Et flertall av de som uttalte seg om spørsmålet ga sin støtte til forslaget eller hadde ingen innvendinger mot det. De fleste arbeidstakerorganisasjonene; *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS), Landsorganisasjonen i Norge (LO), Norsk Lærerlag, Akademikernes Fellesorganisasjon, Norsk Helse- og Sosialforbund, Fellesorganisasjonen for barnevernpedagoger, sosionomer og vernepleiere (FO), og Norsk sykepleierforbund* var for forslaget, sammen med *Høyres Kvinneutvalg og Norsk Venstrekvinnelag*. Også *Advokatforeningen, Likestillingssenteret og Likestillingsombudet* var for forslaget.

Norsk Sykepleierforbund framhevet fordelen ved at man slipper å gå veien om konkrete ansettelsesforhold for å få en vurdering av om tariffavtalen er i strid med likestillingsloven, mens *Norsk Bedriftsforbund* framhevet at Klagenemnda besitter spisskompetanse når det gjelder spørsmålet om tariffavtalen er i strid med likestillingsloven. En uttalelse basert på en slik spisskompetanse burde inngå i Arbeidsrettens vurderingsgrunnlag når den tar stilling til tariffavtalens lovlighet.

Norsk Lærerlag mente at forslaget ikke gikk langt nok. I stedet for uttalerett ønsket de primært at Likestillingsombudet skal få søksmålskompetanse i forhold til å bringe spørsmålet om en tariffavtale er i strid med likestillingslo-

[148)] NOU 1997:10 «Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn» s. 135-136.

ven inn for Arbeidsretten til avgjørelse. Også *Kvinnefronten* gikk inn for en slik løsning.

Flere høringsinstanser gikk imidlertid mot forslaget. Dette gjaldt *Arbeidsrettens formann, Norsk arbeidsgiverorganisasjon for virksomheter med offentlig tilknytning (NAVO), Kommunenes sentralforbund (KS), Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH), Den norske lægeforening, Norsk Kommuneforbund og Akademikerne.* Motstanden begrunnes blant annet i at en slik uttalerett gjør inngrep i organisasjonenes rådighet over avtalene og i systemet for løsning av tvister. *NAVO* skriver for eksempel at:

> «Departementets forslag om Klagenemndas uttalerett mht lovligheten av en tariffavtale, vil kunne gripe inn i partenes frie forhandlingsrett. Dette prinsippet bør ikke røres. Departementets forslag vil kunne bidra til at det systemet som er utviklet og lovfestet mellom arbeidslivets parter blir utvannet.»

Arbeidsrettens formann var kritisk til høringsnotatet ut fra en oppfatning om at grunnlaget for forslaget var mangelfullt. Han pekte på at en adgang for Klagenemnda til å avgi ikke-bindende uttalelser om tariffavtalers forhold til likestillingsloven saklig sett ikke innebærer noe nytt.

Klagenemnda for likestilling framhevet at partene i tariffavtalen bør ha en ubetinget rett til å uttale seg før Klagenemnda gir uttalelse om hvorvidt avtalen er i strid med likestillingsloven. En slik uttalerett burde gjelde uavhengig av hvem som har brakt saken inn for Nemnda.

Likestillingsombudet gikk i mot at regelen om at søksmål for Arbeidsretten skal ha oppsettende virkning, skal gjelde i saker der Klagenemnda er forelagt spørsmål om tariffavtalers lovlighet. Det ble anført at det vil være lite praktisk at Nemnda behandler saken etter at Arbeidsretten har fattet en avgjørelse så lenge:

> «...det i et slikt tilfelle vil være det samme spørsmål som er brakt inn for begge instanser. Når Arbeidsretten har tatt stilling til om avtalen strider mot likestillingsloven er det altså ingen mening i at Nemnda tar saken opp igjen, i motsetning til individuelle saker der Arbeidsrettens dom vil legges til grunn i vurderingen av om konkrete personer har blitt behandlet i strid med likestillingsloven.»

Arbeids- og administrasjonsdepartementet gikk også mot forslaget. Det ble hevdet at en uttalerett for Nemnda griper inn i Arbeidsrettens tradisjonelle kompetanseområde. Det burde ifølge *Arbeids- og administrasjonsdepartementet* tas hensyn til at prosessystemet er begrunnet i avtalepartenes tolkningsmonopol i forhold til egne avtaler, og at det legges stor vekt på avtalepartenes forutsetninger i tolkningen.

10.9 Departementets vurderinger og forslag

Barne- og familiedepartementet vil i samsvar med høringsnotatet foreslå en uttalerett for Klagenemnda for likestilling i forhold til om tariffavtaler er i overensstemmelse med likestillingsloven. Som i høringsnotatet foreslås det at regelen om oppsettende virkning beholdes og gjøres gjeldende også i saker som direkte gjelder tariffavtaler.

10.9.1 Uttalerett for Klagenemnda

Den arbeidsrettslige prosessordningen begrenser enkeltpersoners muligheter til å få tariffavtaler og tariffavtalevilkår rettslig prøvet. Disse begrensningene gjelder ikke bare likebehandlingsprinsippet og likestillingsloven, men også andre materielle arbeidsrettslige regler som setter rammer for avtalefriheten. Likestillingsområdet er imidlertid et område der problemene særlig blir satt på spissen.

Det er etter departementets syn ikke hensiktsmessig å endre det arbeidsrettslige prosessystemet i tilknytning til den pågående revideringen av likestillingsloven. Slike endringer vil kunne være kontroversielle ved at de bryter med en lang rettstradisjon og innarbeidet praksis. Spørsmålene krever grundige analyser og overveielser, og forutsetter et tett samarbeid med organisasjonene i arbeidslivet. Eventuelle lovendringer ville i så fall først og fremst være aktuelle i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven, og ikke i likestillingsloven.

Departementet vurderer det likevel slik at man - så langt som mulig på nåværende tidspunkt, og uten å bryte med den alminnelige prosessordningen for rettstvister om tariffavtaler - bør søke å styrke likestillingsloven og likebehandlingsprinsippet i relasjon til tariffavtaler.

På bakgrunn av disse overveielsene foreslår departementet å gi Klagenemnda for likestilling en direkte uttalerett om tariffavtalers lovlighet i forhold til likestillingsloven. Med andre ord foreslår departementet det siste av de tre forslagene til løsninger som ble presentert i punkt 10.6.

I praksis innebærer forslaget at enkeltpersoner eller grupper av personer kan henvende seg til Likestillingsombudet med klage over at en tariffavtale er i strid med likestillingsloven. Finner Likestillingsombudet at avtalen er i strid med loven, kan hun forsøke å få til en ordning ved å forelegge sine synspunkter på avtalen overfor partene. Fører ikke dette fram, kan hun bringe saken inn for Klagenemnda. Hvis Likestillingsombudet derimot kommer til at avtalen ikke er i strid med loven, kan den som brakte saken inn bringe den videre til Klagenemnda.

At man ikke behøver å gå veien om en individualisering til enkeltsaker har flere fordeler:

Enkeltpersoner vil slippe den belastningen det er å «fronte» likelønnssaker for å få satt søkelys på et problem som reelt sett ligger i tariffavtalen, og som berører langt flere enn den eller de arbeidstakere den konkrete saken gjelder. I tillegg vil kretsen av de som kan trekke en avtale inn for prøving utvides, se nedenfor i punkt 10.9.2 til 10.9.4. Disse forholdene kan bety at flere tariffavtaler vil bli underlagt en vurdering i lys av likestillingsloven fordi flere kan klage saken inn, og fordi den enkelte arbeidstaker slipper omkostningene ved å trekkes fram.

Klagenemnda kan gå direkte på behandlingen av et problem som berører flere arbeidstakere. Det sparer tid og saksbehandlingsressurser. Hvis avtalepartene trekkes inn i saksbehandlingen hos Likestillingsombudet og Klagenemnda må det kunne forventes at de aktuelle spørsmålene blir bredere prosedert og mer fullstendig belyst enn etter dagens ordning, hvor spørsmålene bare indirekte berøres mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i individualiserte saker.

Departementet legger stor vekt på at flertallet av høringsinstansene var enige i, eller ikke hadde merknader til, forslaget. Sentrale høringsinstanser var positive til forslaget, selv om forslaget vakte noe motstand. Departementet har også lagt stor vekt på at de store arbeidstakerorganisasjonene, for eksempel LO, er positive til forslaget, og at NHO ikke har kommet med innvendinger mot forslaget. Departementet har videre lagt vekt på at flertallet i Arbeidsvurderingsutvalget i sin innstilling anbefaler en slik ordning, jf. NOU 1997:10.

Flere høringsinstanser viser til avtalepartenes tolkningsmonopol. Departementet vil påpeke at det er tale om ufravikelig lovgivning som setter rammer for avtalefriheten av hensyn til den enkelte arbeidstaker og hensynet til likestilling i samfunnet. Avtalepartenes forutsetninger for avtalen og forståelse av loven kan dermed ikke være avgjørende.

Det må tas i betraktning at Arbeidsretten har en særlig kompetanse i tariffrettslige spørsmål. Til dette vil imidlertid departementet påpeke at også Klagenemnda har representanter fra arbeidsmarkedets organisasjoner som skal sikre kompetanse i spørsmål knyttet til arbeidsmarkedet og tariffretten. I tillegg har Klagenemnda en særlig kompetanse i spørsmål om kjønnsdiskriminering og likestillingsrett.

Det har likevel vært avgjørende for departementet at Arbeidsretten med en uttalerett for Klagenemnda fortsatt vil ha enekompetanse til å avgjøre med bindende virkning spørsmål om tariffavtalers lovlighet. Forslaget forutsetter med andre ord ikke endringer i det systemet som ellers gjelder for løsning av rettstvister på tariffrettens område. Det er likevel behov for noen ytterligere presiseringer i tilknytning til forslaget. Se punkt 10.9.2.

Departementet foreslår på denne bakgrunn at Klagenemnda skal kunne behandle spørsmål om tariffavtalers forhold til likestillingsloven og komme med begrunnede uttalelser om avtalen er i strid med loven eller ikke.

Det kan være grunn til å merke seg at disse sakene - og dermed Klagenemndas uttalelse - som regel egentlig vil dreie seg om en bestemt tolkning av tariffavtalen som den ene eller begge avtalepartene hevder er den riktige.

Klagenemnda vil i praksis kunne få seg forelagt saker til uttalelse på to måter:

Ved at den i forbindelse med behandlingen av en enkeltsak som indirekte berører en tariffavtale også ser på spørsmålet om selve tariffavtalen er i overensstemmelse med likestillingsloven, eller ved at Klagenemnda blir bedt om å uttale seg om en tariffavtale, eller en bestemmelse i tariffavtalen, er i overensstemmelse med likestillingsloven.

I forhold til de førstnevnte tilfellene (prejudisielle uttalelser) representerer lovendringen kun en klargjøring av en mulighet til å uttale seg som Klagenemnda allerede har. Klagenemnda har imidlertid ikke praksis for å gi generelle uttalelser om tariffavtaler i individuelle saker.

Det er derimot vanskelig å tolke inn i dagens bestemmelse at Klagenemnda har kompetanse til å vurdere og avgi uttalelse om tariffavtaler uten at den først er brakt inn for Klagenemnda indirekte gjennom en individualisert sak, jf. likestillingsloven § 14. Slik sett representerer endringsforslaget en utvidelse av Klagenemndas kompetanse.

10.9.2 Avtalepartenes stilling under Klagenemndas saksbehandling

Flere av høringsinstansene reiste spørsmål om hvilken stilling partene i tariffavtalen vil ha under behandlingen av saken i Klagenemnda. Likestillingsombudet reiser spørsmål ved hvordan partene i tariffavtalen skal gis mulighet til å prøve spørsmålet for Arbeidsretten, dersom de ikke er klar over at en sak som gjelder dem er brakt inn til Likestillingsombudet og Klagenemnda. Likestillingsombudet foreslår derfor at avtalepartene skal behandles som «parter» i saker som direkte gjelder forholdet mellom tariffavtalen og likestillingsloven.

Departementet foreslår at de alminnelige reglene om klageadgang for Ombudet og Nemnda følges også i denne type saker. Ifølge forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling § 2 kan «enhver» bringe en sak inn for Ombudet. Dette gjelder også den som ikke er part i saken. Saker om tariffavtaler kan dermed bringes inn for Nemnda av Likestillingsombudet hvis frivillig ordning ikke oppnås, eventuelt av den krenkede, den som har reist saken uten å være part eller den som har fått en uttalelse fra Ombudet mot seg. Se likestillingsloven § 11 og forskriftene § 16.

Dette betyr for eksempel at en arbeidstaker som omfattes av tariffavtalen vil kunne få denne prøvet for Nemnda, uten at klagerens eget ansettelsesforhold trekkes inn i saken. Dette betyr også at underorganisasjoner som er omfattet av tariffavtalen, men som ikke har søksmålskompetanse etter arbeidstvistloven, kan få avtalen prøvet. Det betyr også at avtalepartene vil kunne velge om de vil prøve en avtale for Klagenemnda eller for Arbeidsretten.

Tariffavtalens parter vil i alle saker som direkte eller indirekte gjelder avtalen kunne ha interesse i å uttale seg for Klagenemnda i saken. Likestillingsombudet foreslår at det innføres en plikt for Likestillingsombudet til å informere avtalepartene om at saker som indirekte berører tariffavtalens lovlighet er under behandling. Departementet foreslår på denne bakgrunn at tariffavtalens parter varsles dersom spørsmål om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelser i den er i strid med likestillingsloven, direkte eller indirekte, bringes inn for Likestillingsombudet og Klagenemnda til behandling. Avtalepartene skal gis en mulighet til å uttale seg i saken. Departementet foreslår derfor at et krav om varsling og en adgang for avtalepartene til å uttale seg nedfelles i forskriften om Likestillingsombudets og Klagenemndas virksomhet.

Departementet vil peke på at under behandlingen av saken hos Likestillingsombudet og i Klagenemnda er det mer naturlig å tale om klager og innklaget, enn om partene. Klager og innklaget er ikke nødvendigvis den som saken direkte gjelder (mer presist den/de som er krenket og den/de som hevdes å forskjellsbehandle), som for eksempel arbeidsgiver, arbeidstaker eller avtalepartene. Hvem som er klager og innklaget vil avhenge av om det er Likestillingsombudet eller andre som har brakt saken inn for Klagenemnda.

Departementet legger til grunn at avtalepartene skal varsles og gis en mulighet til å uttale seg uavhengig av hvilken status de har i saken for Ombudet eller Nemnda.

Er det avtalepartene som er innklaget av Likestillingsombudet er situasjonen annerledes enn den vil være i en sak for Arbeidsretten om det samme spørsmålet. Søksmål for Arbeidsretten forutsetter at partene er uenige om hvilken forståelse av avtalen som skal legges til grunn. I Arbeidsretten står

avtalepartene mot hverandre med motstridende påstander om hvordan avtalen skal tolkes. I en sak for Klagenemnda vil avtalepartene derimot kunne være enige, og stå som innklaget sammen. I Nemnda kan det likevel oppstå en situasjon der avtalepartene ikke er enige om hvordan tariffavtalen skal tolkes i lys av likestillingsloven, men uten at spørsmålet tas til Arbeidsretten. Dette er ikke til hinder for at saken behandles av Klagenemnda. I disse tilfellene vil den ene av avtalepartene ha adgang til å uttale seg til støtte for Likestillingsombudets eller klagerens standpunkt. Hver av avtalepartene vil uansett ha mulighet til å fremme saken for Arbeidsretten etter arbeidstvistlovens regler, jf. 10.9.3.

10.9.3 Oppsettende virkning

Det at saken er fremmet for Nemnda skal ikke avskjære adgangen til å reise sak for Arbeidsretten etter arbeidstvistlovens regler, uansett om spørsmålet om tariffavtalen kommer inn direkte eller indirekte i saken. Likestillingsloven § 14 har som nevnt en bestemmelse om oppsettende virkning med sikte på slike situasjoner. Regelen om oppsettende virkning innebærer at Klagenemnda skal stanse sin saksbehandling om avtalepartene bringer spørsmålet om tariffavtalen og forholdet til likestillingsloven inn for Arbeidsretten.

Regelen om oppsettende virkning i likestillingsloven § 14 er den samme for saker som blir reist ved de alminnelige domstoler og som indirekte berører tariffavtaler jf. tvistemålslovens § 107. Hensynet til et enhetlig regelverk, kan derfor tale for at regelen opprettholdes og at den også får anvendelse for forslaget om uttalerett for Klagenemnda.

Regelen om oppsettende virkning hindrer unødig dobbeltbehandling. Oppheves regelen, kan en risikere at en tariffavtale blir vurdert i Klagenemnda samtidig som partene velger å bringe den inn for Arbeidsretten. Behandlingen i Klagenemnda vil da ha vært en unødig bruk av tid og ressurser, idet Arbeidsrettens avgjørelse (i motsetning til Nemndas uttalelse) vil være bindende for avtalepartene. Det sentrale poenget må være at avtalen blir rettslig prøvet - enten dette blir i Klagenemnda eller i Arbeidsretten.

Departementet ser at bestemmelsen kan føre til at saksbehandlingen i Klagenemnda forsinkes. Erfaringen er imidlertid at bestemmelsen har liten eller ingen praktisk betydning da avtalepartene ikke har benyttet seg av denne adgangen.

Departementet mener at faren for forsinkelser ikke kan være avgjørende, slik at regelen om oppsettende virkning bør opprettholdes. Departementet foreslår at regelen også skal gjelde i saker som direkte gjelder en tariffavtale og forholdet til likestillingsloven.

Regelen vil innebære at Klagenemnda inntil videre innstiller behandlingen av en tariffavtale når partene har gått til et aktivt skritt for å få saken (dvs. lovligheten eller forståelsen av tariffavtalen) avgjort i Arbeidsretten. Skjæringspunktet for når Klagenemnda skal innstille sin behandling vil være det tidspunktet partene i tariffavtalen har tatt ut stevning for Arbeidsretten. Slik vil en kunne hindre forsinkelse eller usikkerhet om hvorvidt partene kommer til å bringe saken inn for Arbeidsretten. Slik usikkerhet kan oppstå dersom Klagenemnda innstiller sin behandling før det er klart at prosessen er satt i Arbeidsretten.

Klagenemndas behandling av saken skal derfor stanses hvis en av avtalepartene bringer den inn for Arbeidsretten, og tas opp igjen når saken er avsluttet i Arbeidsretten. Dersom spørsmålet må ansees avgjort ved Arbeidsrettens avgjørelse skal Nemnda legge denne til grunn i samsvar med prinsippene i arbeidstvistloven § 9. Saken bør imidlertid ikke avsluttes hos Nemnda før den er ferdigbehandlet i Arbeidsretten. Det kan være at saken avgjøres uten at det faller dom fordi avtalepartene kommer til enighet (forlik). Det kan også være at Arbeidsretten i sin avgjørelse har løst tvisten mellom partene uten at det tas stilling til forholdet til likestillingsloven. [149)] I slike tilfeller skal Nemnda behandle saken på vanlig måte.

10.9.4 Uttalelsens virkninger

Flere høringsinstanser, herunder Klagenemnda, har understreket at det ikke bør knyttes rettsvirkninger til Nemndas uttalelser om tariffavtaler. Med bruken av begrepet «uttalelse» ønsker departementet å differensiere fra ordet «vedtak». Dette betyr at uttalelsen ikke skal være bindende for dem som saken gjelder. Dersom avtalepartene ikke er enige med Klagenemnda, kan avtalen bringes inn for Arbeidsretten for å få en bindende avgjørelse om spørsmålet.

En unnlatelse av å følge opp uttalelsen skal ikke være straffesanksjonert etter likestillingsloven § 18 som oppstiller straff for forsettlig eller uaktsom overtredelse av vedtak.

I høringsnotatet ble det drøftet om uttalelsene skulle utløse erstatning etter likestillingsloven § 17. Departementet foreslår at lovens alminnelige system legges til grunn. Dette betyr at Klagenemndas uttalelser ikke i seg selv skal utløse erstatningsplikt, og at Nemnda fortsatt ikke skal ha myndighet til å pålegge erstatning ved brudd på loven.

Selv om Nemndas uttalelse ikke er bindende er det grunn til å forvente at avtalepartene frivillig innretter seg etter uttalelsen og tar skritt til å endre avtalen. Dette kan skje ved at avtalepartene reforhandler avtalens kontroversielle punkt. Dersom partene ikke blir enige, kan det reises sak om avtalen/avtalebestemmelsen for Arbeidsretten.

En annen sak er at Nemndas uttalelser ved tolkningen av likestillingsloven vil måtte tillegges rettskildeverdi etter alminnelige rettskildeprinsipper hvis samme sak eller lignende saker behandles senere av håndhevingsorganene. En uttalelse vil også kunne initiere erstatningskrav fra de som omfattes av avtalen. Et slikt krav kan rettes ikke bare mot arbeidsgiver, men også mot fagorganisasjonen(e) eller arbeidsgiverorganisasjonen som har inngått avtalen. I en erstatningssak vil Nemndas uttalelse i den konkrete saken ikke binde domstolen, men bør ha vekt som en fagkyndig uttalelse. Uttalelsen bør også ha vekt i relasjon til spørsmålet om eventuell skyld for overtredelse av loven, på grunnlag av at det til tross for Klagenemndas uttalelse ikke er tatt skritt til å få ordnet opp i forholdene.

149) Slik som i dommen inntatt i Arbeidsrettslig domssamling 1997 s. 253.

