

Noen hovedpunkter i EU-rettens regulering av vern mot diskriminering i arbeidslivet, med hovedvekt på trakassering

Av Gudrun Holgersen

1 Utgangspunkt

Vern mot diskriminering i arbeidslivet er et tema som i de senere årene er viet stor oppmerksomhet på flere plan, herunder også i lovgivningssammenheng både innen EU og nasjonalt. Sentralt i denne sammenheng står bl.a. EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet, dvs. *Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv*¹ (i det følgende kalt rammedirektivet) og implementeringen av dette i de enkelte medlemsstatenes lovgivning. Jeg skal i det følgende trekke opp noen hovedpunkter i den EU-rettslige reguleringen av dette feltet, som et grunnlag eller bakteppe for behandlingen av den nasjonale gjennomføringen av EU-retten i Danmark, Finland, Norge og Sverige.

Først skal jeg se litt generelt på utviklingen av diskrimineringsvernet innen EU, med utgangspunkt i det som er fastsatt på det overordnede traktatmessige planet, dvs. innen EUs primærrett (pkt. 2). Videre ser jeg på hvordan dette er blitt fulgt opp innenfor sekundærretten hvor bl.a. det nevnte direktivet inngår. Dette direktivet må ses i sammenheng med og plasseres i forhold til både det overordnede

¹ Titlene på direktivene m.m. og sitater fra disse gjengis her i dansk språkdrakt. I de danske versjonene benyttes begrepet ”forskelsbehandling”, og ikke ”diskriminering”. Jeg kommer til å veksle mellom å bruke disse to begrepene, uten å legge noe forskjellig meningsinnhold i dem.

hjemmelsgrunnlaget og til andre sentrale direktiver innen samme felt (pkt. 3-4).

Videre skal jeg gi en oversikt over noen sentrale punkter og spørsmål som gjelder innholdet i den EU-rettslige reguleringen av vernet mot diskriminering i arbeidslivet, med hovedvekt på trakassering (pkt. 5). I tillegg ser jeg kort på noen sentrale spørsmål om bevisbyrde (pkt. 6), samt håndheving og sanksjoner (pkt. 7).

2 Utviklingen av diskrimineringsvernet innen EU – det traktatmessige grunnlaget

De traktatene som er inngått mellom medlemsstatene, og som utgjør grunnlaget for EU-samarbeidet, er som kjent endret og utviklet betydelig underveis i samarbeidets snart 50-årige historie. Av særlig interesse for vårt tema er den såkalte Amsterdam-traktaten av 1997, jf. straks nedenfor.

Også EUs tilnærming til spørsmål om menneskerettigheter, herunder prinsipper om ikke-diskriminering, er blitt betydelig endret etter hvert. Utgangspunktet var opprinnelig at den rettslige beskyttelsen av menneskerettigheter var nasjonale anliggender. Vern mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet var en annen sak. Forbud mot slik diskriminering var tatt inn allerede i Roma-traktaten og utgjorde et nødvendig grunnprinsipp ut fra hensynet til de såkalte fire friheter, bl.a. fri bevegelse av personer.²

Men diskriminering på andre grunnlag, ut fra mer generelle, menneskerettslige hensyn, var i utgangspunktet ikke ansett som en sak for fellesskapet. Dette gjaldt dog med det viktige unntaket at spørsmål om likebehandling av menn og kvinner helt fra starten av ble oppfattet som et sentralt anliggende, dog begrenset til arbeidslivets område. Den generelle, overordnede bestemmelse på dette feltet står nå, etter senere endringer, i EF-traktaten art. 141. Det stilles her krav til statene om å gjennomføre prinsippet om lik lønn til menn og kvinner for

² Jf. nå EF-traktatens art. 12: ”Inden for denne Traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er all forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.