11 Sammensetning av Klagenemnda for likestilling

11.1 Innledning

Barne- og familiedepartementet foreslår ikke endringer i sammensetningen av Klagenemnda for likestilling, jf. lovens § 10, da høringsrunden ikke ga grunnlag for å falle ned på en annen sammensetning som det er alminnelig oppslutning om.

11.2 Gjeldende rett

Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling er opprettet for å medvirke til at likestillingsloven blir gjennomført. Klagenemnda behandler klager som i første hånd har vært til behandling hos Likestillingsombudet, men uten at man har oppnådd en frivillig ordning, jf. likestillingsloven § 11 første ledd jf. § 13. Det følger av likestillingsloven § 11 annet ledd at hvis ikke Likestillingsombudet beslutter å bringe en slik sak inn for Klagenemnda, kan den bringes inn av den som «er part i saken», dvs. den som saken direkte gjelder (den eller de som er krenket/forskjellsbehandlet) eller «den som har reist saken uten å være part». Klagenemnda kan også kreve at Likestillingsombudet bringer bestemte saker inn for Nemnda jf. § 11 siste ledd. Under behandlingen av saken i Klagenemnda kan det derfor være mer naturlig å tale om klager og innklaget, enn om partene. Medlemmene i klagenemnda med stedfortredere oppnevnes for fire år av gangen, jf. § 15 i forskriften om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. Klagenemnda skal bestå av sju medlemmer med personlige stedfortredere. Leder eller nestleder skal oppfylle de betingelser som er foreskrevet for dommere. To av medlemmene med stedfortredere oppnevnes etter innstilling fra henholdsvis Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).

Begrunnelsen for at LO og NHO skulle oppnevne et medlem hver, var at Nemndas virksomhet i stor utstrekning ville bli knyttet til arbeidslivets problemer, jf. Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 52. At bare representanter for LO og NHO (den gang NAF) skulle være representert, ble kritisert, og flere høringsinstanser foreslo å utforme reglene slik at også andre arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner kunne delta.

I saker som angår arbeidslivet og som berører andre interesseorganisasjoner enn LO og NHO, kan Klagenemnda selv vedta at den skal suppleres av en representant fra den eller de berørte organisasjonene. Disse representantene har talerett, men ikke stemmerett, jf. § 15 i forskriften.

Sammensetningen av Klagenemnda har en viss likhet med sammensetningen av Arbeidsretten: Denne domstolen har medlemmer som er oppnevnt etter innstilling fra arbeidslivsorganisasjonene (fire av sju medlemmer). De som har innstillingsrett er arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner av en viss størrelse (jf. arbeidstvistloven § 11 og tjenestetvistloven § 25). Dette skal sikre legitimitet og særlig kompetanse på arbeidsmarkeds- og tariffspørsmål,

og medlemmene skal ikke være partsrepresentanter for organisasjonen som har innstilt dem. Sammensetningen avhenger imidlertid av om saken gjelder tariffavtale for statstjenestemenn eller andre arbeidstakere (jf. arbeidstvistloven § 10 og tjenestetvistloven § 25). Om den organisasjon som har innstilt ett av medlemmene står i konkurransesforhold til en av partene i tvisten, skal dette medlem etter omstendigheten tre ut som inhabil (jf. arbeidstvistloven § 13 og tjenestetvistloven § 25 tredje ledd).

11.3 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ga departementet uttrykk for et behov for å se nærmere på ordningen med at to medlemmer oppnevnes etter innstilling fra henholdsvis LO og NHO.

Mange av sakene som kommer opp for Nemnda angår medlemmer fra andre fagorganisasjoner eller arbeidsgivere enn de som er medlemmer av LO og NHO. For eksempel organiserer YS og AF store kvinnedominerte arbeidstakergrupper, og kommunene er arbeidsgivere i en rekke saker som avgjøres i Klagenemnda. Disse organisasjonene har kunnskaper som kan være interessante i en rekke av de sakene som behandles. I høringsnotatet foreslo departementet derfor å se nærmere på Klagenemndas sammensetning når det gjelder medlem oppnevnt etter forslag fra arbeidslivets organisasjoner. Departementet valgte å legge fram fire ulike forslag til hvordan en kunne sikre bredest mulig representasjon i Klagenemnda. Departementet tok ikke stilling til et bestemt alternativ eller om ordningen i det hele tatt burde endres. I stedet valgte man å avvente tilbakemeldingene fra høringsinstansene.

Det første alternativet innebar å utvide Klagenemnda slik at det gis plass til medlemmer oppnevnt etter innstilling fra flere av arbeidslivets organisasjoner. Slik ville en kunne sikre at flere organisasjoner ville få en kontinuerlig deltakelse og innsikt i Klagenemndas saker. En ulempe ved en slik løsning er at en får en stor nemnd som blir mer ressurskrevende å administrere. En mulighet er å innskrenke antallet øvrige medlemmer, men da vil en fort sitte igjen med en nemnd som utelukkende er innrettet mot og har kompetanse fra arbeidslivet. En slik løsning er neppe hensiktsmessig - da likestillingsloven har et videre virkeområde enn arbeidslivets område.

Det andre alternativet som ble foreslått i høringsnotatet var å opprettholde medlemsantallet og la adgangen til å komme med forslag til nemndsmedlemmer gå på omgang mellom de større arbeidstaker- og arbeidsgiversammenslutningene. Denne løsningen gir en rettferdig fordeling av verv som flere fagorganisasjoner vil kunne ha interesse av å ha. Ulempen er at det vil gå flere år mellom hver gang den enkelte organisasjon har rett til å foreslå medlem. Denne løsningen vil dermed svekke kontinuiteten. Eventuelt kunne dette oppveies ved at man oppnevner Nemnda for kortere perioder av gangen enn det som gjelder i dag (fire år).

Det tredje alternativet innebar å oppnevne medlemmer etter innstilling fra alle de større arbeidstaker- og arbeidsgiversammenslutningene for hver fireårsperiode, og at vedkommende bare møtte i saker der ett eller flere av organisasjonens medlemmer var involvert. Denne ordningen vil sikre en rettferdig og saklig sett fornuftig fordeling av representasjonen mellom organisasjo-

nene. For eksempel vil medlem oppnevnt av LO og NHO stille i én sak, mens medlem oppnevnt av YS og KS stiller i neste sak. I tilfeller der saken gjelder forhold der verken klager eller innklaget er organisert eller saken ikke omhandler arbeidslivsforhold, kunne Nemnda settes uten slikt medlem, og fem medlemmer ville være fulltallig nemnd.

Det siste alternativet som høringsinstansene ble forelagt innebar at Nemnda oppnevnes uten medlemmer som innstilles av arbeidslivets organisasjoner, men der disse skulle gis møte- og talerett i saker der ett (eller flere) av deres medlemmer er part i saken. En slik løsning ville ha likhetstrekk med de alminnelige domstoler. Også der sitter dommere uten spesielle fagkunnskaper utover de juridiske. Behovet for spesialkunnskap ivaretas blant annet gjennom å innhente sakkyndige uttalelser.

11.4 Høringsinstansenes syn

Det er forholdsvis få høringsinstanser som har uttalt seg om dette spørsmålet, og de som har gjort det hadde svært ulike syn på hvordan Klagenemnda skulle settes sammen. Mange av de som uttalte seg så imidlertid behov for å endre sammensetningen.

Noen få høringsinstanser har gitt uttrykk for et ønske om at Nemnda skulle ha representanter fra miljøer med nærmere bestemt kompetanse og erfaring ut over arbeidslivet. Det ble foreslått representasjon fra kvinne- og kjønnsforskningsmiljøer (*Høgskolen i Finnmark),* eller arbeidslivsforskere (*Kvinnelige akademikere*). I tillegg har både *Kommunal- og regionaldepartementet*og *Oslo biskop* pekt på hvor viktig det er at kvinner med minoritetsbakgrunn er representert.

Enkelte høringsinstanser gikk inn for det første alternativet, altså at flere av hovedorganisasjonene skulle få anledning til å foreslå medlemmer. De som støttet dette forslaget var *Kommunenes Sentralforbund, Akademikernes Fellesorganisasjon, Akademikerne* og *Sykepleierforbundet. Arbeids- og administrasjonsdepartementet* hadde videre dette som annet alternativ i sin høringsuttalelse. Med andre ord fikk det første alternativet tilslutning fra sentrale hovedorganisasjoner som i dag ikke sitter i Klagenemnda - og bare av dem.

Høringsnotatets annet alternativ fikk ikke særlig støtte. Som nevnt ivaretok dette forslaget i svært liten grad hensynet til kontinuitet, og flere høringsinstanser har pekt på nettopp behovet for kontinuitet.

Det tredje alternativet fikk bredest tilslutning blant høringsinstansene. Dette forslaget innebar å oppnevne faste medlemmer etter innstilling fra alle de sentrale arbeidslivsorganisasjonene, men at bare de som har medlemmer involvert i saken som er til behandling møter. Forslaget fikk tilslutning fra *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, Norges arbeidsgiverforening for virksomheter med offentlig tilknytning (NAVO), Norske Kvinnelige Juristers Forening, Norges Rederiforbund, Finansnæringens arbeidsgiverforening, Norsk Bedriftsforbund, Norsk Lærerlag, Nærings- og handelsdepartementet, Arbeids- og administrasjonsdepartementet* og to fylkeskommuner. Flere høringsinstanser nevner også dette alternativet subsidiært, men hvor de først og fremst går for et annet alternativ.

Alternativ fire innebar at Klagenemnda skulle oppnevnes uten medlemmer innstilt fra arbeidslivets organisasjoner, men at disse skulle gis møte- og talerett i saker der deres medlemmer er part i saken. Blant fagorganisasjonene er det bare *Norsk Helse- og Sosialforbund (NHS)* og *Samvirkeforetakenes Forhandlingsorganisasjon (Samfo)* som gikk inn for dette forslaget, sammen med *Bjørgvin biskop, Høyre, Kvinnefronten, Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet,* og en fylkeskommune. *Norges Helse- og Sosialforbunds* begrunnelse for å gå for dette forslaget var behov for nøytralitet i Klagenemnda.

Noen få, men sentrale høringsinstanser, gikk inn for å videreføre dagens ordning. De som fremmet et slikt syn var *NHO, LO*og *Norsk Kommuneforbund. NHO* foreslo alternativt at man erstattet to medlemmer i Nemnda med representanter fra arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner fra offentlig sektor. Også *Arbeiderpartiet,Den norske lægeforening* og *Byråden for finans i Oslo* gikk inn for å videreføre dagens bestemmelse.

Verken *Likestillingsombudet* eller *Likestillingssenteret* hadde sterke synspunkter på dette spørsmålet. *Likestillingsombudet* framhevet at det ikke er gitt at arbeidslivets organisasjoner bør være representert i Klagenemnda. Som begrunnelse anførte hun blant annet at likestillingsloven ikke er begrenset til arbeidslivets område og at Klagenemnda dermed vil behandle saker som gjelder andre forhold enn arbeidslivet. Videre framhevet *Likestillingsombudet* at behovet for kompetanse på arbeidslivets område kan dekkes på andre måter enn gjennom oppnevning av representanter for organisasjonene. For øvrig så ikke *Likestillingsombudet*noe stort problem med dagens ordning, men syntes ellers å foretrekke alternativ fire.

11.5 Departementets vurderinger og forslag

Departementet oppfatter høringsinstansene som svært delte i spørsmålet om Klagenemndas sammensetning. Departementet har derfor valgt å beholde den nåværende ordning, hvor ett medlem oppnevnes etter innstilling fra LO og ett medlem oppnevnes etter innstilling fra NHO. I saker som angår arbeidslivet og som berører andre interesseorganisasjoner enn LO og NHO, kan Klagenemnda fortsatt vedta at en representant for hver av de berørte organisasjonene tiltrer Nemnda med talerett, men uten stemmerett.

Departementet vil framheve at Nemndas medlemmer ikke representerer sin organisasjons interesser, men at de skal sikre Nemndas kompetanse i arbeidslivs- og tariffspørsmål.

Departementet har i vurderingen lagt avgjørende vekt på at høringsinstansene var så vidt delte i forhold til dette spørsmålet. Høringsrunden ga ikke grunnlag for å falle ned på en annen sammensetning som det er alminnelig oppslutning om. Videre har dagens ordning eksistert i over 20 år uten at ordningen har medført nevneverdige problemer. Verken Klagenemnda selv eller Likestillingsombudet har videre hatt sterke synspunkter på dette spørsmålet. Likestillingsombudet gir i sin høringsuttalelse også uttrykk for at dagens ordning ikke oppleves som et problem. Endelig tilsier hensynet til kontinuitet at man opprettholder dagens ordning.

12 Delt bevisbyrde

12.1 Innledning

Det foreslås å lovfeste en regel om delt bevisbyrde i alle saker som gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn fra arbeidsgivers side. Denne regelen skal erstatte reglene om delt bevisbyrde som i dag framgår av likestillingsloven §§ 4-6. Bestemmelsen vil ha et noe videre anvendelsesområde enn det som hittil har fulgt av ordlyden i disse bestemmelsene. De foreslåtte endringene innebærer i liten grad endring av gjeldende rett, men er i stor grad en kodifisering av praksis knyttet til bevisbyrdereglene. Gjennom forslaget reduseres imidlertid kravene noe til klagers sannsynliggjøring av at forskjellsbehandling har funnet sted. Implementering av bevisbyrdedirektivet (97/80/EF), og ønske om å bringe lovens ordlyd i samsvar med praksis, er de sentrale begrunnelser for den foreslåtte endringen.

12.2 Gjeldende rett

12.2.1 Bakgrunn

Utgangspunktet etter alminnelige prosessregler i norsk rett er at saksøker har bevisbyrden, dvs. at eventuell tvil om faktum i en sak går i disfavør av saksøker. Dette utgangspunktet legges også til grunn i saker etter likestillingsloven som ikke omfattes av §§ 4-6.

I saker som gjelder forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven og som gjelder arbeidslivet har imidlertid Likestillingsombudet og Klagenemnda utviklet en praksis for at bevisbyrden er delt mellom klager og innklagede. Praksis er slik at hvis klager kan påvise ulik behandling, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at den ulike behandlingen ikke direkte eller indirekte har sin bakgrunn i klagerens kjønn. Første gang denne praksis ble lagt til grunn av Klagenemnda var i en sak fra 1981. [150)]

I 1992 ble det i Likestillingsmeldingen [151)] reist spørsmål om å lovfeste Likestillingsombudets og Klagenemndas praksis vedrørende bevisregler. I 1995 ble håndhevingsapparatets praksis knyttet til delt bevisbyrde lovfestet i likestillingsloven § 4 fjerde ledd, § 5 fjerde ledd og § 6 fjerde ledd. Dette er særbestemmelser knyttet til arbeidslivet. Lovfestingen var et resultat av at man forventet tilsvarende regler om bevisbyrde i EU-retten og at disse reglene senere ville bli en del av EØS-avtalen. Reglene om bevisbyrde i EU-retten innebar en kodifisering av EF-rettslig praksis. For å oppfylle EU-rettens krav til klarhet og forutsigbarhet i lovverket, var det ønskelig med en uttrykkelig lovfesting. [152)]

[150)] jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-95) s. 10.
[151)] jf. St.melding nr. 70 (1991-92) s. 61.
[152)] jf. Ot.prp. nr. 29 (1994-95) s. 10 flg.

Da bevisbyrdereglene ble lovfestet i 1995, valgte man å ta disse inn i de enkelte særbestemmelsene knyttet til arbeidslivet. Man vurderte det slik at denne plasseringen best ivaretok pedagogiske hensyn.

12.2.2 Et utvidet anvendelsesområde i praksis

En regel om delt bevisbyrde er kun lovfestet for forhold som faller inn under likestillingsloven §§ 4 - 6. I praksis legger imidlertid Likestillingsombudet til grunn den samme bevisbyrderegelen i enkelte saker som behandles etter § 3. Dette er saker som gjelder spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av kjønn i forhold til andre arbeidsvilkår enn de som faller inn under §§ 4, 5 og 6 fjerde ledd. [153] Likestillingsombudet har blant annet anvendt en regel om delt bevisbyrde i saker [154] knyttet til omplassering og endrede arbeidsvilkår etter at arbeidstaker er kommet tilbake etter permisjon.

12.2.3 Begrunnelse for delt bevisbyrde i arbeidslivet

En hovedbegrunnelse for en regel om delt bevisbyrde i arbeidslivet er hensynet til å ivareta en effektiv håndheving av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling. Saksforholdet i en konkret sak kan være uoversiktlig og vanskelig å få klarhet i, samtidig som det er arbeidsgiveren (eller potensiell arbeidsgiver i ansettelsessaker) som sitter med det vesentligste av dokumentasjon i saken. Dette gjør det vanskelig og til dels umulig for den som mener seg forskjellsbehandlet å bevise at det faktisk har foregått forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Å legge hele bevisbyrden på den som mener seg forskjellsbehandlet vil i praksis innebære at mange saker om direkte og indirekte forskjellsbehandling i arbeidslivet ikke får en reell prøving fra håndhevingsapparatets side. Dette ville innebære en vesentlig svekkelse av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn innenfor arbeidslivet.

Å legge bevisbyrden på arbeidsgiver kan også ha den virkning at arbeidsgiverne gjøres mer bevisste på nødvendigheten av å undersøke bakgrunnen for deres beslutninger rundt blant annet ansettelser, lønn og arbeidsvilkår. At arbeidsgiveren sitter igjen med tvilsrisikoen også der det etter avsluttet bevisførsel fra begge parter fortsatt er tvil om det har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven, kan bidra til at arbeidsgiver sørger for gode rutiner og ryddig saksbehandling i lønns- og personalsaker.

12.2.4 Hva innebærer det at bevisbyrden er delt?

En regel om delt bevisbyrde omfatter to trinn: Først må klager etablere en presumsjon for diskriminering ved å påvise at det er skjedd ulik behandling mellom kvinner og menn. Hvis det etableres en slik presumsjon, går bevisbyrden over på innklagede som må sannsynliggjøre at det ikke har forekommet forskjellsbehandling i strid med loven. Klarer han ikke å sannsynliggjøre dette, skal den ulike behandlingen anses for å være forskjellsbehandling i strid med loven. Dersom man for eksempel tenker seg en sak om ulik lønn mellom kvinner og menn, vil en regel om delt bevisbyrde innebære at man lemper på bevis-

[153] Likestillingsombudets brev til Barne- og familiedepartementet 5. februar 1998.
[154] jf. Likestillingsombudets saker 94/67 og 91/240.

kravene for lønnsmottakeren slik at det skjer en forskyvning av bevisbyrden til lønnsmottakerens fordel. For eksempel vil det stilles krav om at lønnsmottakeren i en konkret tvist framfører de faktiske omstendigheter som gir grunn til å anta at det er tale om forskjellsbehandling i strid med loven. Deretter påhviler det arbeidsgiveren å bevise at likestillingsloven ikke er overtrådt.

Både omvendt og delt bevisbyrde er begreper som brukes for å betegne en forskyvning av bevisbyrden fra klager og over på innklagede. Da det i 1995 ble innført bevisbyrderegler i likestillingsloven §§ 4-6 ble det i forarbeidene brukt betegnelsen «omvendt» bevisbyrde. I forslag til ny regel om bevisbyrde har man valgt å bruke betegnelsen «delt bevisbyrde». Det kan være grunn til å presisere at man ved valg av betegnelse ikke har ment å endre eller skjerpe praksis. Uansett hvilken betegnelse man bruker, er det under enhver omstendighet alltid nødvendig å foreta en språklig fortolkning av den enkelte lovbestemmelse for å vurdere hvilke beviskrav som gjelder i den konkrete sak.

12.2.5 Kravene til bevis

Hvilke krav som stilles til bevis i forhold til henholdsvis klager og innklagede følger av likestillingsloven § 4 fjerde ledd, § 5 fjerde ledd og § 6 fjerde ledd. Ordlyden i reglene om delt bevisbyrde er nokså likelydende i disse bestemmelsene. Det heter i likestillingsloven § 4 fjerde ledd at:

> «Hvis det kan påvises ulik behandling av kvinner og menn ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse eller permittering, må arbeidsgiveren sannsynliggjøre at dette ikke skyldes søkernes eller arbeidstakernes kjønn.»

Klageren må ifølge ordlyden *påvise* at det har funnet sted ulik behandling. Dette innebærer at den som opplever seg forskjellsbehandlet må påvise indikasjoner for at det har forekommet ulik behandling i strid med loven. I praksis er det ikke blitt krevd mye for at klager anses å ha oppfylt sin bevisbyrde.

Arbeidsgiveren må etter ordlyden *sannsynliggjøre* at forskjellsbehandlingen ikke skyldes kjønn. Å sannsynliggjøre innebærer at det må foreligge bevisovervekt eller mer enn 50 prosent sannsynlighet for at forskjellsbehandlingen ikke skyldes kjønn før arbeidsgiveren skal sies å ha oppfylt beviskravet.

12.3 Nordiske lands lovgivning

Sveriges likestillingslov er i senere tid endret blant annet i forhold til bevisbyrdereglene. Etter dagens regler påhviler det den som anser seg diskriminert å legge fram fakta som gir anledning til å anta at det har forekommet diskriminering. Dersom slike fakta legges fram, går bevisbyrden over på arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren må vise at forskjellsbehandlingen ikke har sammenheng med kjønn.

I den svenske loven framgår regelen om delt bevisbyrde av § 15 som stiller opp et forbud mot direkte diskriminering i arbeidslivet jf. «om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med könstilhörighet». Ordlyden i § 16, som gjelder indirekte diskriminering, pålegger ikke som § 15 arbeidsgiver et klart ansvar for å vise at det ikke har forekommet indirekte diskriminering. Lovens forarbeider tyder imidlertid på at bevisbyrden også vil være delt mellom klager og arbeidsgiver i saker om indirekte diskriminering.

Lovens § 17 angir virkeområdet for forbudene mot direkte og indirekte diskriminering i §§ 15 og 16. Bestemmelsene gis anvendelse blant annet ved ansettelse, forfremmelse, utdanning med sikte på forfremmelse, ved lønns- og ansettelsesvilkår, ved ledelse og fordeling av arbeidet, ved oppsigelse og ved permitteringer. Med andre ord gis reglene om delt bevisbyrde et videre anvendelsesområde enn det som gjelder etter norsk rett.

Finlands likestillingslov har regler om delt bevisbyrde i saker som blant annet gjelder ansettelse, lønn og andre arbeidsvilkår, fordeling av arbeid og tilrettelegging av arbeidsforhold, oppsigelser og permitteringer (§ 8). Også den finske lovens regler om bevisbyrde dekker med andre ord et bredere spekter av saker enn den norske.

Danske diskrimineringssaker er regulert etter flere lovverk: Etter likelønnsloven § 6.2 heter det at: «Hvis der sker lønmæssig forskelsbehandling af mænd og kvinder, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at det pågældende arbejde ikke er af samme værdi».

I likebehandlingsloven reguleres saker om blant annet ansettelse, oppsigelse og arbeidsvilkår. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at eventuell oppsigelse under graviditet, fødselspermisjon eller adopsjon ikke er begrunnet i disse forhold (§ 16.4). Det foreligger forslag [155] om å ta inn i loven en bestemmelse (ny § 16a) om delt bevisbyrde. Det følger av den nye bestemmelsen at hvis en person anser seg forskjellsbehandlet, og vedkommende framfører faktiske omstendigheter som gir anledning til å formode at det er utøvet direkte eller indirekte forskjellsbehandling, påhviler det motparten å bevise at det ikke foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet.

En tilsvarende bestemmelse (ny § 2a) er foreslått tatt inn i den danske likestillingsloven. Den foreslåtte endringen innebærer at regelen om delt bevisbyrde også gis anvendelse i saker om forskjellsbehandling på områder som ligger utenfor arbeidslivets område. Dette kan være grunn til å nevne at regelen om delt bevisbyrde gis anvendelse i saker om seksuell trakassering. [156] Det danske forslaget går altså lenger enn det norske. Forslagene til endringer i de danske lovene er pr. 7. mars 2001 ikke vedtatt.

12.4 Internasjonale forpliktelser

12.4.1 EU-retten og EØS-regelverket

I 1997 vedtok EU-landene et direktiv om bevisbyrde i saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn (rådsdirektiv 97/80/EØF). Direktivets hovedbestemmelse om delt bevisbyrde lyder i norsk oversettelse som følger:

> «Medlemsstatene skal i samsvar med nasjonal rettsorden gjere dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at når personar som meiner at dei har lidd urett fordi prinsippet om lik handsaming ikkje er vorte handheva i deira tilfelle, legg fram for ein domstol eller ei anna ansvarleg styres-

[155] jf. forslag til Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om børnepasningsorlov, lov om ligestilling av kvinder og mænd og lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger (2000/1 LF 78).

[156] Spørsmålet om delt bevisbyrde skal gjelde i saker om seksuell trakassering drøftes nedenfor under pkt. 12.9.2.

> makt fakta som gjev grunn til å tru at det har funne stad direkte eller indirekte skilnadshandsaming, ligg det på den saksøkte å prove at prinsippet om lik handsaming ikkje er vorte brote».

Stortinget vedtok bevisbyrdedirektivet i desember 1999. Frist for implementering i norsk rett ble satt til 1. januar 2001. Direktivet omfatter saker om direkte og indirekte diskriminering i strid med Romatraktatens artikkel 119, som nå er erstattet av Amsterdamtraktatens artikkel 141. I tillegg omfattes følgende EU-direktiv, som alle er innlemmet i EØS-avtalen:

- rådsdirektiv 75/117/EØF av 10. februar 1975 om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til kvinner og menn.
- rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.
- rådsdirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksettelsen av foranstaltninger til forbedring av sikkerhet og sunnhet under arbeidet for arbeidstakere som er gravide, nettopp har født eller som ammer.
- rådsdirektiv 96/34/EF av 3. juni 1996 om rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått mellom UNICE, CEEP og EEF.

Når det gjelder de to sistnevnte direktivene, omfattes de av bevisbyrdedirektivet bare så langt det dreier seg om forskjellsbehandling på grunn av kjønn jf. direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav a. Bevisbyrdedirektivet omfatter all sivilrettslig eller forvaltningsmessig prosedyre innenfor offentlig og privat sektor basert på klage på brudd på nasjonal lovgivning som dekker virkeområdene til direktivene nevnt ovenfor.

Bevisbyrdedirektivet er en kodifisering av den praksis som har utviklet seg ved EF-domstolen, blant annet i Danfoss-saken (109/88), Enderby-saken (C-127/92) og Royal Copenhagen-saken (C-400/93). Kravet til gjennomskuelighet har vært sentralt i EF-rettpraksis om bevisbyrdespørsmål. Manglende gjennomskuelighet i en virksomhets lønnssystem ble første gang ført som et argument i Danfoss-saken. Saken har spilt en sentral rolle i at arbeidsgiver er blitt pålagt bevisbyrden for at den lønnspolitikken som blir ført ikke er kjønnsdiskriminerende. I Endeby-saken (C-127/92) slo EF-domstolen fast at i en situasjon med tilsynelatende forskjellsbehandling, påhviler det arbeidsgiveren å bevise at den konstanterte lønnsforskjell skyldes objektive faktorer. Bevisbyrden skal ifølge dommen gå over på arbeidsgiver hvis han sysselsetter en yrkesgruppe som hovedsakelig består av kvinner, og som har betydelig lavere lønn enn en annen yrkesgruppe som hovedsakelig består av menn.

I Royal Copenhagen-saken (C-400/93) tok EF-domstolen stilling til de tilfeller hvor det ikke har vært mulig å konstantere hvilke faktorer som har hatt betydning for fastsettelsen av de satser eller det grunnlag som er anvendt ved beregningen av lønnen. EF-domstolen kom til at under slike omstendigheter kan hensynet til at arbeidstakerne ikke skal fratas ethvert effektivt middel til å søke likelønnsprinsippet gjennomført, nødvendiggjøre at arbeidsgivere pålegges bevisbyrden for at lønnsforskjellene ikke skyldes forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I Jørgensen-saken (C-226/98) la domstolen vekt på at virkelig gjennomskuelighet som gir mulighet til effektiv kontroll, kun kan oppnås hvis prinsippet gjelder for hvert enkelt aspekt ved likebehandlingsprinsippet. En helhetsvurdering som bedømmer alle aspekter under ett vil ikke være tilstrekkelig til å kunne føre en effektiv kontroll med anvendelsen av likebehandlings-

prinsippet. I Draehmpaehl-saken (C-180/95) understreket domstolen at fordi arbeidsgiveren er den som har oversikt over søknadene, er det arbeidsgiveren som må bevise at søkeren ikke ville fått den ledige stillingen.

Domstolen har i disse sakene lagt avgjørende vekt på hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet, og har derfor lagt bevisbyrden på arbeidsgiveren hvis ytre omstendigheter tyder på at handlingen er i strid med diskrimineringsforbudet.

12.5 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått en ny bestemmelse om delt bevisbyrde. En slik bestemmelse vil innebære å implementere bevisbyrdedirektivet i norsk rett. Bevisbyrdedirektivet har imidlertid hatt relevans for norske forhold også før denne implementeringen. Siden direktivet ble vedtatt har det hatt relevans ved fortolkningen av direktiver Norge er bundet av, fordi det kodifiserer og presiserer EF-domstolens praksis. Når direktivet nå er innlemmet i EØS-avtalen, gjelder direktivet for de alminnelige domstolers behandling i saker om diskriminering på grunn av kjønn. Det gjelder også for Likestillingsombudets og Klagenemndas saksbehandling.

12.5.1 Utvidelse av virkeområdet for bevisbyrdereglene i tråd med bevisbyrdedirektivet

EUs bevisbyrdedirektiv har et videre virkeområde enn det ordlyden i bevisbyrdereglene i likestillingsloven §§ 4 - 6 dekker. Områder der likestillingsloven i dag dekker likestillingsdirektivene er i korthet forhold knyttet til ansettelse, oppsigelse, permisjon og forfremmelse (§ 4), lønnsfastsettelse (§ 5) og videreutdanning i arbeidsforhold (§ 6). Sentrale områder som dekkes av bevisbyrdedirektivet, men som ikke er dekket av de gjeldende bevisbyrdereglene i §§ 4 - 6, er for eksempel arbeidsvilkår, fordeling av arbeidsoppgaver, fastsettelse av arbeidstid og omplassering. Ved forskjellsbehandling knyttet til slike forhold, må man anvende det generelle diskrimineringsforbudet i likestillingsloven § 3. Slik loven lyder i dag har ikke § 3 en egen bevisbyrderegel knyttet til seg, slik som lovens §§ 4 - 6. For at ordlyden i likestillingsloven skal oppfylle EF-rettslige krav, ble det i høringsnotatet foreslått å utvide lovens virkeområde for delt bevisbyrde.

Likestillingsombudets praksis for å anvende delt bevisbyrde i saker om diskriminering går imidlertid lenger enn det som følger av lovens §§ 4 - 6. Likestillingsombudet har blant annet anvendt delt bevisbyrde i saker knyttet til omplassering og endrede arbeidsvilkår etter at arbeidstaker er kommet tilbake fra permisjon. Likestillingsombudet har i disse sakene lagt til grunn at det er arbeidsgiver som må forklare seg hvis det skjer endringer i arbeidstakers arbeidssituasjon. [157)] Likestillingsombudets *praksis* er således i samsvar med EUs bevisbyrdedirektiv. Dette innebærer at når det i høringsnotatet ble foreslått at lovens virkeområde utvides for prinsippet delt bevisbyrde, innebærer dette i all hovedsak lovfesting av dagens praksis.

[157)] Likestillingsombudets saker 94/67 og 91/240.

12.5.2 Bevisbyrderegelens utforming

I høringsnotatet ble det videre gitt uttrykk for at man gjennom lovens ordlyd ønsket å få klarere fram enn det som i dag følger av ordlyden i §§ 4-6 at bevisbyrdeprinsippet også gjelder de tilfeller hvor det er tale om indirekte forskjellsbehandling. Av denne grunn foreslo departementet at arbeidsgiveren må sannsynliggjøre at den ulike behandlingen ikke skyldes forskjellsbehandling «i strid med denne lov». Etter ordlyden i §§ 4-6 må arbeidsgiveren sannsynliggjøre at den ulike behandlingen «ikke skyldes søkernes eller arbeidstakerens kjønn.

12.5.3 Bevisbyrderegelens plassering - ny paragraf

I høringsnotatet ble plasseringen av en ny bevisbyrderegel vurdert. Det ble vurdert å ta inn et nytt ledd i § 3 med en egen bevisbyrderegel for de saker som må vurderes etter denne bestemmelsen. En slik løsning ble vurdert som lite ønskelig fordi § 3 også dekker §§ 4-6. Det ble videre vurdert å utarbeide en generell bevisbyrderegel for alle forhold som dekker arbeidslivet i § 3, og at bevisbyrdereglene i §§ 4 - 6 oppheves under henvisning til at disse dekkes av en eventuell bevisbyrderegel i § 3. Heller ikke en slik løsning ble valgt fordi bevisbyrderegelen ikke sammenfaller med det totale virkeområdet for § 3. Departementet framhevet i høringsnotatet at det bare ønsker å lovfeste en regel om delt bevisbyrde i saker som gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn fra arbeidsgivers side. Man ønsket å overlate til praksis å utvikle bevisbyrdeprinsipper utenfor dette område. Departementet ønsket altså ikke å avskjære en slik utvikling. Hensynet til oversikt og tilgjengelighet kunne imidlertid tilsi at en mer fornuftig løsning er å løsrive den prosessuelle bevisbyrderegelen fra den materielle bestemmelsen i § 3. Departementet foreslo derfor i høringsnotatet at bevisbyrdebestemmelsen skulle lovfestes som ny § 16, forutsatt at nåværende § 16 (taushetspliktbestemmelsen) ble opphevet.

12.6 Høringsinstansenes syn

12.6.1 Bestemmelsens innhold

Overraskende få høringsinstanser har kommentert forslaget til en regel om delt bevisbyrde. Av de som kommenterte dette forslaget, var imidlertid de fleste for forslaget. Mange trakk fram den sentrale betydningen av at den norske loven er utformet på en måte som innebærer at den oppfyller våre internasjonale forpliktelser.

Noen få høringsinstanser var helt eller delvis mot en regel om delt bevisbyrde. Disse hadde ulike innvendinger mot forslaget:

Arbeids- og administrasjondepartementet og Sosial- og helsedepartementet hevdet at det vil være vanskelig med delt bevisbyrde når staten fortsatt skal ses som én arbeidsgiver i forhold til likelønnsbestemmelsen jf. likestillingsloven § 5.

Sosial- og helsedepartementet reiste spørsmål om hvem i staten som skal stilles til ansvar dersom man etter sammenlikning av lønn på tvers av faggrenser og på tvers av etater og institusjoner konstanterer brudd på likelønnsbestemmelsen.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet etterlyste også en slik presisering. De skrev at: «Ved å angripe en tariffavtale i relasjon til likestillingsloven

er det uklart hvem som skal anses som motpart i klagesaken. Særlig gjelder dette tariffavtaler som benyttes i staten men hvor staten ikke er part i avtalen». De reiste også spørsmål om hvordan staten som arbeidsgiver skal oppfylle sin plikt når staten ses som én virksomhet, og spørsmålet om tolkning av tariffavtaler kommer inn.

Kommunenes Sentralforbund var mot forslaget fordi de mente at en regel om delt bevisbyrde må anses som særdeles betenkelig ut fra hensynet til rettssikkerheten. De mente videre at Barne- og familiedepartementet trekker uriktige slutninger av dommene i EF-domstolen, når det konkluderes med at en tilsvarende bevisvurdering er lagt til grunn i EF-retten.

Noen høringsinstanser har særlig pekt på problemer på området seksuell trakassering. *Luftfartsverket*påpekte i denne forbindelse at «...det dreier seg om mer vage og skjønnsmessige forhold hvor bevisførsel kan være langt vanskeligere enn på områder som for eksempel ansettelser hvor det foreligger skriftlig dokumentasjon». Klagenemnda anførte at tungtveiende rettssikkerhetshensyn tilsier at den foreslåtte bevisbyrderegelen ikke gis anvendelse på saker om seksuell trakassering. Også *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* stilte spørsmål ved om en regel om delt bevisbyrde er egnet i saker om seksuell trakassering og anførte rettssikkerhetsbetraktninger som begrunnelse. *NHO* anførte videre at en regel om delt bevisbyrde sammen med den foreslåtte regelen om objektivt erstatningsansvar, bryter med hovedreglene i norsk erstatningsrett.

Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund og *Norsk Helse- og Sosialforbund* mente på sin side at forslaget ikke går langt nok, og at bevisbyrden burde være omvendt og ikke delt. *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund* var av den oppfatning at delt bevisbyrde er et skritt på veien, men at det bør vurderes nærmere om bevisbyrdereglene skal snus fullt ut. Bakgrunnen for dette er at det har vist seg at saker vedrørende brudd på likestillingsloven er meget vanskelige saker rent bevismessig, siden det er arbeidsgiver som besitter alle de relevante opplysningene i saken.

12.6.2 Innvendinger knyttet til utformingen av bestemmelsen

Flere høringsinstanser hadde innvendinger mot utformingen av forslaget til bevisbyrderegel. Både *Klagenemnda* og *Kvinnforsk*mente at forslaget var uheldig utformet i forhold til hvilket krav man stiller til klager når det gjelder spørsmålet om forskjellsbehandling har funnet sted. De framholdt at forslagets ordlyd ikke klart angir når klager skal sies å ha oppfylt dette kravet. *Klagenemnda*skrev: «Hvilket bevisføringskrav som skal påhvile den som påstår at det har skjedd en kjønnsdiskriminerende forskjellsbehandling fremstår derimot som uklart idet det her er brukt uttrykk som rent juridisk ikke har et tilsvarende klart innhold. Ikke minst fordi dette dreier seg om en lovbestemmelse som er begrunnet i effektivitetshensyn, vil Klagenemnda anbefale en ytterligere klargjøring på dette punkt».

Likestillingsombudet påpekte at forslaget til ordlyd som ble fremmet i høringsnotatet, innebærer at arbeidsgivers bevisbyrdeansvar utløses noe tidligere enn i dag. Det vil etter den foreslåtte regelen ikke være nødvendig at man med sikkerhet kan påvise ulik behandling. Det vil være tilstrekkelig at det er framlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet

ulik behandling. *Likestillingsombudet* var positiv til en slik endring da denne ville være i samsvar med EF-retten og ville forhindre en utvikling i retning av å stille strengere krav til klager med hensyn til å sannsynliggjøre forskjellsbehandling.

Likestillingsombudet påpekte at Klagenemndas avgjørelse i sak 4/99 kan indikere en strengere linje fra Klagenemndas side i forhold til dette spørsmål. Hun mente imidlertid at den foreslåtte ordlyden ikke var tilfredsstillende når det gjaldt presiseringen av hva som skal til for å utløse arbeidgivers bevisbyrde og hva denne bevisbyrden består i.

Likestillingsombudet mente forøvrig at den ordlyden som var foreslått i høringsnotatet ga uttrykk for et for sterkt krav til sannsynliggjøring enn det som gjelder i forhold til dagens praksis. I stedet for forslagets formulering: «Hvis det kan påvises forhold som gir grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling» foreslo *Likestillingsombudet* formuleringen «Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro...». *Likestillingsombudet* framhevet at betegnelsen «påvise» kan misforstås dithen at det er opp til klageren å påvise forhold som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling, mens håndhevingsorganene forholder seg passive. Det ble påpekt at det ofte først vil være gjennom Likestillingsombudets saksbehandling at faktaopplysningene kommer fram. Dessuten dekker ikke formuleringen de tilfellene hvor Likestillingsombudet tar opp saker på eget initiativ. *Likestillingsombudet* påpekte også en uklar tilbakevisning i den foreslåtte ordlyden i bestemmelsen og framhevet til slutt at det burde presiseres i ordlyden at bevisbyrderegelen gjelder både ved direkte og indirekte diskriminering.

Flere høringsinstanser hadde videre innvendinger mot at partene ble betegnet som saksøker og saksøkte. *Klagenemnda* skrev at: «Regelen skal formodentlig også håndheves av Likestillingsombudet og Klagenemnda og typisk sivilprosessterminologi bør da unngås». Av samme grunn foreslo *Arbeids- og administrasjonsdepartementet* at man heller burde bruke betegnelsen «innklagede» enn «saksøkte». *Likestillingsombudet* mente på sin side at det i lovteksten burde presiseres at det er arbeidsgiver som skal ha bevisbyrden. Hun skrev at: «Så vidt jeg kan se har ikke departementet til hensikt å endre dette, og det er da bedre å si direkte at regelen gjelder arbeidsgiver og ikke andre som eventuelt kan bli saksøkt, for eksempel fagforeninger».

12.6.3 Bestemmelsens plassering

Når det gjelder forslaget om å samle bevisbyrdereglene i en egen bestemmelse, var alle som uttalte seg om dette positive.

12.7 Departementets vurderinger og forslag

Departementet vil foreslå en regel om delt bevisbyrde i ny § 16. Denne endringen innebærer at § 4 fjerde ledd, § 5 fjerde ledd og § 6 fjerde ledd oppheves. Man har lagt avgjørende vekt på at endringen er nødvendig for å implementere bevisbyrdedirektivet som Stortinget vedtok i desember 1999.

Departementet har videre lagt vekt på at den foreslåtte endringen er liten i forhold til dagens rettstilstand. Først og fremst innebærer endringen en kodifisering av praksis. Den foreslåtte endringen vil dermed bringe ordlyden i

bestemmelsen bedre i overensstemmelse med måten reglene om bevisbyrde i dag praktiseres. På ett punkt innebærer den imidlertid en realitetsendring. Gjennom forslaget reduseres kravene noe til klagers sannsynliggjøring av at forskjellsbehandling har funnet sted. Dette belyses nærmere nedenfor under pkt. 12.7.3.

12.7.1 Bevisbyrde og likelønnsbestemmelsen

Både Sosial- og helsedepartementet og Arbeids- og administrasjonsdepartementet har etterlyst en nærmere presisering av hvem som er part i saken, og som dermed har bevisbyrden i saker hvor det foreligger brudd på likelønnsbestemmelsen.

Det er den arbeidsgiveren som fastsetter lønnen som vil være ansvarssubjekt når spørsmålet om brudd på likestillingsloven kommer opp. Klageren vil være den som hevder at lønnen er fastsatt i strid med § 5, mens innklagede vil være den som står ansvarlig for lønnsfastsettelsen. At staten anses som én virksomhet får ingen betydning for dette spørsmålet.