Efter fremgangsmåden i artikkel 251 kan Rådet give forskrifter med henblik på at forbyde sådan forskelsbehandling.”

samme arbeid eller arbeid av samme verdi. Samtidig inneholder artikkelen en del mer detaljerte bestemmelser om hva som forstås med lønn, og med lik lønn. Videre inneholder samme traktatbestemmelse en hjemmel for Rådet – EUs sentrale lovgivende organ - til å fastsette nærmere bestemmelser både om likelønnsprinsippet og mer generelle bestemmelser med sikte på å sikre prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv.³

Ellers kan det nevnes at EF-domstolen i årenes løp har slått fast en rekke menneskerettigheter som del av EF-retten, dels inspirert av nasjonale grunnlover og dels av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).⁴ I EU-traktaten art. 6 nr. 1 og 2 er det nå slått fast at EU respekterer grunnleggende rettigheter slik det er garantert i EMK. Av særskilt relevans for vårt tema er videre at området for diskrimineringsvern innenfor den formelle EU-retten er blitt sterkt utvidet gjennom vedtagelse av konkrete bestemmelser på dette feltet. Fra midten av 1990-tallet var det bred enighet om behov for tiltak mot

3 Art. 141 lyder: ”1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

Lige løn uden forskelsbehandling baseret på køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme akkordlønnede arbejde, fastsættes på samme beregningsgrundlag.

b) at den løn, der ydes for tidlønnet arbejde, er den samme for samme slags arbejde.

3. Rådet vedtager efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, herunder princippet om lige løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

4. For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbeidsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre spesifikke 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.”

⁴ Se F. Sejersted, F. Arnesen, O. A. Rognstad, S. Foyen og G. Stemshaug, *EØS-rett*, 2. utg., Oslo 2004, på s. 70.

diskriminering også på andre grunnlag enn kjønn, og dette førte frem til vedtagelse av den nå gjeldende art. 13 i EF-traktaten, fastsatt ved Amsterdam-traktaten i 1997. Det er denne som danner hjemmelen for bl.a. rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet. Den trådte i kraft 1. mai 1999, og lyder:

”Med forbehold af denne Traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.”

Dette bygger på at retten til likhet for loven og vern mot diskriminering for alle personer er en fundamental rett og avgjørende for et velfungerende demokratisk samfunn. Bestemmelsen innebærer at fellesskapets organer har fått en sterkt utvidet kompetanse til å iverksette tiltak for å bekjempe diskriminering.

EUs kompetanse er ikke lenger begrenset til å sikre et særskilt vern mot diskriminering for enkelte målgrupper, men inkluderer nå vernet mot diskriminering på alle de nevnte grunnlag.⁵ Kompetansen er heller ikke utelukkende knyttet til arbeidslivets område.

3 Videre gjennomføring av diskrimineringsforbud i EU-retten

EF-traktaten art. 13 om bekjempelse av diskriminering er ikke slik utformet av den kan anvendes direkte i medlemsstatene. Men bestemmelsen gir EUs institusjoner myndighet til å gi sekundærregler som i sin tur vil være bindende, og som kan inneholde individuelle rettigheter og forpliktelser. På grunnlag av den tidligere traktatbestemmelsen om diskriminering på grunnlag av kjønn, altså nå art. 141, og

⁵ EUs tilslutning til prinsippet om ikke-diskriminering ble for øvrig bekreftet gjennom vedtagelsen av et charter om grunnleggende rettigheter, i Nice desember 2000. Art. 21 i charteret slår fast at all diskriminering skal være forbudt, ikke bare på de grunnlag som nå er omfattet av EF-traktaten art. 13, men også på en rekke andre grunnlag. Charteret er senere innarbeidet i utkastet til EUs grunnlovstraktat. Som kjent er likevel grunnlovstraktatens skjebne for tiden meget uviss.

den nye art. 13, er det nå samlet sett utviklet et omfattende og forholdsvis detaljert regelverk i form av direktiver, som binder medlemsstatene, men som må implementeres gjennom lovgivning i hver enkelt stat.