Det fritar ikke for ansvar i seg selv at lønnen er fastsatt i tråd med en tariffavtale, dersom lønnen er i strid med likestillingsloven. Dette er slått fast i EF-rettspraksis jf. Nimz-saken (C-184/89), Kowalska-saken (C-33/89) og Endeby-saken (C-127-92). I Royal Copenhagen-saken (C-400/93) kan det se ut som om domstolen har gitt forhandlingsfriheten noe større gjennomslag. Denne dommen gjør det noe mer uklart om domstolen godtar som en begrunnelse for ulik lønn mellom kvinner og menn at lønnen er fastsatt i tråd med en tariffavtale. At det kan være tilstrekkelig å vise til prosessen forut for den konkrete lønnsfastsettelsen åpner imidlertid for at eksisterende lønnsforskjeller videreføres, og dette lar seg vanskelig forene med domstolens tidligere avgjørelser.

Med de forbehold som følger av Royal Copenhagen-saken, innebærer dette at en arbeidsgiver kan få en avgjørelse mot seg selv om den lønnen som er fastsatt faktisk er i overensstemmelse med tariffavtalen. Dette berører et problem som gjelder alle tilfeller av lovstridige tariffavtaler: Arbeidsgiver er bundet av avtalen overfor sin organisasjon; samtidig som han risikerer sanksjoner på grunn av lovstrid hvis han følger avtalen. Man må her legge til grunn at avtaler i strid med likestillingsloven er en nullitet.

Det vil ikke være relevant om staten har vært med å forhandle fram den tariffavtalen saken gjelder eller ikke.

Både Arbeids- og administrasjonsdepartementet og Sosial- og helsedepartementet har trukket fram at en regel om delt bevisbyrde vil være problematisk i likelønnssaker når staten ses som én virksomhet. Departementet forstår disse høringsinstansene slik at staten som arbeidsgiver vil pålegges en uforholdsmessig stor risiko for å få en avgjørelse mot seg som følge av en regel om delt bevisbyrde. Ser man staten som én virksomhet, vil risikoen for å bryte loven på en utilsiktet måte være stor.

Departementet er av den oppfatning at staten har et overordnet ansvar for at det ikke foreligger ulovlig forskjellsbehandling mellom kvinner og menn ved lønnsfastsettelsen. Departementet ser likevel at det kan medføre problemer for arbeidsgiver å ha tilstrekkelig oversikt til å ivareta likelønnsregelen i saker hvor avstanden er stor mellom de enkeltvirksomheter som sammenliknes. Dette vil særlig kunne gjelde i tilfeller hvor man sammenlikner lønn hos

ansatte innen ulike typer fag, hvor disse er ansatt på ulike arbeidsplasser, og hvor arbeidsgiverne er bundet av ulike tariffavtaler. Man kan si at jo større avstand det er på disse punktene, dess lettere vil det kunne være å handle på en måte som innebærer et utilsiktet brudd på likelønnsbestemmelsen.

Departementet mener likevel at dette ikke vil medføre store problemer i praksis. Fortsatt er det grunn til å tro at de fleste likelønnssaker vil knytte seg til sammenlikninger innen samme eller likeartede virksomheter. Videre mener departementet at staten som arbeidsgiver har et særlig ansvar for at lønnsfastsettelsen skjer i overensstemmelse med likestillingsloven.

12.7.2 Nærmere om delt bevisbyrde og seksuell trakassering

Som nevnt ovenfor, var det noen av høringsinstansene som mente at bestemmelsen om delt bevisbyrde ikke burde komme til anvendelse i saker om seksuell trakassering.

En del av de instansene som var skeptiske til forslaget kan synes å ha forstått det dithen at man tar sikte på å etablere et forbud som Likestillingsombudet skal kunne sanksjonere overfor den påståtte overgriperen i enkelttilfeller. Det uttrykkes bekymring for rettssikkerheten og at man beveger seg inn på et område som er forbeholdt rettsapparatet. Dette er ikke departementets forslag.

Departementet fremmer forslag om to ulike regler om seksuell trakassering:

Det foreslås en bestemmelse som innebærer et vern mot seksuell trakassering jf. lovforslagets § 8a tredje ledd. Bestemmelsen pålegger blant annet arbeidsgiver og ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner et ansvar for å forebygge og søke å hindre seksuell trakassering innenfor sine ansvarsområder.

I tillegg foreslås det en forbudsbestemmelse mot seksuell trakassering jf. lovforslagets § 8a første ledd. Denne bestemmelsen skal utelukkende håndheves av domstolene. Departementet har vurdert hvorvidt bevisbyrderegelen bør komme til anvendelse ved håndhevingen av denne forbudsbestemmelsen.

I slike saker vil spørsmålet om seksuell trakassering har funnet sted gjøres til gjenstand for bevisføring. En påstand om seksuell trakassering er svært stigmatiserende og belastende for den saken gjelder. Dette tilsier at rettssikkerhetshensyn bør være avgjørende. Departementet er derfor kommet til at regelen om delt bevisbyrde ikke skal komme til anvendelse når saker etter forbudsbestemmelsen bringes inn for de alminnelige domstolene.

Departementet har også vurdert hvorvidt bevisbyrderegelen bør komme til anvendelse ved håndhevingen av vernebestemmelsen. I høringsnotatet tok departementet ikke stilling til dette spørsmålet. Selv om bestemmelsen ikke omfatter et forbud som Likestillingsombudet skal sanksjonere overfor den påståtte overgriperen i enkelttilfeller, er det likevel grunn til å drøfte hvorvidt regelen om delt bevisbyrde skal gjelde i saker etter vernebestemmelsen.

Det er noen grunner som kan tale *for* at en regel om delt bevisbyrde bør komme til anvendelse i saker som gjelder vern mot seksuell trakassering. Der hvor det er den som er blitt seksuelt trakassert som reiser spørsmålet om en arbeidsgiver har gjort nok for å forebygge seksuell trakassering, befinner vedkommende seg i en svært sårbar posisjon. I en slik situasjon kan det være

svært vanskelig å legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at arbeidsgiver ikke har gjort tilstrekkelig for å forebygge seksuell trakassering på arbeidsplassen. Arbeidsgiveren er også den som ofte vil være nærmest til å ha opplysninger om strategier innen virksomheten som har som formål å forebygge og håndtere slike saker når disse kommer opp. Mye kan derfor tale for at arbeidsgiver bør bære risikoen for at saken ikke blir tilstrekkelig belyst.

På arbeidsplasser hvor det finner sted seksuell trakassering kan det videre være nærliggende for en leder «å lukke øynene» eller å omdefinere handlingene til et privat mellomværende mellom den som trakasserer og den som blir trakassert. En slik motstand mot ubehagelig kunnskap er kjent også når det gjelder andre former for seksualisert vold. Dersom en arbeidsgiver er klar over at han risikerer å få en avgjørelse mot seg med hensyn til å forhindre eller forebygge trakassering, kan en regel om delt bevisbyrde være med å motvirke en slik motstand.

Saksøktes utsatte posisjon i disse sakene, sakenes følelsesladede karakter, samt arbeidsgivers muligheter til å framskaffe dokumentasjon, kan tilsi at regelen om delt bevisbyrde bør komme til anvendelse på disse sakene.

Det er imidlertid noen grunner som taler *mot* at en regel om delt bevisbyrde bør gjelde i saker som gjelder vern mot seksuell trakassering. Bestemmelsen om vern mot seksuell trakassering gjelder både innenfor og utenfor arbeidslivets område. Bestemmelsen om delt bevisbyrde gjelder bare på arbeidslivets område. Spørsmålet om det skal gjelde en regel om delt bevisbyrde i saker om seksuell trakassering vil derfor bare være aktuelt når trakasseringen skal ha funnet sted på arbeidslivets område. Der trakasseringen har skjedd utenfor arbeidslivets område, vil de alminnelige regler om bevis gjelde. Reglene ville altså bli forskjellige ettersom den seksuelle trakasseringen skal ha funnet sted innenfor eller utenfor arbeidslivets område. Et slikt skille ville framstå som urimelig. Hensynet til likeartede bevisbyrderegler taler altså mot at regelen om delt bevisbyrde skal komme til anvendelse i saker om vern mot seksuell trakassering. Det kan være grunn til å framheve at i det danske lovforslaget jf. ovenfor under pkt. 12.3 er hensynet til likeartede bevisbyrderegler trukket fram som en begrunnelse for å innføre regler om delt bevisbyrde både innenfor og utenfor arbeidslivets område. Seksuell trakassering trekkes spesielt fram som et område hvor ulike regler ville gi spesielt urimelige resultater ved at det i saker om seksuell trakassering mellom arbeidsgiver/ansatt ville gjelde en regel om delt bevisbyrde, mens bevisbyrden ville påhvile klager dersom den seksuelle trakasseringen har foregått mellom lærer og student.

En annen grunn som taler mot en regel om delt bevisbyrde er at bevistemaet i saker om vern mot seksuell trakassering blir annerledes enn i de øvrige sakene som faller inn under regelen om delt bevisbyrde. For klager vil bevistemaet i saker om ulovlig forskjellsbehandling være å legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte og indirekte forskjellsbehandling ved ansettelser og i arbeidsforhold. Innklagede må deretter sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke strider mot likestillingsloven. I saker om seksuell trakassering vil bevistemaet for klager være å legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at arbeidsgiver ikke har gjort nok for å forebygge eller forhindre seksuell trakassering. Arbeidsgiver må deretter sannsynliggjøre at det han har gjort er tilstrekkelig. Bevistemaet i disse sakene vil altså

være et annet enn det som gjelder øvrige saker som faller inn under regelen om delt bevisbyrde. Dette gjør det mindre opplagt at regelen om delt bevisbyrde skal komme til anvendelse i saker om seksuell trakassering.

Etter departementets syn er en viktig grunn mot at regelen om delt bevisbyrde skal komme til anvendelse i saker om vern mot seksuell trakassering, at arbeidsmiljøloven ikke anvender en slik bevisbyrderegel. Det vil være påfallende dersom det skulle gjelde andre bevisbyrderegler der saken ble behandlet etter likestillingsloven enn der saken ble behandlet etter arbeidsmiljøloven.

Selv om det kan sies å foreligge sterke grunner for at en regel om delt bevisbyrde skal komme til anvendelse i saker om vern mot seksuell trakassering er departementet kommet til at regelen om delt bevisbyrde ikke skal gjelde i slike saker. Departementet har imidlertid vært i tvil om hvilken løsning man skulle velge. På nåværende tidspunkt har man valgt å se utviklingen an, men vil holde muligheten åpen for på et senere tidspunkt å vurdere å utvide regelen til å gjelde vernebestemmelsen i ny § 8a tredje ledd. Ved en slik vurdering vil det være aktuelt å trekke inn erfaringer fra Danmark forutsatt at det danske lovforslaget blir vedtatt. Det er under enhver omstendighet grunn til å understreke at selv om man ikke lar bestemmelsen om delt bevisbyrde komme til anvendelse på nåværende tidspunkt, vil det fortsatt være slik at den ansvarlige vil ha en opplysningsplikt i slike saker, jf. likestillingsloven § 15.

12.7.3 Om utformingen av bestemmelsen

Flere av høringsinstansene har påpekt at forslaget til ordlyd i bestemmelsen om delt bevisbyrde ikke klart angir hvilket krav man stiller til klagerens sannsynliggjøring av at forskjellsbehandling har funnet sted.

Etter gjeldende bevisregler i likestillingsloven §§ 4 - 6 heter det at «Hvis det kan påvises ulik behandling av kvinner og menn....». I høringsnotatet ble det foreslått følgende formulering: «Hvis det kan påvises forhold som gir grunn til å tro...». Forslagets formulering innebærer at det skal stilles mindre krav til klagers sannsynliggjøring av kravet enn det som har vært tilfelle etter ordlyden i de gjeldende bestemmelsene. Departementet vil presisere at denne endringen er tilsiktet.

Departementet ser imidlertid at formuleringen kanskje ikke klart nok får fram hvilket krav som gjelder til sannsynliggjøring fra klagers side. Departementet foreslår derfor i tråd med Likestillingsombudets forslag å endre ordlyden til: «Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro...». Med andre ord erstattes «påvises» med «foreligger». Departementet har i denne forbindelse lagt vekt på at Likestillingsombudet har gitt uttrykk for at den valgte formulering «påvises» ikke var dekkende i forhold til gjeldende praksis. Likestillingsombudet mente at «påvises» ble for strengt og at denne formuleringen på en misvisende måte kunne gi inntrykk av at man ville stille et strengere krav til klagerens sannsynliggjøring enn tidligere.

Det er også andre grunner til å endre formuleringen i en slik retning. Ved å bruke «foreligger» i stedet for «påvises», vil ordlyden i større grad få fram at opplysninger vil kunne framkomme ved at Likestillingsombudet innhenter opplysninger. Med andre ord er det ikke nødvendigvis slik at klager er den

som framskaffer opplysningene. Dessuten vil en slik formulering i større grad være dekkende for de situasjoner hvor Likestillingsombudet selv reiser sak.

Likestillingsombudet foreslår også i sin høringsuttalelse at det bør presiseres i bevisbyrderegelen at den gjelder både direkte og indirekte diskriminering. Departementet har i tråd med dette valgt å ta inn i ordlyden en presisering om at bestemmelsen gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling. At direkte og indirekte forskjellsbehandling er forbudt følger for øvrig av lovens § 3.

Flere høringsinstanser stilte spørsmålstegn ved bruken av begrepene saksøker og saksøkte i høringsnotatet. Klagenemnda var blant dem som fant disse betegnelsene lite dekkende. Departementet er enig i at disse betegnelsene kan virke misvisende. Flere har foreslått betegnelsene «klager» og «innklagede». Likestillingsombudet mente at arbeidsgiver burde brukes i stedet for «saksøkte» fordi det er arbeidsgivere som skal ha bevisbyrden. Departementet er enig med Likestillingsombudet at pedagogiske hensyn tilsier at man bruker «arbeidsgiver» i stedet for saksøkte. «Arbeidsgiver» brukes da i en vid betydning, slik at det både dekker den situasjon hvor forskjellsbehandlingen gjelder en ansatt og hvor forskjellsbehandlingen gjelder en arbeidssøker.

Departementet foreslår å erstatte formuleringen som ble foreslått i høringsnotatet: «...påligger det saksøkte å sannsynliggjøre at dette ikke skyldes forskjellsbehandling i strid med denne lov» med formuleringen «...må arbeidsgiver sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov».

13 Erstatningsansvaret

Departementet foreslår å skjerpe likestillingslovens erstatningsregler på arbeidslivets område. Det foreslås et objektivt erstatningsansvar ved brudd på lovens diskrimineringsforbud, ved at det ikke lenger skal være et vilkår for erstatning at overtredelsen er uaktsom eller forsettlig. Det foreslås også at det ikke skal være et vilkår for erstatning at det påvises økonomisk tap, slik at erstatning også ytes for selve krenkelsen av retten til likebehandling. Formålet med endringen er mer effektiv gjennomføring av likestillingsprinsippet og å få norsk rett i samsvar med EØS-avtalens krav.

13.1 Gjeldende rett

13.1.1 Alminnelige erstatningsvilkår

Etter gjeldende rett kan overtredelse av likestillingsloven medføre erstatningsansvar etter alminnelige erstatningsregler, jf. § 17 første ledd. Denne bestemmelsen presiserer at den skadelidte (diskriminerte) har et erstatningsrettslig vern ved brudd på likestillingsloven, men har ingen selvstendig betydning.

Hovedvilkårene etter alminnelige erstatningsregler er at det har blitt utvist skyld, at det kan påvises økonomisk tap og at det er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet. Det er den skadelidte som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.

Skyldkravet innebærer et krav om at den som har forskjellsbehandlet må ha brutt reglene i likestillingsloven forsettlig eller uaktsomt. Om det foreligger erstatningsbetingende uaktsomhet, må avgjøres ved en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det avgjørende skal ifølge forarbeidene være om lovovertrederen har innrettet seg slik man kan kreve av en forsiktig og lojal aktør på vedkommende livsområde, eller om vedkommende kan bebreides for ikke å ha fulgt likestillingsloven. [158)]

For at erstatningsansvar skal utløses må det også som hovedregel foreligge et økonomisk tap. Da likestillingsloven ble vedtatt tenkte man særlig på økonomisk tap i to situasjoner: tap av lønn på grunn av ulovlige lønnsforskjeller og økonomisk tap på grunn av arbeidsløshet som følge av at søker er blitt forbigått ved ansettelse.

Erstatning for ikke-økonomisk tap kan gis i form av mén-erstatning eller i form av oppreisning (erstatning for krenkelsen), jf. skadeserstatningsloven § 3-2 og § 3-5. Det følger av vilkårene i skadeserstatningsloven § 3-5 at ikke-økonomisk tap bare dekkes rent unntaksvis. Bestemmelsen krever kvalifisert skyld (forsett eller grov uaktsomhet) fra skadevolders side.

Likestillingsloven § 17 annet ledd har en lempingsregel. Etter denne bestemmelsen kan erstatningsansvaret lempes «hvis det vil virke urimelig tyngende eller andre hensyn taler for det». Begrunnelsen for lempingsregelen er at full erstatning i enkelte tilfeller kan virke urimelig tyngende for den ansvar-

[158)] jf. Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

lige. I forarbeidene ble det vist til at erstatningsansvaret ellers i verste fall kunne medføre at arbeidsplasser kom i fare. [159)]

I tillegg kreves det som nevnt at det påvises årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det tap som er lidt. I diskrimineringssaker vil dette bety for eksempel at den som forbigås til en stilling på grunn av graviditet må sannsynliggjøre at hun ville fått stillingen hvis arbeidsgiveren ikke hadde lagt vekt på graviditeten.

13.1.2 Gjennomføring av erstatningsregelen

Krav om erstatning på grunnlag av brudd på likestillingsloven kan bare avgjøres av domstolene. Likestillingsombudet og Klagenemnda har ikke myndighet til å behandle og avgjøre krav om erstatning. Ombudet har imidlertid i flere saker pekt på erstatningsregelen i tilknytning til uttalelser om at handlinger er i strid med diskrimineringsforbudet.

Forarbeidene forutsetter at Likestillingsombudet også kan bistå saksøker i å anlegge erstatningssaker eller at privatpraktiserende advokat kan engasjeres på det offentliges regning. [160)] Etter Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling § 12 kan Likestillingsombudet yte den krenkede bistand til å søke fri sakførsel i forbindelse med erstatningssak for domstolene.

Krav om erstatning for brudd på likestillingsloven har bare vært behandlet i et mindre antall underrettsdommer som alle har dreid seg om forbigåelse ved ansettelse. I disse sakene er det blitt konstatert brudd på likestillingsloven, men domstolene har kommet til at den som har forskjellsbehandlet ikke hadde utvist erstatningsbetingende uaktsomhet. [161)]

13.2 Nordiske lands lovgivning

13.2.1 Dansk rett

Etter den danske likebehandlingsloven kan arbeidstakere hvis rettigheter er krenket ved overtredelse av lovens diskrimineringsforbud tilkjennes en godtgjørelse. Godtgjørelsen er ikke betinget av at arbeidsgiver har utvist skyld eller av at det er påvist et økonomisk tap. Ved oppsigelse av arbeidstaker fordi denne har framsatt krav om likebehandling og oppsigelse på grunn av fravær i forbindelse med svangerskap, fødsel og adopsjon skal arbeidsgiver betale godtgjørelse etter § 15 stk. 2 og § 16 stk. 3. Godtgjørelsen skal i disse tilfellene utmåles ut fra ansettelsestid og omstendighetene for øvrig. Det er imidlertid satt en øvre grense for godtgjørelsen (henholdsvis 39 uker og 78 uker).

Etter likelønnsloven § 2 har arbeidstakere krav på lønnsforskjellen hvis lønnen er lavere enn andres i strid med likelønnsprinsippet. Loven har også regler om godtgjørelse for tilfeller der en arbeidstaker er blitt oppsagt som følge av at han/hun har framsatt krav om lønn i overensstemmelse med like-

159) jf. Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

160) jf. Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

161) se for eksempel Norsk arbeidsrettslig domssamling 1987 s. 545 Lyngen, 1987 s. 436 Ytre Follo, 1981 - 83 s. 854 Tana og Varanger.

lønnsloven, jf. § 3. Godtgjørelse for slike overtredelser er begrenset oppad til en sum som tilsvarer lønn for 78 uker.

13.2.2 Finsk rett

Den finske likestillingsloven pålegger arbeidsgiver som har brutt diskrimineringsforbudet i arbeidslivet å betale en godtgjørelse til den som er krenket, jf. § 11. Det stilles ingen krav om skyld eller uaktsomhet hos arbeidsgiver for å ilegge ham ansvar. Loven fastsetter øvre og nedre grense for godtgjørelsens størrelse; det kan imidlertid gjøres unntak både fra øvre og nedre grense når en ser hen til blant annet arbeidsgiverens økonomiske stilling, motiv for diskrimineringen og diskrimineringens varighet.

Likestillingslovens regler om godtgjørelse er ikke til hinder for at erstatning også kan kreves etter erstatningsloven eller andre lover, for eksempel hvis man vil kreve erstatning for diskriminering fra andre enn arbeidsgiver. Krav om godtgjørelse og erstatning må reises ved domstolene.