Tidligere har det vært gitt en rekke direktiver angående likebehandling av kjønn. Særlig kan nevnes:

Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder,

Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, og

Rådets direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.⁶

Som direkte oppfølging av vedtagelsen av EF-traktaten art. 13 fremmet EU-kommisjonen 29. november 1999 en meddelelse til EU-rådet og Europaparlamentet med forslag om en ”ikke-diskrimineringspakke” bestående av to direktiver og et handlingsprogram for å bekjempe diskriminering 2001-2006.

I fortsettelsen av dette vedtok Rådet først et direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse (i det følgende kalt rasediskrimineringsdirektivet): *Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.*

Videre vedtok Rådet et direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling på arbeidslivets område (i det følgende kalt rammedirektivet): *Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.*

Samtidig vedtok Rådet et handlingsprogram for å bekjempe diskriminering 2001-2006.

⁶ Se A. Andersen, R. Nielsen og K. Precht, *Ligestillingslovene*, 4. udg., København 2001, s. 16 flg. for en fullstendig oversikt og nærmere behandling.

Innholdet i disse direktivene og i handlingsprogrammet var i stor grad basert på erfaringene fra området likestilling mellom kjønnene i EF-retten. Videre ble det i 2002 gitt et nytt direktiv nettopp vedrørende likebehandling av menn og kvinner, i form av endringer i likebehandlingsdirektivet fra 1976 (i det følgende kalt likebehandlingsdirektivet): *Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om endring av Rådets direktiv 76/207/EØF om gjennomførelse af princippet om likebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår.*

Siktemålet med endringene var å foreta nødvendige justeringer for å sikre overensstemmelse med den nevnte ikke-diskrimineringspakken, og å implementere rettspraksis.

4 Rekkevidden av direktivene – utgangspunkt

Rammedirektivet har ifølge art. 1 som formål å fastlegge en generell ramme for bekjempelsen av forskjellsbehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv, på følgende grunnlag: Religion eller tro, handicap, alder og seksuell orientering. Det omfatter altså ikke kjønn, eller rase/etnisk opprinnelse, nettopp fordi disse diskrimineringsgrunnlagene er omhandlet i egne direktiver.

Som det fremgår allerede av tittelen, er direktivets anvendelsesområde begrenset til arbeidslivets område. Dette defineres samtidig ganske vidt, og omfatter ifølge art. 3 alle sider ved arbeidsforholdet under hele dets forløp. Videre omfattes bl.a. vilkår for å drive selvstendig næringsvirksomhet, vilkår for yrkesutdanning, omskolering og medlemskap i bl.a. arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Dette går jeg ikke nærmere inn på.

Rasediskrimineringsdirektivet har som formål å fastlegge en generell ramme for bekjempelsen av forskjellsbehandling på grunn av rase eller etnisk opprinnelse, med henblikk på å iverksette prinsippet om likebehandling (jf. art. 1). I motsetning til rammedirektivet gjelder det her ikke noen begrensning til arbeidslivets område. Anvendelsesområdet angis i art. 3, som i tillegg til punktene a) – d) som angår arbeidslivet og som så langt tilsvarer rammedirektivet, også omfatter:

”e) social beskyttelse, herunder social sikring og sundhedspleje, f) sociale goder, g) uddannelse, h) adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, herunder bolig”.

Likebehandlingsdirektivet (kjønn) har ifølge art. 1 som formål å sikre gjennomførelse av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner ”med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbeidsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring”.⁷ Direktivet gjelder derved først og fremst på arbeidslivets område. Anvendelsesområdet er nærmere angitt i art. 3, og samsvarer med rammedirektivet.

Etter dette krever de tre direktivene samlet at forbud mot diskriminering skal gjøres gjeldende innen arbeidslivets område – i vid forstand – for alle de relevante diskrimineringsgrunnlagene. I tillegg må forbudet mot diskriminering på grunnlag av rase eller etnisk opprettelse også iverksettes på en rekke andre samfunnsområder.