13.2.3 Svensk rett

I henhold til den svenske likestillingsloven § 25 skal arbeidsgiveren betale erstatning for den krenkelsen som diskrimineringen har representert for arbeidstakeren eller arbeidssøkeren. Dette gjelder der arbeidsgiveren har overtrådt forbudet mot direkte eller indirekte diskriminering i lovens § 15 og § 16 jf. § 17. Nytt i den svenske loven er videre at arbeidsgiveren skal betale erstatning til arbeidstakeren også for det økonomiske tap som han eller hun eventuelt har lidt. Dette gjelder saker om lønnsfastsettelse, fordeling av oppgaver, samt oppsigelse og permittering mv.

Den svenske loven oppstiller videre et erstatningsansvar for arbeidsgiver dersom arbeidstakeren har vært utsatt for seksuell trakassering. Etter lovens § 27 skal arbeidsgiver betale erstatning hvis en arbeidstaker utsettes for seksuell trakassering. Erstatningen skal være en kompensasjon for den krenkelsen som trakasseringen innebar. Dette gjelder både der arbeidsgiver selv har begått seksuell trakassering (jf. § 27 og § 22) og der arbeidsgiver ikke har gjort tilstrekkelig for å forhindre seksuell trakassering (jf. § 27a og § 22a).

Erstatningen kan lempes eller falle bort etter lovens § 28 hvis særlige hensyn tilsier dette. Erstatningssøksmål føres for de alminnelige domstoler eller Arbetsdomstolen, avhengig av type sak.

13.3 Internasjonale forpliktelser - EØS-avtalen

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å sette i verk tiltak som sikrer effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet. Ved overtredelse av likebehandlingsprinsippet skal de som er forskjellsbehandlet kunne gjøre sin sak gjeldende ved domstolene, jf. likebehandlingsdirektivet artikkel 6 og likelønnsdirektivet artikkel 2.

EF-domstolen har generelt lagt til grunn at erstatningen skal sikre en reell og effektiv rettsbeskyttelse, at den har en avskrekkende virkning på arbeidsgiver og at den under alle omstendigheter er tilstrekkelig stor i forhold til det tap arbeidstakeren eller arbeidssøkeren har lidt. Disse prinsippene er uttrykt i forslaget til nytt likebehandlingsdirektiv artikkel 8c.

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et objektivt erstatningsansvar, dvs. et ansvar uten krav om skyld. En sak som illustrerer dette er Dekker-saken (C-177/88). Enhver tilsidesettelse av diskrimineringsforbudet skal ifølge domstolen være fullt ansvarspådragende. [162] Det skal ikke tas hensyn til eventuelle ansvarsfrihetsgrunner i nasjonal rett. En annen løsning ville ifølge domstolen innebære en svekkelse av diskrimineringsforbudet.

EF-domstolen har også tatt stilling til hva erstatningen skal dekke og lovligheten av eventuelle begrensninger knyttet til dette. EF-domstolen har lagt til grunn at den diskriminerte har rett til full erstatning, eventuelt rett til stillingen ved oppsigelse eller ved forbigåelse ved ansettelse og forfremmelse. Erstatningen skal som et minimum dekke lidt tap. Dette følger av Colson-saken (C-14/83) og Harz-saken (C-79/83). Disse sakene gjaldt søkere som i strid med diskrimineringsforbudet var blitt forbigått ved ansettelse. Etter nasjonal rett hadde de bare rett til å få erstattet eventuelle utgifter ved søknadene, som frimerker, kopiutgifter, brevpapir og lignende. Domstolen slo fast at erstatningsnivået skulle overstige en rent symbolsk erstatning. Bare å få dekket de faktiske utgiftene, var derfor ikke tilstrekkelig når de var så lave som i disse tilfellene.

Et annet spørsmål som reiser seg i forbindelse med krav om erstatning er hvorvidt man skal sannsynliggjøre økonomisk tap som følge av forskjellsbehandling. For eksempel kan det være snakk om å sannsynliggjøre at man ville fått stillingen dersom man ikke var blitt forbigått ved ansettelsen. I Drahmpaehl-saken (C-180/95) slo EF-domstolen fast at det ikke var nødvendig å godtgjøre at den som var blitt forbigått ved ansettelse ville ha fått stillingen, hvis han ikke hadde blitt diskriminert. Det måtte etter domstolens syn imidlertid kunne legges til grunn at tapet i slike tilfeller ville være mindre, og at det da måtte kunne settes et tak for erstatningsbeløpet. På denne bakgrunn synes det å være i strid med EF-retten å sette som vilkår at det påvises økonomisk tap som følge av den diskriminerende handlingen.

Det er foreslått å lovfeste at det ikke på forhånd skal kunne fastsettes et tak på erstatningen, jf. forslag til nytt likebehandlingsdirektiv artikkel 6 (2). Et slikt tak er uansett ikke satt i likestillingsloven, verken slik loven lyder i dag eller etter departementets forslag.

13.4 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet en regel om objektivt erstatningsansvar ved overtredelse av likestillingslovens diskrimineringsforbud. Erstatningen skulle dekke økonomisk og ikke-økonomisk tap (oppreisning som kompensasjon for krenkelsen som ligger i forskjellsbehandlingen). Det ble foreslått å beholde lempingsregelen i de tilfeller der full erstatning vil være for tyngende for den som har forskjellsbehandlet. Departementet foreslo at erstatning, som i dag, kun skal kunne pålegges av domstolene, og ikke av Likestillingsombudet eller av Klagenemnda for likestilling. Endringene skulle kun gjelde arbeidslivet. Ved overtredelser av den nye bestemmelsen om seksuell

[162] se også for eksempel Draehmpaehl-saken (C-180/95).

trakassering skulle imidlertid alminnelige erstatningsregler gjelde. Endringene ble foreslått på bakgrunn av EØS-avtalen og med det formål å fremme mer effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet på arbeidslivets område.

13.5 Høringsinstansenes syn

De fleste av høringsinstansene som uttalte seg om erstatningsregelen uttalte seg i favør av forslaget. Mange henviser til behovet for overensstemmelse mellom norsk og internasjonal rett.

Både *Landsorganisasjonen i Norge (LO)* og *Likestillingsombudet* framhevet betydningen av spesielt dette forslaget. *LO* trakk fram at dette er det mest effektive forslaget av de foreslåtte endringene med sikte på å fremme likelønn. *Oslo biskop* framhevet videre signaleffekten ved forslaget. Han uttalte at bestemmelsen viser hvor viktig samfunnet anser likestillingsspørsmål for å være. Han var derfor positiv til forslaget.

Også *Norsk Lærerlag* var svært positiv til forslaget. Lærerlaget anså muligheten til å bli tilkjent oppreisning som et viktig signal fordi dette signaliserer at kjønnsdiskriminering i seg selv er en krenkelse.

Arbeiderpartiets kvinnebevegelse framhevet behovet for å skjerpe erstatningsansvaret og hevdet at det må være riktig å gjøre arbeidsgiver erstatningsansvarlig for brudd på likestillingsloven uten hensyn til subjektiv skyld.

Yrkesorganisasjonenenes Sentralforbund (YS) var også positiv til å effektivisere likestillingslovens sanksjonssystem med en regel om objektivt erstatningsansvar. *YS* viste i tillegg til den kompetanse Markedsrådet har etter markedsføringsloven § 16 til å ilegge overtredere betinget tvangsgebyr. Ved annen gangs overtredelse skal gebyret betales . *YS* ba departementet vurdere om en tilsvarende kompetanse vil gi Klagenemnda større reell innflytelse. Det er ifølge *YS* særlig ved gjentatte overtredelser at et slikt sanksjonssystem kan framstå som hensiktsmessig.

Kvinnefronten ønsket at forslaget om objektivt erstatningsansvar fikk et videre anvendelsesområde enn det som forslaget omfatter. En regel om objektivt erstatningsansvar burde etter *Kvinnefrontens* syn omfatte seksuell trakassering og andre brudd på likestillingsloven utover arbeids- og ansettelsesforhold.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) godtok innføringen av et objektivt erstatningsansvar i den grad vi er forpliktet etter internasjonale avtaler. De framhevet at denne lovendringen kan medføre en økning i antall saker overfor Klagenemnda.

Også *Norges Rederiforbund* var forbeholdne til forslaget. De stilte spørsmål ved om man ut fra EF-rettspraksis kan utlede et prinsipp om objektivt ansvar, men pekte på at den foreslåtte lempingsregelen kunne avverge urimelige utslag.

Kommunenes Sentralforbund (KS) uttrykte seg entydig mot forslaget. *KS* så det som svært betenkelig å innføre et objektivt erstatningsansvar - særlig i lys av forslaget om delt bevisbyrde. Det ble uttalt at krav på oppreisning (erstatning for ikke-økonomisk skade) på objektivt grunnlag, og de foreslåtte

bevisreglene måtte anses som særdeles betenkelige ut fra hensynet til rettssikkerheten.

*Luftfartsverket*var negative til å pålegge arbeidsgiver et objektivt erstatningsansvar og ønsket å beholde reglene som de er. De framhevet at det ofte dreier seg om skjønnsmessige vurderinger, særlig på områdene utdanning og likelønn.

Også *Samvirkeforetakenes Forhandlingsorganisasjon (Samfo)* var mot forslaget. Organisasjonen framhevet at en regel om objektivt ansvar innebærer en utvidelse av arbeidsgiverens økonomiske forpliktelser, noe som ikke kunne aksepteres.

Justisdepartementet foreslo en utforming av lovens erstatningsbestemmelse etter mønster av arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd om erstatning ved usaklig oppsigelse. Denne utformingen ville gi et klart grunnlag for objektivt ansvar, samt at den ville gjøre lempingsregelen overflødig.

Også andre høringsinstanser trakk fram arbeidsmiljøloven § 62. *Den Norske Advokatforening*ønsket overensstemmelse mellom erstatningsbestemmelsen i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven § 62. Foreningen mente at dette i så fall vil befordre en enhetlig praktisering. Det ble framhevet at bedømmelse av erstatningsansvar ved oppsigelser og forbigåelser burde være sammenfallende etter de to lover. De tilrådde derfor en ensartet ordlyd for ansvar som omfatter oppreisning. Også *Næringslivets Hovedorganisasjonen (NHO)* foreslo en erstatningsregel etter modell av arbeidsmiljøloven. *NHO* framhevet at denne bestemmelsen er vel innarbeidet, og at en slik erstatningsregel vil oppfylle EØS-rettslige krav. *Samfo* framhevet at man i likhet med arbeidsmiljøloven § 62 bør lovfeste kriterier for erstatningens størrelse.

*Likestillingsombudet*mente at det burde framgå klart av ordlyden at erstatningsansvaret gjelder arbeidsgiver. *Likestillingsombudet* ville også erstatte «arbeidstaker» med «skadelidte» i omtalen av den forulempede part. Årsaken er at forskjellsbehandling også kan ramme en arbeidssøker, som ikke omfattes av begrepet «arbeidstaker». *Justisdepartementet* foreslo derimot begrepene «arbeidssøker» og «arbeidstaker».

Arbeids- og administrasjonsdepartementet og *Sosial- og helsedepartementet* mente at det vil være problematisk med et objektivt erstatningsansvar dersom virksomhetsbegrepet i likestillingsloven § 5 ikke endres for statens vedkommende og det samtidig skal være mulig å sammenligne på tvers av faggrenser i forbindelse med likelønnskrav. Disse to departementene mente også at en uttalelse fra Klagenemnda om hvorvidt tariffavtaler er i strid med likestillingsloven ikke skal kunne utløse erstatningsansvar.

13.6 Departementets vurderinger og forslag

Departementet foreslår at likestillingsloven § 17 får en ny og skjerpet erstatningsregel på arbeidslivets område. På bakgrunn av høringsuttalelsene foreslår departementet at det lempes på vilkårene for erstatning, ved at ansvaret blir objektivt og ved at det ikke må påvises økonomisk tap.

13.6.1 Objektivt erstatningsansvar

Departementet foreslår å innføre en regel om objektivt erstatningsansvar for arbeidsgivere som bryter likestillingslovens bestemmelser om likebehandling ved ansettelser og i ansettelsesforhold. Endringen innebærer at det er tilstrekkelig å påvise at man er forskjellsbehandlet i strid med §§ 3 - 6 i likestillingsloven for å kunne ha krav på erstatning. Det er altså ingen forutsetning for å bli idømt erstatningsansvar at det kan påvises forsett eller erstatningsbetingende uaktsomhet hos arbeidsgiver.

Departementet har i denne forbindelse lagt stor vekt på at de aller fleste høringsinstansene støttet forslaget. Man har også merket seg spesielt at flere høringsinstanser, herunder Likestillingsombudet, trakk fram i sin høringsuttalelse at dette forslaget var det viktigste av alle endringsforslagene. Likestillingsombudet påpekte i sin høringsuttalelse at en regel om objektivt erstatningsansvar vil kunne gi likestillingsloven «ny giv».

Departementet mener videre at innføring av et objektivt ansvar for arbeidsgivere vil være nødvendig for å oppfylle våre forpliktelser i forhold til EØS-avtalen. Dette er fulgt opp både i dansk, finsk og svensk regelverk vedrørende erstatning for brudd på diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold.

Erstatningsvilkårene er i dag utformet slik at overtredelse av lovens diskrimineringsforbud i praksis ofte ikke fører til sanksjoner. I realiteten risikerer den som overtrer loven sjelden mer enn en kritisk uttalelse mot seg fra Likestillingsombudet eller Klagenemnda. Erstatningsregelen har i praksis vært nesten sovende. Det er derfor grunn til å tro at erstatningsregelens preventive effekt er svært liten. Svake sanksjonsmuligheter kan på denne måten ha svekket likestillingslovens gjennomslagskraft. Et objektivt ansvar vil kreve større aktsomhet og likestillingsmessig bevissthet fra arbeidsgiveres side hvis de skal unngå erstatningsansvar. Det vil med andre ord bli tydeligere at arbeidsgivere har en plikt til å vurdere de likestillingsmessige implikasjonene ved ansettelser, lønnsfastsettelse, fordeling av arbeidsoppgaver osv.

Flere høringsinstanser trakk inn rettssikkerhetshensyn som et sentralt argument mot en regel om objektivt ansvar for arbeidsgiver. Enkelte høringsinstanser stilte spørsmålstegn ved rimeligheten av å stille arbeidsgiver ansvarlig i en situasjon hvor det kan være vanskelig for arbeidsgiver å holde oversikt. Dette er særlig framhevet i forbindelse med at staten regnes som én virksomhet etter likelønnsbestemmelsen i § 5.

Departementet har kommet til at behovet for å få en erstatningsregel som har en reell betydning, må veie tyngre i denne sammenheng enn hensynet til skadevolder. Dessuten vil avveiningen knyttet til erstatningens størrelse kunne avhjelpe urimelige utslag for arbeidsgiver, se nedenfor under pkt. 13.6.3.

Departementet vil peke på at dagens vilkår også innebærer et rettferdighetsproblem i forhold til den som forskjellsbehandles. Det må tas i betraktning at den som er diskriminert har opplevd krenkelse av en rettighet. Krenkelsen kan eventuelt ha vært en praktisk og følelsesmessig belastning. Videre vil den som har begått den diskriminerende handling (for eksempel arbeidsgiver, offentlige instanser, forretningsdrivende og/eller organisasjoner), ofte ha bedre forutsetninger for å bære eventuelle økonomiske tap som følge av brudd på loven enn det den enkelte diskriminerte vil ha.

Det vises også til at arbeidsmiljøloven hjemler objektivt erstatningsansvar, blant annet ved usaklige oppsigelser, midlertidig ansettelse i strid med lovens vilkår, forbigåelse av tidligere ansatte som skal ha fortrinnsrett ved ny tilsetting (jf. arbeidsmiljøloven § 62, § 58A og § 67).

13.6.2 Ikke krav om økonomisk tap. Oppreisning

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

For det første kan det i mange tilfeller være problematisk å føre tilstrekkelige bevis for at man har lidt et økonomisk tap. For det andre - og i sammenheng med det første - vil kravet om å påvise årsakssammenheng ofte kunne være vanskelig å oppfylle. Det kan for eksempel tenkes at en kvinnes søknad til en stilling overhodet ikke blir vurdert fordi hun er gravid. I disse tilfellene skal den forbigåtte kvinnen etter dagens regler føre bevis for at hun etter all sannsynlighet ville fått stillingen om hun ikke hadde vært gravid.[163)] For det tredje vil det kunne forekomme tilfeller der man ikke har lidt noe økonomisk tap. Dette gjelder for eksempel hvis man er blitt forbigått ved en ansettelse og kort tid etter blir tilbudt en annen stilling.

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

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

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

Departementet mener på denne bakgrunn at det er uheldig at det er et vilkår for erstatning at det påvises økonomisk tap. Dette svekker effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet. Det er derfor behov for en regel som

163) Dette var tilfellet i dommen referert i Rettens Gang 1986 s. 409, der kvinnen ikke fikk erstatning av samme grunn.

sanksjonerer også de tilfeller der det ikke foreligger økonomisk tap eller der det innebærer en for stor bevisbyrde for klager å påvise slikt tap. Departementet foreslår på denne bakgrunn at det lovfestes en rett til oppreisning som kompensasjon for den krenkelse som diskrimineringen innebærer.

13.6.3 Om utformingen av bestemmelsen

Departementet foreslår at bestemmelsen utformes etter mønster av arbeidsmiljøloven § 62. Dette er i tråd med innspillene fra flere av høringsinstansene, herunder Justisdepartementet og Den Norske Advokatforening. Departementet foreslår følgende bestemmelse:

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

Departementet har valgt å endre forslaget i en slik retning fordi denne utformingen av bestemmelsen på en bedre måte enn forslaget i høringsnotatet gir grunnlag for en utmålingspraksis etter en bred rimelighetsvurdering. Ordlyden presiserer også på en bedre måte at erstatningsansvaret gjelder uten hensyn til skyld hos arbeidsgiveren.

En regel som foreslått ovenfor vil gjøre en egen lempingsregel overflødig. Første ledd, annet punktum legger opp til en avveining der man ser hen til blant annet arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold. På denne måten er bestemmelsen egnet til å forhindre at en regel om objektivt ansvar gir urimelige utslag.

Departementet forutsetter at bestemmelsen vil bli fortolket og presisert nærmere gjennom domstolspraksis. I denne sammenheng vil det være naturlig å se hen til praksis etter arbeidsmiljøloven § 62.

13.6.4 Erstatningsutmålingen

Den foreslåtte ordlyden i § 17 første ledd angir hvilke momenter som skal legges til grunn ved erstatningsutmålingen.

Med sikte på en effektiv regel og samsvar med den praksis som har utviklet seg ved EF-domstolen, forutsettes det at skadelidte som utgangspunkt skal få dekket hele sitt økonomiske tap som følge av diskrimineringen. Beløpet skal først og fremst dekke eventuelt lidt og framtidig økonomisk tap. For eksempel når det gjelder lønn, vil arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig for differansen mellom utbetalt lønn og lønn som er i overensstemmelse med likestillingsloven. Hvis en person er forbigått ved ansettelse, skal vedkommende ha dekket inntektstapet hun har lidt ved ikke å få den aktuelle stillingen, ut fra hva det er sannsynlig at hun ville ha tjent. Hun har også krav på renter fra antatt ansettelsestidspunkt.

Kravet vil likevel bli begrenset bakover i tid av regelen i foreldelsesloven § 9. Bestemmelsen fastsetter at kravet foreldes tre år etter den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kjennskap om skaden og den ansvarlige. Departementet legger til grunn at også erstatning for framtidig tap

blir begrenset i tid ut fra rimelighetskriteriet i den foreslåtte erstatningsregelen.

Departementet foreslår i tillegg at det i likhet med Sverige og Finland også skal kunne tilstås en kompensasjon for selve krenkelsen som ligger i det å ha blitt diskriminert (oppreisning). Det kan for øvrig vises til at arbeidsmiljølovens regler om blant annet usaklig oppsigelse og forbigåelse ved visse ansettelser også hjemler erstatning av ikke-økonomisk karakter (jf. § 62 og § 67). Mulighetene for å tilstå erstatning på dette grunnlaget vil ha en selvstendig betydning i tilfeller der det ikke kan påvises økonomisk tap som er en følge av diskrimineringen.

Utmålingen skal ifølge forslaget for øvrig bygge på en rimelighetsvurdering der økonomisk tap, forskjellsbehandlingen og hele situasjonen ses under ett. Det bør legges vekt på erstatningens preventive funksjon.

Generelt vil det ved erstatningsutmålingen være naturlig å se hen til praksis etter arbeidsmiljøloven. Det er ikke satt noe tak i arbeidsmiljøloven for hvor mye som kan tilkjennes. I praksis gis det erstatning på inntil et halvt års lønn, men sjelden over dette. [164)]

13.6.5 Bestemmelsens anvendelsesområde

Departementet foreslår at den skjerpede erstatningsregelen bare skal gjelde i arbeidsforhold. Forslaget til ny erstatningsbestemmelse omfatter derfor bare arbeidsgiveres forskjellsbehandling av arbeidssøkere og arbeidstakere. Det vises her til at EØS-avtalen kun gjelder arbeidsforhold. Det vises også til at de øvrige nordiske landene har begrenset de objektive erstatningsreglene til brudd på likebehandlingsprinsippet i arbeidsforhold og i forbindelse med ansettelser. Departementet er av den oppfatning at det er ved slike brudd at behovet for erstatning er hyppigst forekommende. De fåtall erstatningssaker som har vært reist med hjemmel i likestillingsloven, har dreid seg om ansettelser og arbeidsforhold.