En rekke av de nærmere bestemmelsene er helt eller omtrent samsvarende i alle tre direktivene. Jeg skal i den videre behandlingen ta utgangspunkt i rammedirektivets bestemmelser, samtidig som jeg underveis også vil henviser til de andre direktivene.

Generelt må det også presiseres at det direktivene fastsetter, er minimumskrav.⁸ De enkelte statene står altså fritt til å fastsette et vern mot diskriminering som går lenger enn det direktivene krever.

5 Generelt forbud mot diskriminering og særskilt forbud mot trakassering

Rammedirektivet slår i art. 2 nr. 1 fast at prinsippet om likebehandling betyr at ingen må utsettes for noen form for direkte eller indirekte forskjellsbehandling på noen av de grunnlag som omfattes av direktivet. Begrepet forskjellsbehandling er definert i art. 2, og omfatter direkte forskjellsbehandling, indirekte forskjellsbehandling, trakassering og

⁷ Vedrørende ”social sikring” fastsetter stk. 2: ”Med henblikk på at sikre en gradvis gjennomførelse af princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring, vedtager Rådet på forslag fra Kommissionen nærmere bestemmelser særlig om dets indhold, udstrækning og gennemførelse.”

⁸ Dette fremgår uttrykkelig av rammedirektivet art. 8, rasediskrimineringsdirektivet art. 6 og likebehandlingsdirektivet art. 8e.

instruks om å forskjellsbehandle. Ifølge art. 2 a) foreligger direkte forskjellsbehandling:

”hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet”.

Indirekte forskjellsbehandling (art. 2 b) defineres som tilfeller hvor en tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion osv. særlig ufordelaktig i forhold til andre personer. Det gjøres samtidig unntak fra dette dersom den aktuelle bestemmelsen mv. er objektivt begrunnet i et legitimt mål, og midlene til å oppnå dette er hensiktsmessige og nødvendige.⁹

Vi går ikke nærmere inn på det generelle forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling, men skal se på hvordan det særlige forbudet mot trakassering er utformet.

Rammedirektivet art. 2 nr. 3 slår fast:

”Chikane betragtes som forskelsbehandling som defineret i stk. 1, hvis en uønsket optræden i relation til en af de i artikel 1 anførte grunde finder sted med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed og skabe et truende, fjendtlig, nedværdigende, ydmygende eller ubehagelig klima. I den forbindelse kan begrebet chikane defineres i overensstemmelse med medlemsstaternes nationale lovgivning og praksis.”¹⁰

Tilsvarende bestemmelse er tatt inn i rasediskrimineringsdirektivet art. 2 nr. 3. Likebehandlingsdirektivet stiller i art. 2 opp to grunnlag for trakassering (eller sjikane); seksuell trakassering og trakassering på grunnlag av kjønn, og slår i art. 2 nr. 3 fast at begge disse former

⁹ Tilsvarende definisjoner finnes også i rasediskrimineringsdirektivet art. 2 og likebehandlingsdirektivet art. 2.

¹⁰ Den tilsvarende bestemmelsen i svensk språkversjon lyder: ”Trakasserier skall anses vara diskriminering enligt punkt 1 när ett oönskat beteende som har samband med någon av de grunder som anges i artikel 1 syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas. Begreppet trakasserier får i detta sammanhang definieras i enlighet med medlemsstaternas nationella lagstiftning och praxis.”

for trakassering betraktes som forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn. Disse bestemmelsene ble tatt inn ved endringene i 2002.¹¹

Definisjonen av trakassering er den samme i alle direktivene. Hovedelementene er at det 1) må foreligge en uønsket atferd eller opptreden, 2) som relaterer seg til et av diskrimineringsgrunnlagene, og 3) som har det formål eller den virkning 4) å krenke en persons verdighet og 5) skape et klima (eller miljø, stemning) som kan karakteriseres som truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig.