Kvinnefronten ga i sin høringsuttalelse uttrykk for at regelen om objektivt erstatningsansvar burde ha et videre anvendelsesområde. Blant annet mente Kvinnefronten at forslaget burde omfatte saker om seksuell trakassering.

Departementet er kommet til at den skjerpede erstatningsregelen ikke skal gjelde for saker om seksuell trakassering i strid med den nye regelen i § 8a (både forbudsbestemmelsen og vernebestemmelsen). Rettssikkerhetsmessige hensyn taler mot et ansvar uavhengig av skyld i denne type saker som har en annen karakter enn andre tilfeller av kjønnsdiskriminering, blant annet fordi det oppleves som særlig belastende å få en påstand om seksuell trakassering mot seg.

Departementet antar at erstatningsregelen vil være særlig anvendelig ved diskriminering i forbindelse med ansettelser, forfremmelser og lønnsfastsettelse. Ved oppsigelser som er usaklig begrunnet i den ansattes kjønn, må det antas at bestemmelsen vil få mindre praktisk betydning. Dette skyldes at arbeidsmiljøloven § 62 vil komme til anvendelse i disse sakene, se pkt. 13.6.6.

Det presiseres at det fortsatt skal være anledning til å kreve erstatning for ethvert brudd på likestillingsloven etter det alminnelige ulovfestede uaktsom-

[164)] Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, 2001 s. 382.

hetsansvaret. [165] Alminnelige erstatningsregler vil således fremdeles gjelde ved brudd på likestillingsloven utenfor ansettelsesforhold, i saker om seksuell trakassering og ved diskriminering i arbeidsforhold der søksmålet rettes mot andre enn arbeidsgiver (for eksempel organisasjoner eller tariffparter). I forslaget til ny erstatningsbestemmelse framgår dette av et nytt annet ledd. Regelen har det samme materielle innhold som første ledd i dagens lovbestemmelse om erstatning. I den grad ordlyden er endret, er endringene begrunnet ut fra tekniske hensyn.

13.6.6 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven § 62 og likestillingslovens erstatningsregel

Som i dag vil erstatningsregelen i likestillingsloven ha delvis samme anvendelsesområde som arbeidsmiljøloven § 62. I dag blir erstatningssaker som gjelder usaklig oppsigelse i de aller fleste tilfeller fremmet etter arbeidsmiljølovens regler. Dette henger sammen med at vilkårene for erstatning ved usaklig oppsigelse ikke er så strenge som etter likestillingsloven og alminnelige erstatningsregler. Ved en endring av § 17 vil denne forskjellen elimineres så langt prinsippene for utmålingen og erstatningsnivået vil følge praksis etter arbeidsmiljøloven slik departementet forutsetter.

En annen forskjell er at arbeidsmiljølovens særlige prosessregler kommer til anvendelse ved søksmål om usaklig oppsigelse. Særreglene skal gi en hurtigere og mer effektiv saksbehandling enn søksmål etter de alminnelige reglene i tvistemålsloven. En arbeidstaker som mener seg usaklig oppsagt vil således fremdeles ha noe å vinne på å fremme saken som en oppsigelsessak. For at arbeidsmiljølovens regler skal gjelde må det være tale om et ansettelsesforhold og en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand. I praksis vil dette gjerne være et tvistespørsmål, for eksempel i forbindelse med endringsoppsigelser. En som mener seg usaklig oppsagt kan fremme en prinsipal påstand om oppsigelse, [166] med en subsidiær påstand om at handlingen er i strid med likestillingslovens diskrimineringsforbud (jf. arbeidsmiljøloven § 61 nr. 1).

En annen sak er at likestillingsloven, som i dag, vil være relevant i forbindelse med kravet om saklig grunn etter arbeidsmiljøloven § 62. Det må legges til grunn at en oppsigelse ikke under noen omstendighet kan være saklig hvis den er i strid med likestillingslovens ufravikelige diskrimineringsforbud. Dette gjelder både der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold og der det er tale om en utvelgelse ved oppsigelse begrunnet i driftsmessige forhold. Det kan antakelig legges til grunn at det er en skjerpende omstendighet som tillegges vekt ved utmålingen hvis en oppsigelse ikke bare er usaklig av andre grunner, men også er i strid med likestillingsloven. [167] Det skal derimot ikke kunne gis dobbelt erstatning i forbindelse med samme oppsigelse da dette må betraktes som samme rettsforhold.

---

[165] jf. Ot. prp. nr. 33 (1974 - 75) s. 69.

[166] Partenes pretensjon vil normalt være avgjørende for prosessformen, jf. Ot. prp. nr. 50 (193 - 94) s. 210.

[167] I dommen referert i Rettens Gang 1989 s. 575 ble erstatningsnivået satt relativt høyt av denne grunnen.

13.6.7 Gjennomføring

Forslaget innebærer ingen endringer i dagens ordning der det bare er domstolene som kan pådømme erstatning ved overtredelser av likestillingslovens diskrimineringsforbud. Det betyr at verken Likestillingsombudet eller Klagenemnda for likestilling kan pålegge erstatning. Dette vil således også gjelde Klagenemndas uttalelser om tariffavtaler og forholdet til diskrimineringsforbudet. Det vises til pkt. 10.9.4 om uttalelsenes rettsvirkninger.

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

Det må antakelig forventes at en skjerpet erstatningsregel vil føre til flere saker om brudd på likestilling i håndhevingsorganene, ikke minst i domstolene. Dette vil være et resultat av at flere vil se seg tjent med å ta den økonomiske og psykiske belastningen det kan være å føre en diskrimineringssak. Selv om flere tvister og rettssaker om brudd på likestillingsloven ikke er noe mål i seg selv, er det etter departementets vurdering behov for at lovens regler utvikles og gjøres kjent gjennom domstolspraksis i større utstrekning enn i dag. Dette må også forventes å fremme lovens preventive virkning.

14 Andre endringer

14.1 Taushetsplikt

14.1.1 Gjeldende rett

Som forvaltningsorganer er Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling underlagt forvaltningslovens regler om taushetsplikt.

Likestillingsloven har imidlertid også en egen regel om taushetsplikt for den som utfører tjeneste eller arbeid for Klagenemnda eller Likestillingsombudet (§ 16). Denne bestemmelsen ble tatt inn i likestillingsloven da loven ble vedtatt fordi forvaltningsloven dengang ikke inneholdt noen generell bestemmelse om taushetsplikt for den offentlige forvaltning. En arbeidsgruppe under Justisdepartementet hadde imidlertid på dette tidspunktet allerede utformet et forslag til en slik generell bestemmelse om taushetsplikt. Likestillingsloven § 16 ble utformet etter modell av dette forslaget, men det går fram av forarbeidene at denne bestemmelsen var å anse som midlertidig. [168)] I 1978 trådte forvaltningslovens bestemmelse om taushetsplikt i kraft, og gjelder alle som utfører arbeid eller tjeneste for et forvaltningsorgan jf. forvaltningsloven § 13.

Ordlyden i likestillingsloven § 16 har klare likhetstrekk med ordlyden i forvaltningsloven § 13 første ledd. Forvaltningsloven § 13 inneholder imidlertid presiseringer som ikke kommer fram i likestillingsloven § 16. I tillegg inneholder forvaltningsloven §§ 13a-13e en rekke begrensninger og presiseringer av taushetsplikten. Disse begrensningene framgår heller ikke av likestillingsloven, som fortsatt lyder slik den gjorde da loven ble vedtatt.

Forvaltningsloven § 13 f første ledd bestemmer at forvaltningsloven §§ 13-13e gjelder «...som utfyllende regler når ikke annet er bestemt i lov eller i medhold av lov». Da det ikke er gitt regler i eller i medhold av likestillingsloven som bestemmer noe annet gjelder forvaltningslovens regler om taushetsplikt uinnskrenket for Likestillingsombudets og Klagenemndas virksomhet. Dette er også i samsvar med lovens forarbeider hvor det ble framhevet at likestillingsloven § 16 var ment å være en midlertidig bestemmelse inntil de generelle regler om taushetsplikt i forvaltningsloven trådte i kraft. [169)]

14.1.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet å oppheve likestillingsloven § 16. Det ble videre foreslått å opprettholde den generelle henvisningen til forvaltningslovens regler i forskriften for Likestillingsombudets og Klagenemdas virksomhet. [170)]

[168)] Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

[169)] Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

[170)] Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemda for likestilling av 15. mars 1979 nr. 2 § 28 første ledd.

14.1.3 Høringsinstansenes syn

Alle med unntak av én høringsinstans var positive til forslaget om å oppheve taushetspliktsregelen i likestillingsloven. *Norske kvinnelige akademikere* mente imidlertid at likestillingsloven § 16 bør suppleres med de presiseringene som finnes i forvaltningsloven §§ 13b-13e. De mente at departementets forslag vil resultere i usynliggjøring av viktig informasjon for alminnelige brukere (ikke-profesjonelle) av lovverket. Det var også flere andre som påpekte behovet for å ha en tydelig henvisning til forvaltningslovens regler om taushetsplikt av hensyn til brukervennligheten. Dette gjelder blant annet *Juridisk rådgivning for kvinner* og *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund*.

14.1.4 Departementets vurderinger og forslag

Departementet mener at forvaltningslovens taushetspliktsregler er tilstrekkelige, og foreslår at likestillingsloven § 16 oppheves. Det legges avgjørende vekt på hensynet til forenkling av regelverket, herunder å unngå dobbeltregulering. Dette er også i tråd med forutsetningene i lovens forarbeider, hvor det ble framhevet at taushetspliktsbestemmelsen i likestillingsloven skulle falle bort dersom alminnelige regler om taushetsplikt i forvaltningsloven ble vedtatt. [171] Departementet finner det heller ikke nødvendig å innta en henvisning til forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt i likestillingsloven. Selv om det finnes noen lover som har henvisninger til forvaltningslovens taushetspliktsregler framstår ikke rettsusikkerheten som svært stor på de områder hvor en slik henvisning er utelatt.

Henvisningen til forvaltningslovens taushetspliktsregler foreslås imidlertid opprettholdt i Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling av 15. mars 1979 nr. 2 § 28.

14.2 Kompetansesenter for likestilling endrer navn

14.2.1 Bakgrunn

Da Likestillingsrådet ble omorganisert i august 1997 ble det nye navnet «Kompetansesenter for likestilling». Styret besluttet imidlertid at Likestillingssenteret skulle være kortnavnet, og det er dette navnet som er blitt brukt i praksis. Likestillingssenteret tok derfor i april 2000 initiativ overfor Barne- og familiedepartementet til formelt å endre navnet til «Likestillingssenteret». Senteret synes at betegnelsen «Kompetansesenter for likestilling» er problematisk i bruk. Spesielt har betegnelsen vært oppfattet som tungvint overfor pressen. Senteret har i tillegg mottatt henvendelser hvor det er blitt benyttet uriktige betegnelser. Likestillingssenteret framhever også at betegnelsen «kompetansesenter» etter hvert er blitt svært utbredt, hvilket medfører at det er blitt vanskeligere å skille ulike kompetansesentre fra hverandre.

14.2.2 Departementets vurderinger og forslag

Departementet ser positivt på at Kompetansesenteret for likestilling endrer navn til «Likestillingssenteret». Det legges avgjørende vekt på at betegnelsen «Likestillingssenteret» allerede er innarbeidet og ser ut til å fungere godt i

[171] Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69.

praksis. Likestillingssenteret spiller en viktig rolle i arbeidet for likestilling, og det er av stor betydning at det ikke knytter seg usikkerhet til det navnet som senteret bruker. Departementet foreslår derfor at «Kompetansesenter for likestilling» endrer navn til «Likestillingssenteret».

Navneendringen innebærer at ordlyden i likestillingsloven § 9 må endres. Det samme gjelder Forskrift om vedtekter for Kompetansesenter for likestilling av 18. juli 1997.

15 Økonomiske og administrative konsekvenser

En rekke av de foreslåtte endringene er en tilpasning til forpliktelser som allerede følger av Norges EØS-medlemsskap. Dette gjelder blant annet Likelønnsbestemmelsen (§ 5), der Likestillingsombudet allerede har lagt seg på en fortolkning av bestemmelsen som samsvarer med disse forpliktelsene. Barne- og familiedepartementet legger derfor til grunn at lovendringene i seg selv ikke vil føre til økonomiske eller administrative konsekvenser utover det som allerede må antas å følge av gjeldende norsk rett i saker om ulikelønn mellom kvinner og menn. Tilsvarende gjelder endringene i erstatningsbestemmelsen og bevisbyrderegelen, og endringene i § 14 vedrørende Klagenemnda for likestilling sin rett til å gi uttalelse om en tariffavtale.

Disse lovendringene kan føre til en viss økning i antall saker hos Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. Departementet mener at kapasiteten hos Likestillingsombudet tilsier at en viss økning kan aksepteres.

Endringene i § 3 - generalklausulen og innføring av en ny § 3a om positiv særbehandling av det ene kjønn er rent tekniske og gjort av pedagogiske årsaker, og antas ikke å medføre økonomiske eller administrative omkostninger.

Reglene om seksuell trakassering og innføring av krav om redegjørelse for likestilling i årsberetninger eller årlige budsjetter, må antas å kunne gi merarbeid for Ombudet og Nemnda. Dette kan utløse behov for økte ressurser til Likestillingsombudet på sikt.

Likestillingsloven har alltid inneholdt et krav til offentlige myndigheter om å legge til rette for likestilling på alle samfunnsområder. Denne plikten er skjerpet, og i tillegg er det innført plikt til å redegjøre for tilstanden når det gjelder likestilling i årsberetningene for de virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide slike, og i de årlige budsjettene for de som ikke er pålagt å utarbeide årsberetninger.

Det innføres et krav om aktivitetsplikt også i privat sektor. Virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetninger, pålegges en plikt til å redegjøre for den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten. Dette krever at det nedlegges en viss innsats i alle virksomheter som omfattes. Forslaget er imidlertid tilpasset allerede eksisterende regelverk om årsberetninger.

Et målrettet arbeid for likestilling i den enkelte virksomhet, det være seg i privat eller offentlig sektor, vil være i tråd med fornyelsesprogrammet og må antas å få positive konsekvenser for ressursutnyttelsen i den enkelte virksomhet. Alt i alt mener Barne- og familiedepartementet at de økte økonomiske og administrative konsekvensene kompenseres ved en bedret ressursutnyttelse for den enkelte virksomhet.

For øvrig antas ikke endringene å medføre administrative eller økonomiske konsekvenser.

16 Merknader til de enkelte bestemmelsene

16.1 Endringene i likestillingsloven

Til § 1a

Første ledd første punktum gjelder det offentliges aktivitetsplikt på likestillingsområdet. Det kreves at det offentlige skal arbeide *aktivt, målrettet og planmessig* for likestilling på alle samfunnsområder. Også etter gjeldende rett har det offentlige plikt til å iverksette tiltak og ikke bare plikt til ikke å diskriminere på grunn av kjønn. I forhold til gjeldende rett innebærer endringen at kravet til handling skjerpes. Bestemmelsen skal også gjelde det offentlige i rollen som arbeidsgiver. Dette er i samsvar med dagens praksis. Departementet viser for øvrig til kapittel 4 pkt. 4.7.2 og pkt. 4.7.3 om ansvarsområdet og innholdet i plikten.

*Annet ledd*gjelder aktivitetsplikt for private arbeidsgivere, og arbeidslivets organisasjoner. Bestemmelsen innebærer en utvidelse i forhold til gjeldende rett, idet dagens aktivitetsplikt bare retter seg mot det offentlige. Arbeidsgiver skal arbeide for likestilling *innenfor sin virksomhet.*Arbeidsgivers aktivitet skal omfatte både de fast ansatte og dem med løsere tilknytning til virksomheten. Med *arbeidslivets organisasjoner* menes både arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Organisasjonene skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling *innenfor sitt virkefelt.* Dette omfatter både organisasjonenes rolle som part i tariffavtaler og som interesseorganisasjon for medlemmene. Departementet viser for øvrig til kapittel 4 pkt. 4.7.2 og pkt. 4.7.3 om ansvarsområde og innholdet i plikten.

Bestemmelsens første og annet ledd er innholdmessig i samsvar med forslaget i høringsnotatet. Imidlertid har departementet valgt å plassere aktivitetsplikten i en egen bestemmelse sammen med redegjørelsesplikten. For den nærmere begrunnelsen viser departementet til kapittel 4 pkt. 4.7.5.

Likestillingsombudet skal etter § 11 føre tilsyn med at aktivitetsplikten følges opp. Dette innebærer at Ombudet vil kunne ta initiativ overfor den ansvarlige uten at det kan påvises brudd på noen av lovens diskrimineringsforbud. Bestemmelsen skal ikke kunne håndheves etter reglene i §§ 12-13. Det vises i denne sammenheng til redegjørelsen i kap. 4 pkt. 4.7.4.

Tredje til femte ledd gjelder plikt til å redegjøre for likestilling, og er en ny bestemmelse.

Tredje ledd første punktum pålegger en redgjørelsesplikt for *virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetning.*Hvem som er pålagt å utarbeide årsberetning er nærmere omtalt i kapittel 5 pkt. 5.6.2. En redegjørelse for *den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling*kan for eksempel være spørsmål som gjelder den kjønnsmessige fordelingen mellom kvinner og menn i virksomheten, herunder spørsmål knyttet til lønn, stillingskategorier og arbeidstid, og andre personalpolitiske forhold. Uttrykket *i virksomheten* skal tolkes til å omfatte ikke bare de fast tilsatte, men også dem med en løsere tilknytning til virksomheten. Dette vil for eksempel omfatte innleid arbeidskraft som konsu-

lenter, prosjektmedarbeidere og rengjøringspersonale. *Tredje ledd annet punktum* omhandler hva redegjørelsen skal inneholde utover en redegjørelse for den faktiske tilstanden. Det skal redegjøres både for tiltak som *er* iverksatt og tiltak som *planlegges*iverksatt. Med uttrykket iverksatt for å *fremme* likestilling menes tiltak som har et videre formål enn bare å unngå å diskriminere på grunnlag av kjønn. Departementet viser forøvrig til framstillingen av kravene til redegjørelsens innhold i kapittel 5 pkt. 5.6.3.

Fjerde ledd retter seg mot offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning. Disse skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet. Dersom offentlige myndigheter er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal redgjørelsen finne sted i denne. Med *tilsvarende redegjørelse* menes redegjørelse med samme innhold som det som følger av kravene i tredje ledd. Det vises til kapittel 5 pkt. 5.6.3.

Femte ledd gjelder håndheving av redegjørelsesplikten i tredje og fjerde ledd. Bestemmelsen fastslår at håndhevingsreglene i likestillingsloven §§ 12 og 13 skal gjelde tilsvarende. Også straffebestemmelsen i § 18, som gjelder overtredelse av vedtak fattet i medhold av §§ 12 eller 13, kommer til anvendelse. Likestillingsloven § 11 skal gjelde på vanlig måte. Departementet viser for øvrig til framstillingen i kapittel 5 pkt. 5.6.4.

Til § 3

Bestemmelsens første ledd slår fast at verken direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er tillatt. Definisjonen på direkte forskjellsbehandling i annet ledd har fått et tillegg om graviditetsdiskriminering. Definisjonen på indirekte forskjellsbehandling endres og settes inn som et nytt tredje ledd, mens det i fjerde ledd tas inn en unntaksregel som angir vilkårene når indirekte forskjellsbehandling er tillatt. Endringene innebærer en viss skjerping av gjeldende diskrimineringsforbud. Endringene er ellers en lovfesting av håndhevingsorganenes praksis. Denne praksisen er således relevant ved tolkningen av bestemmelsen. Når det gjelder begrepet «handling» i § 3, vises det til 6.1.2.

I definisjonen på direkte forskjellsbehandling i annet ledd presiseres det at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel er forskjellsbehandling i strid med loven. Etter definisjonen skal forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel regnes som direkte forskjellsbehandling. Dette betyr at det er et absolutt forbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel. I disse tilfellene er forbudet *ikke* betinget av en interesseavveining der det kan legges vekt på eventuelle ulemper, kostnader mv. knyttet til likebehandling. Det er kun adgang til forskjellsbehandling så langt dette følger av unntaksadgangen etter § 3a og ulovfestede saklighetsprinsipper (se kapittel 7).

Bestemmelsen retter seg mot forskjellsbehandling av kvinner som kan knyttes til graviditet, fødsel og amming. Det samme gjelder utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt kvinner, for eksempel fødselspermisjon de første seks ukene etter fødselen. Omplassering under graviditeten på grunn av farlig arbeidsmiljø, fri ved svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon (permisjon før fødsel), ammefri mv. er eksempler på andre forhold som utelukkende gjelder kvinner fordi de er direkte knyttet til graviditet og fødsel. Bestemmel-

sen omfatter også forskjellsbehandling av fedre på grunn av utnyttelse av retten til permisjon, så langt rettighetene er forbeholdt menn. Etter dagens permisjonsregler vil det således være tale om to ukers permisjon i forbindelse med fødselen, og fire ukers fedrekvote i barnets første leveår.

Bestemmelsen skal også tas i betraktning i relasjon til forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet, fravær på grunn av barnets eller barnepassers sykdom o.l. - det vil si forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver. Bestemmelsen i annet ledd er et signal om et sterkt vern også mot slik forskjellsbehandling. Disse tilfellene skal imidlertid regnes som indirekte forskjellsbehandling etter tredje ledd, og er derfor betinget av en interesseavveining. Forbudet mot indirekte forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver omfatter forskjellsbehandling av både menn og kvinner.