Samtidig fremgår det uttrykkelig at begrepet trakassering/sjikane kan defineres i overensstemmelse med medlemsstatenes nasjonale lovgivning og praksis. Det vil altså kunne utformes mer i detalj og avgrensnes nærmere i det enkelte land.

Om direktivene ikke hadde inneholdt særskilte regler om trakassering, ville det blitt spørsmål om trakasserende atferd ville vært omfattet av den alminnelige definisjonen av forskjellsbehandling. I hvert fall til en viss grad ville dette antagelig vært tilfelle, men ettersom det slås uttrykkelig fast at trakassering skal anses som forskjellsbehandling og derved er forbudt, kommer ikke dette spørsmålet på spissen.

Vi skal i det følgende se nærmere på de ulike elementene som inngår i definisjonen av trakassering. Jeg kan likevel ikke her foreta noen inngående behandling av alle de spørsmål som oppstår, men må nøye meg med noen korte antydninger.

At atferden må være relatert til ett (eller flere) av de diskrimineringsgrunnlagene som direktivene omfatter, følger også av at direktivenes virkeområde generelt er begrenset til å forby forskjellsbehandling på særskilt angitte grunnlag. Dette går jeg ikke særskilt inn på.

Det første elementet vi da skal se på, er kravet om at det må dreie seg om en *uønsket atferd/opptreden*. Dette reiser flere spørsmål:

¹¹ Definisjonene lyder: ”— »chikane«: at der udvises en uønsket adfærd i relation til en persons køn med det formål eller den virkning at krænke denne persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdiggende, ydmygende eller ubehageligt klima

— »sexchikane«: at der udvises enhver form for uønsket verbal, ikke verbal eller fysisk adfærd med seksuelle undertoner med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed, navnlig ved at skabe et truende, fjendtligt, nedværdiggende, ydmygende eller ubehagelig klima.”

Hvilke aktører retter dette seg mot? Hva slags opptreden kan det dreie seg om? Hva ligger i at det må være uønsket? Er det tilstrekkelig at det er subjektivt uønsket, eller ligger det også et objektivt element i dette?

Direktivteksten presiserer ikke hvilke aktørers opptreden som vil omfattes av trakasseringsforbudet. Det må i hvert fall være klart at arbeidsgiver og personer som opptrer på arbeidsgivers vegne omfattes. Mer uklart kan det være om forbudet også retter seg mot arbeidstakere som trakasserer andre arbeidstakere (enn si arbeidsgiver). På grunnlag av direktivenes formulering av virkeområdet, hvor det som utgangspunkt dreier seg om adgang til beskjeftigelse, fastsettelse av arbeidsvilkår og lignende, er det mulig at det vil gå utover de alminnelige rammene å fortolke direktivet slik at det også stilles krav om at forbudet mot trakassering må gjelde arbeidstakere imellom. Helt klart synes dette likevel ikke å være. I alle fall kan det stilles spørsmål om det ikke må innfortolkes et krav om at arbeidsgiver griper inn og søker å forhindre slik trakassering dersom han blir oppmerksom på at det foregår.¹²

Trakasserende atferd vil kunne ta mange forskjellige former. Ifølge EU-kommisjonens egne kommentarer til forslaget til rasediskrimineringsdirektiv, omfattes alt fra talte ord og geberder, til fremstilling, fremvisning eller sirkulering av skrevne ord, bilder eller annet materiale. Andre eksempler kan være utfrysing og sosial utstøting, samt fysisk vold og skadeverk.¹³

Videre er det spørsmål om hva som ligger i at atferden må være uønsket. Vi kan først slå fast at det ikke gjelder noe generelt krav om at den krenkede selv har gitt direkte uttrykk for at atferden er uønsket.

¹² Tilsvarende krav vil kunne følge av annen regulering. Trakassering i arbeidssituasjonen har likevel hittil ikke vært noe tema for arbeidsmiljødirektiver. Men i nasjonal lovgivning vil dette kunne være regulert, som for eksempel i den norske arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4. Her slås det fast i § 12 nr. 1 første ledd i.f. at arbeidstakerne ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Dette er forstått slik at arbeidsgiver har en plikt til å sikre at arbeidstakerne ikke trakasseres, uansett hvem som utfører selve trakasseringen.

¹³ Det siste vil nok i nasjonal lovgivning ordinært rammes også av andre bestemmelser.

Det må likevel være et grunnkrav at vedkommende selv opplever atferden som uønsket. Men er dette tilstrekkelig, eller må det (også) vurderes om atferden objektivt sett fremtrer som uønsket? Selv om ulike personer kan ha forskjellige terskler for hva man ser på som uønsket, må likevel utgangspunktet være at det er det subjektive det spørres etter.

I denne forbindelse kan også vises til at i det første forslaget til rammedirektivet, var ikke leddet ”uønsket opptreden” med. Da var det bare tale om trakassering relatert til et av diskrimineringsgrunnlagene. Men videre i prosessen ble disse ordene tilføyd, samtidig som også kravet om å krenke en persons verdighet (se straks nedenfor) ble tatt inn. Det ble samtidig sagt at definisjonen av trakassering gjennom dette var utvidet. Samlet synes dette å peke mot et subjektivt utgangspunkt. I alle fall ser det ikke ut til å ha vært reist noen særlig tvil om at det er dette direktivene bygger på.

Likevel er det klart nok at den subjektive oppfatningen ikke alene er avgjørende. De ulike elementene i definisjonen utgjør et samlet hele, og selv om en opptreden er subjektivt uønsket, innebærer ikke dette at det uten videre dreier seg om trakassering i direktivenes forstand, jf. straks nedenfor om hvilke krav som stilles til virkningen av den aktuelle atferden.

Direktivene krever at atferden må ha hatt et bestemt *formål* eller en bestemt *virkning*. I dette ligger på den ene siden at det ikke kreves at den som har utvist den aktuelle atferden, bevisst har gått inn for å fremkalle en slik virkning som bestemmelsene beskriver. Virkningen er i seg selv tilstrekkelig, selv om den utøvende ikke har sett for seg eller skjønt at denne virkningen ville inntre. På den andre siden er også formål om å oppnå en slik virkning i seg selv tilstrekkelig, selv om den rent faktisk ikke har inntruffet.

Den virkning atferden må ha (eller ha som formål), beskrives i to ledd. En *persons verdighet må krenkes, og det må skapes et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø*.¹⁴

Disse kravene til virkninger innebærer at ikke enhver form for plagsom eller irriterende opptreden omfattes, selv om den måtte være aldri så uønsket av den som rammes. Av EU-kommisjonens egne

¹⁴ I dansk språkversjon ”klima”, svensk ”stämning”, engelsk ”environment”.

kommentarer i forbindelse med fremleggelse av forslaget til direktiv, fremgår at den aktuelle atferden må ha en alvorlig karakter, og skape et generelt forstyrrende eller fiendtlig arbeidsmiljø.

For at det altså skal kunne sies å ha forekommet en krenkende virkning for en konkret person, må vedkommende derved ha vært utsatt for en negativ opplevelse av en viss styrke og alvorlighetsgrad. Den trakasserendes atferd må være av negativ karakter, og selv om det tas utgangspunkt i det som subjektivt oppleves som uønsket og også som krenkende, må dette underbygges av et objektivt element. En rent subjektiv følelse av krenkelse kan altså ikke være tilstrekkelig, men må også ha en viss støtte i en mer objektiv vurdering av situasjonen.