I de tilfeller der det er tale om lengre permisjon som må vurderes i forhold til tredje og fjerde ledd i tillegg til annet ledd, kan et forbud eventuelt hjemles direkte i § 3 første ledd, jf. tredje og fjerde ledd. Det skal således ikke være nødvendig for håndhevingsorganene å splitte opp argumentasjonen og begrunnelsen hvis handlingen uansett rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling. Hvis handlingen ikke rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, må det subsidiært vurderes om handlingen rammes av forbudet mot direkte forskjellsbehandling i annet ledd.

Det skal generelt svært mye til for at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel kan aksepteres. Forbudet skal være desto strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og dess kortere fravær det er tale om. Er forskjellsbehandlingen begrunnet direkte i graviditeten eller i permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn (for eksempel et behov for tilrettelegging av arbeidet under graviditeten), skal forbudet være absolutt. For øvrig må det være tale om fravær eller ulemper over en lengre periode, og svært tungtveiende grunner for at begrunnelsen for å forskjellsbehandle kan aksepteres, jf. kravene til saklig formål i § 3, tredje ledd, annet punktum. Tungtveiende grunner kan for eksempel være hvis det er tale om forbigåelse ved ansettelse til en reell midlertidig, kortvarig stilling der søkeren bare kan fungere i stillingen en mindre del av ansettelsesperioden, og det kan påvises betydelige praktiske eller økonomiske problemer knyttet til å ansette og lære opp en vikar.

Ved tolkingen må det ses hen til hvilket livsområde saken gjelder. Vernet mot graviditetsdiskriminering skal være særlig strengt innen arbeidsliv og utdanning, da forskjellsbehandling på disse områdene kan true viktige rettigheter for kvinner.

Innenfor disse rammene angir bestemmelsen en fleksibel norm som må utfylles nærmere i praksis. Håndhevingsorganene må i sin praksis se hen til at diskrimineringsforbudet skal skjerpes noe i forhold til i dag. Videre må det ses hen til EF-domstolens praksis i saker om graviditetsdiskriminering, og at det i samsvar med denne praksisen legges til grunn et særdeles strengt vern av kvinner i disse sakene.

Bestemmelsen i annet ledd stiller ikke krav om en sammenlikningsperson. Bestemmelsen hjemler en adgang til «hypotetiske sammenlikninger». Vurderingstemaet skal være hvordan man ville blitt behandlet, for eksempel

hvordan en arbeidsgiver ville behandlet en kvinnes søknad om hun ikke hadde vært gravid. Det skal med andre ord ikke være avgjørende om det var andre søkere til stillingen eller om kolleger får høyere lønn. Bestemmelsen er på dette punktet en lovfesting av praksis, se 6.1.7.

I konkrete saker er ofte det springende punkt hvorvidt graviditet og fødsel er (et ledd i) begrunnelsen for handlingen. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel må således ses i forhold til reglene om delt bevisbyrde i § 16. Hvis en kvinne kommer i en dårligere stilling i forbindelse med graviditet og fødsel, kan dette i seg selv være et forhold som gir grunn til å tro at hun er forskjellsbehandlet i strid med loven. Bevisbyrdereglene vil stille krav til begrunnelse til den som hevdes å forskjellsbehandle. Det må sannsynliggjøres at forskjellsbehandlingen ikke har sammenheng med graviditet mv., at forskjellsbehandlingen har en tilstrekkelig tungtveiende saklig grunn (jf. fjerde ledd), eller eventuelt at det er adgang til ulik behandling etter § 3a eller ulovfestede saklighetsprinsipper.

I tredje ledd tas det inn en ny definisjon på indirekte forskjellsbehandling. Endringen tar sikte på å lovfeste praksis knyttet til urimelighetsvurderingen. Praksis fra Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling vil således være relevante kilder ved tolkningen av bestemmelsen. Det samme gjelder EF-domstolens praksis om indirekte forskjellsbehandling.

Endringen tar likevel sikte på en viss innstramming av forbudet ved at kravene til begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal skjerpes. Det skal også legges særlig stor vekt på hensynet til likestilling i interesseavveiningen. Dette følger av at unntaksadgangen kun gjelder i *særlige tilfeller*.

Kravet om at handlingen skal ha et *saklig formål* som ikke har sammenheng med kjønn er et minstekrav etter § 3 for å forskjellsbehandle. Kravet om saklighet betyr først og fremst at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære. Disse skal bygge på en objektiv vurdering; det vil si at vurderingen av om formålet er saklig kan og skal overprøves ved en eventuell etterfølgende tvist.

Videre skal det middel som er valgt for å realisere formålet være *egnet* til å oppnå eller fremme det en ønsker å oppnå med handlingen. Et eksempel kan være hvis en virksomhet utelukker deltidsansatte fra virksomhetens pensjonsordning fordi de ønsker å ha færre deltidsansatte (eksempelet er hentet fra Bilka-saken, EF-domstolen 170/84). Her må det vurderes om dette faktisk reduserer - eller er egnet til å redusere - antallet deltidsansatte i virksomheten. Et annet eksempel kan være hvis det gjøres fradrag for fødselspermisjon ved beregningen av lønnsansiennitet. Hvis arbeidsgiver på denne måten ønsker å honorere erfaring som et mål på kvalifikasjoner, må det spørres om faktisk arbeidet tid i dette tilfellet får betydning for arbeidstakerens kompetanse til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene.

I kravet om at handlingen er *nødvendig* i forhold til formålet, ligger det et vilkår om at det ikke skal være praktisk mulig å velge andre og ikke-diskriminerende handlingsalternativ. Om det samme kan oppnås uten at det fører til ulik behandling, er handlingen diskriminerende.

Uttrykket *uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet* gir anvisning på en interesseavveining. I dette ligger det at hensynet til den som forskjells-

behandler og dennes begrunnelse for handlingen, skal veies mot hensynet til likestilling og de konsekvenser handlingen får for den som forskjellsbehandles. Begrunnelsen for å forskjellsbehandle kan relatere seg for eksempel til sosialpolitiske formål eller til økonomiske formål. Generelt skal det mye til for at hensynet til likestilling skal vike for andre interesser, jf. «særlige tilfeller».

Uttrykket *inngripende* retter seg mot handlingens konsekvenser i et likestillingsperspektiv. Formålet med handlingen skal med andre ord veies mot konsekvensene for den som forskjellsbehandles. Departementets forslag tar sikte på å videreføre den norske praksisen der en handling kan være ulovlig selv om den i og for seg har en saklig begrunnelse, hvis konsekvensene av handlingen er at det ene kjønn utsettes for ulemper av betydning.

Det må tas i betraktning at likestillingslovens diskrimineringsforbud ikke bare gjelder innen arbeidsliv og utdanning, men også på andre områder, for eksempel innen kultur og på markedet for varer og tjenester. Departementet påpeker at interesseavveiningen må avhenge av hvilket samfunnsområde det er tale om. Er det for eksempel retten til arbeid og lønnet inntekt eller retten til utdanning som svekkes, skal det mer til for at hensynet til likestilling skal vike. Avveiningen må også avhenge av hva slags handlinger det er tale om, for eksempel om det er tale om statens lovgivning eller en arbeidsgivers fordeling av arbeidsoppgaver. Det offentlige skal i sine generelle beslutninger ha en videre margin for avveininger mellom likestillingshensyn og andre interesser, enn det en enkeltstående arbeidsgiver skal ha.

Definisjonen på indirekte forskjellsbehandling må ses i nær sammenheng med spørsmålet om delt bevisbyrde i § 16. Påvises en kjønnsskjev effekt, blir det opp til den som hevdes å forskjellsbehandle å vise at handlingen har en saklig begrunnelse. Det vises til kapittel 12 om delt bevisbyrde.

Til § 3a

Bestemmelsen oppstiller unntak fra lovens utgangspunkt om at direkte og indirekte forskjellsbehandling ikke er tillatt. Fordi bestemmelsen er en unntaksregelen skal den fortolkes snevert. Innholdsmessig svarer forslaget nedenfor til det som ble foreslått i høringsnotatet, men departementet har imidlertid valgt å endre ordlyden noe.

I henhold til bestemmelsens *første ledd, første punktum* er ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling ikke i strid med lovens § 3. Bestemmelsen erstatter gjeldende § 3 tredje ledd, første punktum som omfatter en tilsvarende bestemmelse. I tillegg erstatter ny § 3a første ledd, første punktum dagens § 6 tredje ledd som gjelder adgangen til positiv særbehandling i forbindelse med utdanning med sikte på rekruttering til yrke eller profesjon. Endringen innebærer at man fjerner begrensningen som følger av gjeldende § 6 tredje ledd hvor positiv særbehandling bare kan benyttes «på ellers tilnærmet like vilkår». Det vises for øvrig til de generelle merknadene i kapittel 7 pkt. 7.2.7 og pkt. 7.6.1.

Dagens § 6 tredje ledd åpner for positiv særbehandling av menn ved opptak til yrkesrettet utdanning. Ny § 3a viser til formålsbestemmelsen, hvor det heter at loven særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling. Departementet vil imidlertid understreke at forslaget ikke tar sikte på å endre den praksis som har utviklet seg i forbindelse med positiv særbehandling av menn ved opptak

til utdanning. For øvrig vises til de generelle merknadene i kapittel 7 pkt. 7.2.6, pkt. 7.4.1.2 og pkt. 7.6.2.

Bestemmelsens *første ledd, annet punktum* unntar rettigheter og regler om tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming fra forbudet mot forskjellsbehandling. På dette punkt foreslås det ingen endringer i gjeldende rett jf. de generelle merknadene i kapittel 7 pkt. 7.2.8 og 7.6.3.

Bestemmelsen gjelder rettigheter og regler om tiltak som utelukkende retter seg mot kvinner. Rettigheter og regler om tiltak som bare gjelder kvinner vil i utgangspunktet være direkte diskriminering og dermed i strid med likestillingsloven. Av denne grunn er det nødvendig med en særskilt unntaksregel for at slike rettigheter og regler om tiltak skal være tillatt. Når det gjelder rettigheter, har adgangen til å gi slike fulgt av tidligere § 3 tredje ledd, annet punktum. Adgangen til å unnta regler om vernetiltak fra forbudet om forskjellsbehandling har tidligere vært innfortolket i det generelle saklighetskravet etter § 3. Hensikten med å lovfeste denne adgangen i ny § 3a er å la denne unntaksadgangen komme klart til uttrykk i lovens ordlyd. På denne måten blir loven mer pedagogisk.

Både særlige rettigheter og regler om tiltak (særverntiltak) må ha til hensikt å beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming for at de skal unntas forbudet mot forskjellsbehandling. Beskyttelsesformålet er altså et vilkår både når det gjelder rettigheter og regler om tiltak.

Med *tiltak*siktes det til vern av inngripende karakter, for eksempel omplassering av kvinner på grunn av helsefarlig arbeidsmiljø.

Med henvisningen til *regler*menes at vernetiltakene bare skal kunne gjennomføres med hjemmel i formelle bestemmelser, for eksempel i lov, forskrift eller tariffavtale. En arbeidsgiver skal altså ikke kunne anvende unntaksadgangen til å omplassere en kvinne uten at dette har en særlig hjemmel. Selv om slik hjemmel foreligger, må det videre være et reelt behov for å iverksette slike særverntiltak. Tiltaket må også være egnet til å oppnå beskyttelse av kvinnen og tiltaket må stå i forhold til formålet - å beskytte kvinnen (proporsjonalitetsprinsippet). Det bør for eksempel vurderes om beskyttelse av kvinnen kan oppnås på andre måter enn gjennom særverntiltak. Man tar med dette sikte på å videreføre de ulovfestede saklighetsprinsippene som har utviklet seg i praksis.

Særrettigheter på grunn av ulikheter i livssituasjon mellom kvinner og menn har hittil vært fortolket inn under «kvinners særlige rettigheter ut fra den eksisterende ulike situasjon mellom kvinner og menn» i gjeldende lovs § 3 tredje ledd. Slike særrettigheter skal ikke lenger være omfattet av den nye bestemmelsen jf. de generelle merknadene i kapittel 7 pkt. 7.2.8 og pkt. 7.6.3.

Bestemmelsens *annet ledd* gir hjemmel for forskrifter om hvilke former for ulik behandling som tillates i medhold av likestillingsloven, herunder bestemmelser om særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn. Bestemmelsen erstatter gjeldende lovs § 3 siste ledd. Det foreslås ingen endringer i denne bestemmelsen. Forskrifter gitt i medhold av gjeldende lovs § 3 siste ledd skal videreføres med hjemmel i ny § 3a annet ledd.

Til § 5

I likelønnsbestemmelsen legges det til to nye ledd. Endringene tar sikte på en lovfesting av retten til likelønn slik bestemmelsen i dag praktiseres. Det vises til 8.2 for en nærmere redegjørelse for gjeldende rett.

I et nytt andre ledd slås det fast at retten til lik lønn etter § 5 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 framgår av tredje ledd.

En sammenlikning mellom arbeidstakere med ulik fagbakgrunn kan altså danne grunnlag for et krav om likelønn hvis det ellers er likhetstrekk mellom arbeidsoppgavene, for eksempel hvis det er tale om lederfunksjoner. Det samme gjelder hvis det er tale om arbeidstakere som omfattes av ulike tariffavtaler. Det at lønningene er resultat av separate forhandlinger skal altså ikke stå i veien for en sammenlikning som grunnlag for et krav om likelønn. Bestemmelsen er en lovfesting av Likestillingsombudets og Klagenemndas praksis som vil være relevante tolkningsmomenter ved forståelsen av bestemmelsen.

I et nytt tredje ledd presiseres det hvordan vurderingen av arbeidets verdi skal skje, herunder hvilke momenter som skal legges til grunn.

Det følger av bestemmelsen at arbeidene som sammenlignes skal være gjenstand for en *helhetsvurdering*, der alle faktorer som har betydning for det konkrete arbeidets utførelse bør inngå i vurderingen. Dette innebærer for det første at alle faglige kvalifikasjoner og egenskaper som må til for å utføre arbeidet på den forutsatte måten, samt ansvar, belastninger osv. som dette medfører, bør tas i betraktning. Dette skal hindre at faktorer som først og fremst tilgodeser det ene kjønn blir framherskende i vurderingen av arbeidet. Det betyr for det andre at det er den totale summen av disse kvalifikasjonene, egenskapene osv. som bør være avgjørende for om arbeidet er av lik verdi. Det er altså ikke gitt at det arbeidet som krever lengst utdanning med nødvendighet er mer verdt enn det som krever en kortere utdanning. Det vises til Likestillingsombudets, Klagenemndas og EF-domstolens praksis. [172)]

De sentrale faktorene i verdivurderingen vil være: *kompetanse, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold*. Denne listen er ikke uttømmende. Heller ikke vil hver av de faktorene som foreslås nevnt i lovteksten nødvendigvis være aktuelle i den konkrete vurdering. Den kompetanse som kreves for å utføre arbeidet skal imidlertid alltid tillegges vekt.

I faktoren kompetanse ligger både fagkunnskaper og ferdigheter. Ved vurdering av hvilke fagkunnskaper som er relevante for arbeidet må det blant annet tas hensyn til både bredde (generalistkompetanse) og spisskompetanse. Her kommer utdanning og erfaring inn som indikatorer. På ferdighetssiden vil det være aktuelt både å se hen til arbeidets krav til instrumentelle ferdigheter, fysiske og sosiale ferdigheter, men også krav til initiativ og kreativitet. Under vurderingen av faktoren anstrengelse må en se på fysiske og psy-

[172)] Se blant annet EF-domstolens avgjørelser i Rummler (237/85), Danfoss (109/88) og Nimz (C-184/89).

kiske/emosjonelle anstrengelser. Ansvar vil kunne omfatte ansvar for så ulike ting som utstyr, prosess, produkter, sikkerhet og ledelse. Under faktoren arbeidsforhold vil en typisk vurdere ubekvemme arbeidsforhold (støv, smuss osv.) og risiko. Faktorene skal fortolkes på bakgrunn av Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling.

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, såframt 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. Det skal ikke være tilstrekkelig med en ren henvisning til at det er lagt vekt på for eksempel markedsverdi i lønnsfastsettelsen. Her må det blant annet stilles krav om at høy lønn var nødvendig for å rekruttere eller beholde arbeidstaker(e) og at de samme hensyn ikke kan gjøres gjeldende overfor den/de som det sammenliknes med. Det vises til Likestillingsombudets, Klagenemndas og EF-domstolens praksis. [173] Det vises også til spesielle merknader til §16 om delt bevisbyrde.

Til § 8a

Bestemmelsen slår fast at seksuell trakassering skal anses som forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Bestemmelsen inneholder både en forbudsregel og en vernebestemmelse om seksuell trakassering, som begge er nye i forhold til gjeldende rett. Forbudsregelen er videre ny i forhold til det som ble foreslått i høringsnotatet.

Første ledd inneholder en forbudsregel om at det ikke er tillatt å utsette en annen for seksuell trakassering. Bestemmelsen gjelder på lovens alminnelige virkeområde jf. § 2 første ledd, herunder i trossamfunn. Hva som skal anses for seksuell trakassering defineres i annet ledd, jf. nedenfor. Håndheving av bestemmelsen skal skje ved domstolene. Likestillingsombudet har ikke myndighet til å håndheve bestemmelsen overfor den som påstås å ha trakassert. Ombudet kan imidlertid med hjemmel i lovens § 11 gi bistand og veiledning i saker etter denne bestemmelsen. Ombudet skal også kunne føre generelt tilsyn med at bestemmelsen overholdes, for eksempel gjennom informasjonsvirksomhet og holdningsskapende arbeid. Overtredelse av bestemmelsen kan også medføre erstatningsansvar etter de alminnelige reglene om erstatningsansvar jf. ny § 17 annet ledd. For en nærmere redegjørelse for alminnelige erstatningsregler vises det til omtalen i kapittel 13 pkt. 13.1.1. Som følge av at Ombudet og Nemnda ikke kan fatte vedtak i forhold til forbudsbestemmelsen kommer straffebestemmelsen i § 18 ikke til anvendelse.

Annet ledd første punktum inneholder en legaldefinisjon av begrepet seksuell trakassering. Med *seksuell oppmerksomhet* menes oppmerksomhet som

[173] Se blant annet EF-domstolens avgjørelser i Enderby (C-127/92), Nimz (C-184/89), Kowalska (C-33/89), Royal Copenhagen (C-400/93) og Danfoss (109/88), samt Klagenemnda for likestilling sak nr. 2/2001.

er seksuelt betont eller av seksuell karakter. Oppmerksomheten kan være av verbal, ikke-verbal eller fysisk karakter. Seksuell trakassering kan omfatte alt fra blikk, berøring, kommentarer og visning av bilder til voldtekt og voldtektsforsøk. Oppmerksomheten må også være *uønsket.* Hvorvidt oppmerksomhet er uønsket eller ikke beror utelukkende på oppfatningen hos den eller de oppmerksomheten er rettet mot. Her skal det altså legges en subjektiv vurdering til grunn. I tillegg må oppmerksomheten være *plagsom for den oppmerksomheten rammer.*

Om handlingen er *plagsom* må avgjøres ut fra en helhetsvurdering der en rekke momenter vil ha relevans, eksempelvis om den som oppmerksomheten retter seg mot selv opplever handlingen som plagsom, handlingens karakter, tid og sted for handlingen og relasjonen mellom handlingspersonen og den som den seksuelle oppmerksomheten retter seg mot. Ved denne helhetsvurderingen skal det tas i betraktning at kvinner og menn ofte har ulik oppfatning av hva som er negativ seksuell oppmerksomhet. For å gi et effektivt vern mot seksuell trakassering, skal det legges til grunn en «kvinnenorm « og ikke en kjønnsnøytral norm. En rettesnor kan være hva den alminnelige fornuftige kvinne ville ha oppfattet som plagsomt.

Uttrykket *den oppmerksomheten rammer* omfatter også miljøet rundt den oppmerksomheten er rettet mot, eksempelvis arbeidskollegaer og medstudenter. Når det gjelder vernebestemmelsen vil også disse kunne klage til Likestillingsombudet jf. § 2 annet ledd i Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling. For en nærmere redegjørelse for definisjonen vises det til kapittel 9 pkt. 9.7.2. I tillegg vises det til omtalen av forbudsbestemmelsen i pkt. 9.7.4.

Annet ledd annet punktum slår fast at seksuell trakassering skal anses som forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Departementet anser det for prinsipielt viktig å slå fast dette i likestillingsloven. I tillegg vil dette være i samsvar med utviklingen innen EU.

Tredje ledd inneholder en vernebestemmelse og retter seg mot arbeidsgivere og ledelsen i organisasjoner eller utdanningsinstitusjoner. Bestemmelsen omfatter også tilfelle hvor det er den ansvarlige selv som påstås å trakassere. Bestemmelsen omfatter plikt til å forebygge at seksuell trakassering skjer, og plikt til å søke å hindre at seksuell trakassering fortsetter hvor det foreligger en påstand om at seksuell trakassering forekommer. Med plikt til å *forebygge* menes tiltak av preventiv karakter, som for eksempel iverksetting av holdningskampanjer og utforming av retningslinjer. Plikten til å *søke å hindre* vil omfatte en plikt til å gripe fatt i aktuelle problemer og å utrede hva som har skjedd og komme fram til en løsning. Det er tilstrekkelig at den ansvarlige har forsøkt å hindre trakasseringen, det kreves ikke at trakasseringen faktisk er forhindret. Den trakasserte skal ikke måtte bevise at seksuell trakassering har skjedd. Dette skal heller ikke være gjenstand for bevisføring når Likestillingsombudet eller Klagenemnda håndhever bestemmelsen. Bevistemaet skal være om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge og søke å hindre at seksuell trakassering skjer innenfor ansvarsområdet. Departementet viser forøvrig til framstillingen i de generelle merknadene kapittel 9 pkt. 9.7.3.1, pkt. 9.7.3.2 og pkt. 9.7.3.3.