Samtidig kreves det at den subjektive krenkelsen suppleres av bestemte virkninger for miljøet mer generelt. Ut fra ordlyden vil derved ikke den subjektivt opplevde krenkelsen i seg selv kunne rammes som trakassering. Er den aktuelle atferden og den krenkende virkningen av alvorlig art, kan det samtidig spørres om ikke dette nærmest uvegerlig vil få en slik virkning på miljøet at kravene er oppfylt. Men i alle fall legger de aktuelle bestemmelsene opp til en vurdering i to ledd, slik at begge de beskrevne virkninger må være til stede for at det skal omfattes av forbudet mot trakassering.

Et siste spørsmål i denne sammenheng er om det må dreie seg om vedvarende eller gjentatte handlinger/atferd for at det skal komme inn under definisjonen av trakassering, eller om ett enkeltstående tilfelle kan være nok. Det synes klart nok at en persons verdighet kan bli krenket gjennom en enkeltstående handling. Men det er kanskje vanskeligere å se for seg at klimaet/stemningen/miljøet generelt vil kunne bli påvirket slik ordlyden krever i dette tilfellet. Muligens er det likevel ikke utelukket at dette kan skje, men det klare utgangspunktet er nok at det må noe mer til før vi kommer i en situasjon som omfattes av direktivets definisjon av trakassering.

Den nærmere grensetrekkingen må være opp til praksis. Det vil også kunne fastsettes nærmere definisjoner i nasjonal lovgivning, jf. de aktuelle direktivbestemmelsene som sier at begrepet trakassering kan defineres i overensstemmelse med medlemsstatenes nasjonale lovgivning og praksis. Det kan samtidig være på sin plass å minne om

at direktivene inneholder minimumskrav, slik at de enkelte statene står fritt til å fastsette et mer omfattende vern.¹⁵

6 Bevisbyrde

I forbindelse med behandling av saker om forskjellsbehandling etter alle de tre aktuelle direktivene, skal medlemsstatene legge til grunn en såkalt delt bevisbyrde. Regelen er utformet på denne måten i rammedirektivet art. 10:

”Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener seg krænket, fordi princippet om likebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den innklagede at bevise, at princippet om likebehandling ikke er blevet tilsidesat.”

Rasediskrimineringsdirektivet art. 8 inneholder en tilsvarende bestemmelse. Når det gjelder saker om likebehandling av menn og kvinner, følger tilsvarende regel av bevisbyrdedirektivet (jf. under pkt. 2 foran) art. 4. Dette direktivet får ifølge dets art. 3 bl.a. anvendelse på de situasjoner som omfattes av likebehandlingsdirektivet.

Normalt ligger bevisbyrden på saksøkeren. Bakgrunnen for den særlige bestemmelsen om delt bevisbyrde ved behandling av saker om diskriminering innenfor arbeidslivet, er at det normalt vil være saksøkte – arbeidsgiver – som sitter inne med den relevante og nødvendige informasjonen i saken. Det antas da å være særlig problematisk for saksøkeren å fremskaffe bevis for diskriminering. Regelen om delt bevisbyrde innebærer at når saksøker i utgangspunktet kan fremlegge

¹⁵ I norsk lovgivning er det for eksempel lagt opp til at den krenkende virkningen skal kunne være tilstrekkelig, altså uten at det samtidig stilles krav om bestemte virkninger for miljøet. Samtidig er den nærmere utformingen av trakkasseringensbestemmelsen noe ulik i de forskjellige lovene, dvs. arbeidsmiljøloven (lov av 4. februar 1977 nr. 4) § 54 C nr. 3, diskrimineringsloven (lov av 3. juni 2005 nr. 33) § 5 og likestillingsloven (lov av 9. juni 1978 nr. 45 etter endringer ved lov av 10. juni 2005 nr. 38) § 8a.

opplysninger som gir anledning til å formode – eller grunn til å tro – at det har funnet sted diskriminering i strid med loven, går bevisbyrden over på saksøkte, som da må sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted noe lovbrudd.