Fjerde ledd gjelder håndheving av vernebestemmelsen i tredje ledd. Bestemmelsen fastslår at håndhevingsreglene i §§ 12 og 13 skal gjelde tilsvarende. Også straffebestemmelsen i § 18, som gjelder overtredelse av vedtak fattet i medhold av §§ 12 eller 13 skal komme til anvendelse. Likestillingsloven § 11 skal gjelde på vanlig måte. Overtredelse av bestemmelsen kan også medføre erstatningsansvar etter de alminnelige reglene om erstatningsansvar jf. ny § 17 annet ledd. En slik erstatningssak vil være henvist til domstolene. For nærmere redegjørelse om håndhevingen vises det til kapittel 9 pkt. 9.7.3.4.

Femte ledd slår fast at reglene om bevisbyrde i § 16 og objektivt ansvar i 17 første ledd ikke kommer til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelse. Dette gjelder både ved overtredelse av forbudsbestemmelsen og vernebestemmelsen. For nærmere begrunnelse vises det til framstillingen i kapittel 12 pkt. 12.7.2 og kapittel 13 pkt. 13.6.5.

Til § 14

I første ledd foretas en språklig endring der uttrykket «bragt» erstattes med «brakt».

I et nytt annet ledd fastsettes det at Klagenemnda for likestilling kan behandle saker og avgi uttalelse om (bestemmelser i) tariffavtaler og forholdet til likestillingsloven. Adgangen til å avgi uttalelse gjelder både i forbindelse med behandlingen av en sak om individuelle ansettelsesavtaler som indirekte berører en tariffavtale, og i de tilfeller Klagenemnda blir bedt om å uttale seg om en tariffavtale er i overensstemmelse med likestillingsloven.

Uttrykket «uttalelse» er valgt for å differensiere fra «vedtak». Dette betyr at uttalelsen ikke er bindende for dem som saken gjelder. En unnlatelse av å følge opp uttalelsen er ikke straffesanksjonert etter likestillingsloven § 18. Klagenemndas vedtak utløser ikke i seg selv erstatningsplikt. Klagenemnda har heller ikke myndighet til å pålegge erstatning ved brudd på loven.

Nemnda skal ifølge § 16 i Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling avvise en sak som den får inn hvis den allerede er avgjort av eller brakt inn for domstolene. Dette betyr at Nemnda skal avvise en sak som direkte gjelder en tariffavtales forhold til likestillingsloven, hvis samme sak er reist for eller avgjort av Arbeidsretten.

Tariffavtalens parter skal varsles dersom en sak som direkte eller indirekte berører spørsmålet om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelser i den er i strid med likestillingsloven, bringes inn for Likestillingsombudet og Klagenemnda til behandling. Avtalepartene skal gis mulighet til å uttale seg til Likestillingsombudet og Klagenemnda.

At saken er reist for Klagenemnda er ikke til hinder for at avtalepartene fremmer saken (dvs. spørsmålet om lovligheten eller forståelsen av tariffavtalen) for Arbeidsretten etter arbeidstvistlovens regler.

Hvis saken fremmes for Arbeidsretten skal dette ha oppsettende virkning for Klagenemndas behandling av saken. Klagenemnda skal inntil videre innstille behandlingen av en tariffavtale når partene har gått til et aktivt skritt for å få saken avgjort i Arbeidsretten. Skjæringspunktet for når Klagenemnda skal innstille sin behandling er det tidspunktet partene i tariffavtalen har tatt ut stevning for Arbeidsretten.

Klagenemndas behandling av saken skal tas opp igjen når saken er avsluttet i Arbeidsretten. Dersom spørsmålet må anses avgjort ved Arbeidsrettens avgjørelse skal Klagenemnda legge denne til grunn i samsvar med prinsippene i arbeidstvistloven § 9. Saken bør imidlertid ikke avsluttes hos Nemnda før den er ferdigbehandlet i Arbeidsretten. Det kan være at saken avgjøres fordi avtalepartene kommer til enighet uten at det faller dom (forlik). Det kan også være at Arbeidsretten i sin avgjørelse har løst tvisten mellom partene uten at det tas stilling til forholdet til likestillingsloven. I slike tilfeller skal Nemnda behandle saken på vanlig måte.

Til §16

Bestemmelsen er en regel om delt bevisbyrde. Innholdsmessig svarer bestemmelsen til forslaget som ble lagt fram i høringsnotatet. Departementet har imidlertid valgt en noe annen ordlyd. Delt bevisbyrde innebærer at det først må legges fram opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Når slike opplysninger foreligger, går bevisbyrden over på arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med likestillingsloven. Bevisbyrderegelen kommer til anvendelse både der saken fremmes for Likestillingsombudet, Klagenemnda for likestilling, og der saken fremmes for domstolene.

Før bevisbyrden går over på arbeidsgiver må klager legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Dette innebærer at bevisbyrden går over på arbeidsgiver noe tidligere enn det som har vært tilfelle før. Det vil være tilstrekkelig at det er framlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven. I en ansettelsessak hvor en arbeidssøker ikke har fått en utlyst stilling, har vedkommende rett til å kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser hvilken utdanning og praksis og andre klart konstanterbare kvalifikasjoner for arbeidet som den ansatte av det annet kjønn har, jf. likestillingsloven § 4 tredje ledd. Dersom arbeidssøkeren på bakgrunn av dette legger fram opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd en forbigåelse i strid med likestillingsloven, går bevisbyrden over på arbeidsgiveren. Det at arbeidssøkeren framstår som bedre kvalifisert kan i seg selv være tilstrekkelig til at beviskravet er oppfylt.

Det følger av begrepet *foreligger* at det ikke nødvendigvis trenger å være klager som innhenter opplysningene. Etter likestillingsloven § 11 første ledd, annet punktum og Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling § 2 annet ledd kan Likestillingsombudet ta opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra andre. Dette innebærer at den som anser seg forskjellsbehandlet eller andre som velger å bringe saken inn for Likestillingsombudet kan legge fram opplysninger som gir grunn til å tro at forskjellsbehandling har funnet sted. Opplysningene kan også frambringes gjennom Likestillingsombudets undersøkelser uavhengig av hvem som har reist saken. Det følger av likestillingsloven § 15 at offentlige myndigheter og andre som har vitneplikt etter tvistemålsloven, har plikt til å gi Likestillingsombudet og Klagenemnda de opplysningene som er nødvendig for gjennomføring av likestillingsloven.

Når det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd direkte eller indirekte forskjellsbehandling ved ansettelser eller i arbeidsforhold, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med denne lov. Med *sannsynliggjøre* menes bevisovervekt eller mer enn 50% sannsynlighet. Dersom en arbeidsgiver for eksempel har valgt å ansette en mann med dårligere formelle kvalifikasjoner enn en kvinnelig søker, må han frambringe en forklaring som gjør det mer sannsynlig å tro at det ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven enn at slik forskjellsbehandling har funnet sted. Dersom arbeidsgiveren ikke klarer å gi en tilfredsstillende forklaring på hvorfor man har valgt å ansette en person med dårligere formelle kvalifikasjoner enn kvinnen, er det arbeidsgiveren som får avgjørelsen mot seg.

Bestemmelsen om delt bevisbyrde gjelder ved *ansettelser eller i arbeidsforhold. Ansettelser* må i denne sammenheng fortolkes vidt slik at regelen om delt bevisbyrde kommer til anvendelse i de tilfeller hvor den som opplever seg forskjellsbehandlet ikke er ansatt, men er søker til en stilling. På samme måte skal *arbeidsgiver* fortolkes i vid betydning slik at det omfatter både den situasjonen hvor forskjellsbehandlingen gjelder en ansatt og hvor forskjellsbehandlingen knytter seg til en arbeidssøker.

Departementet har valgt å vise til definisjonen av direkte og indirekte forskjellsbehandling i bevisbyrderegelen. Direkte og indirekte forskjellsbehandling skal forstås på samme måte som i lovens § 3. Ved å ta inn disse begrepene ønsker departementet å få tydeligere fram at bestemmelsen om delt bevisbyrde også kommer til anvendelse i saker som gjelder indirekte forskjellsbehandling.

Som vist i de generelle merknadene (jf. kapittel 12 pkt. 12.5.1), har bevisbyrdedirektivet (rådsdirektiv 97/80/EF) et videre virkeområde enn det som følger av bevisbyrdereglene i gjeldende §§ 4-6 fjerde ledd. Bevisbyrdereglene i disse bestemmelsene omfatter ansettelse, forfremmelse, oppsigelse, permittering, lønnsfastsettelse og utdanning med sikte på rekruttering til yrke eller profesjon. Flere forhold dekkes imidlertid av direktivet, men ikke av norsk lovgivning, for eksempel arbeidsvilkår, fordeling av arbeidsoppgaver, fastsettelse av arbeidstid og omplassering. Selv om disse områdene ikke omfattes av §§ 4-6 må det antakelig legges til grunn et ulovfestet prinsipp om delt bevisbyrde i forhold til lovens § 3 og hvor saken gjelder arbeidsforhold. Håndhevingsorganene har i sin praksis anvendt en regel om delt bevisbyrde ved forskjellsbehandling i arbeidsforhold som ikke omfattes av §§ 4-6.

Den foreslåtte endringen tar sikte på å bringe samsvar mellom direktivets anvendelsesområde og norsk rett. Den tar videre sikte på å bringe lovens ordlyd mer i samsvar med praksis. Som nevnt i de generelle merknadene i kapittel 12 pkt. 12.5.3, tar ikke departementet sikte på å lovfeste en regel om delt bevisbyrde utenfor arbeidslivets område. Endringen tar imidlertid ikke sikte på å stenge for en utvikling av ulovfestede prinsipper gjennom håndhevingsorganenes praksis.

Bestemmelsen om delt bevisbyrde gjelder ikke i saker om seksuell trakassering. Dette gjelder uansett om trakasseringen har funnet sted på eller utenfor arbeidslivets område jf. de generelle merknadene pkt. 12.7.2.

Til § 17

Bestemmelsens første ledd slår fast et objektivt erstatningsansvar for overtredelser av likestillingslovens diskrimineringsforbud i §§ 3 - 6. Dette betyr at det ikke er noe vilkår om skyld (uaktsomhet eller forsett) for å bli erstatningsansvarlig. Erstatningen skal utmåles etter en skjønnsmessig rimelighetsvurdering under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers eller arbeidssøkers forhold, og omstendighetene for øvrig.

Denne skjerpede erstatningsregelen gjelder ved arbeidsgivers forskjellsbehandling av arbeidssøkere og arbeidstakere, det vil si ansettelsesforhold. Dette gjelder likevel ikke saker om seksuell trakassering etter § 8a (både forbudsbestemmelsen og vernebestemmelsen, jf. henvisningen til §§ 3 - 6.) Fordi regelen i første ledd kun gjelder arbeidsgivere, kan det heller ikke rettes krav mot tariffavtalepartene eller arbeidstakerens organisasjon i medhold av denne regelen. I disse og andre tilfeller av brudd på likestillingsloven som ikke omfattes av første ledd, gjelder alminnelige erstatningsregler (jf. annet ledd).

Bestemmelsen er utformet etter mønster av arbeidsmiljøloven § 62. Praksis etter arbeidsmiljøloven bør være veiledende i forhold til utmålingskriteriene og erstatningsnivået etter likestillingsloven.

Erstatningen skal først og fremst dekke eventuelt økonomisk tap. Dette gjelder både lidt og fremtidig tap. Økonomisk tap kan være for eksempel differensen mellom utbetalt lønn og lønnsnivået til den det er sammenliknet med etter § 5. Et annet eksempel er den lønn en arbeidssøker ville fått hvis hun ikke var blitt forbigått til en stilling.

For at økonomisk tap skal dekkes må det påvises årsakssammenheng mellom tapet og forskjellsbehandlingen. I sistnevnte eksempel vil dette bety at en som er forbigått som følge av forskjellsbehandling, må sannsynliggjøre at hun/han ville fått den aktuelle stillingen. Det må imidlertid presiseres at dette ikke er noe vilkår for rett til erstatning, men bare er et vilkår for å kunne legge det økonomiske tapet til grunn ved erstatningsutmålingen.

Når det gjelder lidt tap, vil kravet likevel bli begrenset bakover i tid av de alminnelige regler om foreldelse. Det følger av foreldelsesloven at kravet foreldes tre år etter den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kjennskap om skaden og den ansvarlige. Når det gjelder fremtidig tap skal det innfortolkes i rimelighetskriteriet en skjønnsmessig avgrensning mot lønnstap mange år fram i tiden. Man kan med andre ord ikke kreve erstattet lønnstap for et ubegrenset antall år framover hvis man for eksempel blir forbigått til en stilling.

Bestemmelsen i første ledd gir også rett til oppreisning for ikke-økonomisk tap. Oppreisningen fastsettes skjønnsmessig blant annet på grunnlag av den krenkelse diskrimineringen innebærer. Oppreisning gis i stedet eller i tillegg til erstatning for økonomisk tap. Erstatning kan ikke avskjæres selv om det verken er påvist økonomisk tap eller utvist skyld. En annen sak er at dette vil være relevant i forbindelse med erstatningsbeløpets størrelse.

Ved erstatningsutmålingen skal det tas hensyn til arbeidsgivers forhold. Det skal således legges vekt på for eksempel i hvilken grad arbeidsgiver kan klandres for overtredelsen og hvordan arbeidsgiver har håndtert påstanden om forskjellsbehandling internt og særlig overfor klager. Det skal også legges

vekt på arbeidsgivers økonomiske situasjon (hvor tyngende erstatningsansvaret vil bli).

Et annet moment ved erstatningsutmålingen er arbeidstakers eller arbeidssøkers forhold. Her skal det for eksempel legges vekt på hvilke konsekvenser forskjellsbehandlingen har fått for klager. Det vil også være relevant hvorvidt klager var i en sårbar situasjon der arbeidsgivers forskjellsbehandling virket som en særlig følelsesmessig belastning, for eksempel hvis en arbeidstaker var gravid eller hadde psykiske problemer.

Det understrekes at man ikke uten videre kan legge de samme betraktninger til grunn når det gjelder arbeidstakerens forhold ved erstatningsfastsettelsen som etter arbeidsmiljøloven § 62. Noen «skyld» i at man er blitt forskjellsbehandlet i strid med loven kan det i motsetning til ved usaklige oppsigelser ikke være tale om. Dette må gjelde også i en sak om graviditetsdiskriminering der det blir spørsmål om en arbeidssøker burde ha opplyst arbeidsgiver om graviditeten da søknaden ble vurdert. Å tillegge slike forhold vekt vil kunne motvirke et (skjerpet) forbud mot graviditetsdiskriminering.

Andre omstendigheter som er relevante vil blant annet være hvor grov overtredelse det er tale om. Er det for eksempel tale om bevisst overtredelse av lovens diskrimineringsforbud eller en klar unnlatelse av å overhode vurdere kvinnelige søkere til en stilling, vil dette være skjerpende. Generelt skal det legges vekt på erstatningens preventive funksjon.

Når det gjelder erstatningsnivået må det først og fremst presiseres at det i samsvar med EF-retten som hovedregel skal gis full erstatning for klagerens økonomiske tap. Erstatningen kan eventuelt lempes så fremt erstatningen likevel sikrer en reell og effektiv beskyttelse, har en avskrekkende virkning og er tilstrekkelig stor i forhold til det tap som klager har lidt. Erstatningen skal med andre ord i hvert fall overstige et symbolsk beløp.

Bestemmelsens annet ledd slår fast at utenfor ansettelsesforhold (anvendelsesområdet for første ledd) gjelder som før alminnelige erstatningsregler. Det vises til 13.1.1.

16.2 Endringer i andre lover

16.2.1 Regnskapsloven

Lovens § 3-3 gjelder kravene til årsberetningens innhold. Etter bestemmelsens fjerde ledd skal det gis opplysninger om arbeidsmiljøet og en oversikt over iverksatte tiltak som har betydning for arbeidsmiljøet. Det foreslås et nytt fjerde ledd der plikten til å redegjøre for likestilling inntas. De påfølgende ledd i bestemmelsen må justeres i samsvar med endringen. Redegjørelsesplikten skal ha samme innhold som redegjørelsesplikten etter likestillingsloven. Departementet viser til de spesielle merknadene til § 1a og til framstillingen i kapittel 5.

16.2.2 Kommuneloven

Lovens § 48 nr. 5 gjelder kravene til årsberetningens innhold. Det foreslås et nytt annet punktum i bestemmelsen der plikten til å redegjøre for likestilling inntas. Redegjørelsesplikten skal ha samme innhold som redegjørelsesplikten

etter likestillingsloven. Departementet viser til de spesielle merknadene til § 1a og til framstillingen i kapittel 5.

16.3 Til ikrafttredelsesbestemmelsen

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. I tråd med utredningsinstruksen kapittel 7.4 trer lovendringene i § 1a tredje til femte ledd, samt endringene i del II og III i kraft fra årsskiftet, da disse berører privat og offentlig forretningsvirksomhet.

Barne- og familiedepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r:

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.) i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag til 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.)

I

I lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene gjøres følgende endringer:

§ 1 annet ledd oppheves.
Nåværende § 1 tredje ledd blir nytt annet ledd.

Ny § 1a skal lyde:

(Plikt til å arbeide for likestilling)
Offentlige myndigheter skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene på alle samfunnsområder.
Arbeidsgiver skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene innenfor sin virksomhet. Arbeidslivets organisasjoner har tilsvarende aktivitetsplikt innenfor sitt virkefelt.
Virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetning, skal i årsberetningen redegjøre for den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten. Det skal også redegjøres for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og for å forhindre forskjellsbehandling i strid med denne loven.
Offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet.
Ved håndheving av tredje og fjerde ledd skal reglene i §§ 12 - 13 gjelde tilsvarende.

§ 3 skal lyde:

(Generalklausul)
Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.
Med *direkte* forskjellsbehandling menes handlinger som
1) stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,

2) setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.

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

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

Ny § 3a skal lyde:

(Særbehandling av det ene kjønn)

Ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene, er ikke i strid med § 3. Det samme gjelder særlige rettigheter og regler om tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om hvilke former for ulik behandling som tillates i medhold av denne lov, herunder bestemmelser om særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn.

§ 4 fjerde ledd oppheves.

§ 5 skal lyde:

(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 i 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 faktorer, 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.

§ 6 tredje og fjerde ledd oppheves.

Ny § 8a skal lyde:

(Seksuell trakassering)

Det er ikke tillatt å utsette en annen for seksuell trakassering.

Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer. Seksuell trakassering regnes som forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

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

Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling håndhever bestemmelsen i tredje ledd etter reglene i §§ 12-13.

Reglene om bevisbyrde i § 16 og objektivt ansvar i § 17 første ledd kommer ikke til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelse.

§ 9 skal lyde:

(Likestillingssenteret)

§ 9 første ledd skal lyde:

Det opprettes et nasjonalt organ for fremme av likestilling under navnet *Likestillingssenteret.*

§ 14 skal lyde:

(Nemndas forhold til Arbeidsretten)

Er sak etter denne lov som indirekte reiser spørsmål om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller bestående *brakt* inn for Nemnda, kan hver av partene i tariffavtalen med oppsettende virkning få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten. Kongen gir nærmere regler om slikt søksmål.

Nemnda kan gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale som er brakt inn for Nemnda, er i strid med denne lov. Partene i tariffavtalen kan i slike tilfeller bringe spørsmålet om avtalens forhold til likestillingsloven inn for Arbeidsretten med oppsettende virkning.

Nemnda kan ikke i noe tilfelle treffe avgjørelser som etter lov 5. mai 1927 om arbeidstvister og lov 18. juni 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister hører under Arbeidsretten.

§ 16 skal lyde:

(Bevisbyrde)

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

§ 17 skal lyde:

(Erstatningsansvar)

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

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

II

I lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) gjøres følgende endring:

Nytt annet punktum i § 48 nr. 5 skal lyde:

Det skal redegjøres for den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i fylkeskommunen eller kommunen. Det skal også redegjøres for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og for å forhindre forskjellsbehandling i strid med lov om likestilling mellom kjønnene.

III

I lov 17. juli 1998 nr. 56 - om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) gjøres følgende endring:

Nytt fjerde ledd i § 3-3 skal lyde:

Det skal redegjøres for den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten. Det skal også redegjøres for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og for å forhindre forskjellsbehandling i strid med lov om likestilling mellom kjønnene.

Nåværende § 3-3 fjerde til åttende ledd blir nytt femte til niende ledd.

IV

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Likestillingsloven § 1a tredje til femte ledd og endringene i del II og III i loven her gjelder likevel først fra 1. januar 2002.

Forskrifter gitt i medhold av bestemmelser i lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene som er endret ved loven her, gjelder også etter at loven her har trådt i kraft.