Jeg går ikke mer inn på denne bestemmelsen generelt. Men spørsmålet er om anvendelsen av regelen reiser noen spesielle problemer når det forholdet som eventuelt innebærer brudd på lovens forbud mot diskriminering, består i trakassering. Det er ikke tvilsomt at bestemmelsene om delt bevisbyrde gjelder også for disse tilfellene. Reglene om trakassering sier uttrykkelig at dette er å anse som forskjellsbehandling, og den delte bevisbyrden knytter seg til alle saker om forskjellsbehandling som omfattes av direktivene.

Det kan likevel oppstå noen særlige spørsmål i forbindelse med anvendelsen av bestemmelsen i forbindelse med trakassering. Det vil kunne være noe uklart hva slags opplysninger som må legges frem av saksøkeren i første omgang, for å oppfylle kravet om å fremføre omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted trakassering. Den relevante informasjonen vil her kunne være av mindre konkret art enn for eksempel i forbindelse med forbigåelse i en ansettelsesprosess, hvor det kan dreie seg om opplysninger om utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner. En ren påstand om at trakassering har funnet sted, kan ikke i noe fall være nok. Saksøkeren må kunne underbygge dette ved å vise til noe i tillegg, uten at det er så lett å si generelt hva dette ”noe” kan være. Jeg nøyer meg her med å peke på problemstillingen.

Dersom saksøkerens bevisbyrde finnes oppfylt i første omgang, kan det også være vanskelig å si hva som skal til for at saksøkte/ innklagede så skal kunne klare å føre tilstrekkelig motbevis, etter at bevisbyrden har gått over på denne. I en del andre former for diskrimineringssaker, vil det for saksøkte i stor grad kunne være spørsmål om å vise at det er en *annen* grunn enn religion, funksjonshemming, etnisk opprinnelse, kjønn mv. som er årsaken til at saksøkeren ikke har nådd opp for eksempel i en søknadsomgang. I en sak om trakassering blir dette annerledes, og saksøkte må prøve å vise at det ikke har forekommet noen opptreden som kommer inn under definisjonen av trakassering.

I praksis kan det derved bli noen særlige problemer ved anvendelsen av reglene om delt bevisbyrde i saker om trakassering, men formelt sett gjelder de samme reglene som ellers.

7 Håndheving og sanksjoner

Direktivene stiller noen generelle krav til medlemsstatenes håndheving av brudd på likebehandlingsprinsippet.

Rammedirektivet art. 9 nr. 1 formulerer kravene på følgende måte:

”Medlemsstaterne sikrer, at enhver, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan indgive klage til retslige og/eller administrative instanser, herunder, hvor de finder det hensigtsmæssigt, til forligsinstanser, med henblik på håndhævelse af forpligtelserne i henhold til dette direktiv, selv efter at det forhold, hvori forskelsbehandlingen angivelig har fundet sted, er ophørt.”

Tilsvarende bestemmelser er tatt inn i rasediskrimineringsdirektivet art. 7 nr. 1 og likebehandlingsdirektivet art. 6 nr. 1.

Adgangen til å klage omfatter alle som mener seg krenket fordi prinsippet om likebehandling er tilsidesatt. Dette betyr at også den som mener seg utsatt for trakassering skal ha adgang til å klage, jf. at direktivene definerer trakassering som en form for forskjellsbehandling som omfattes av de generelle forbudene.

Det kreves at det skal være adgang for den som mener seg krenket, til å bringe dette inn for en eller annen form for klageinstans. Medlemsstatene stilles fritt til å avgjøre om dette skal være en domstol eller en administrativ instans, eventuelt en forliksinstans. Det er derved rom for nokså ulike løsninger her, og det stilles uansett ikke krav om opprettelse av særskilte organer til å behandle klager.

I denne sammenheng kan likevel nevnes spørsmålet om opprettelse av særskilte organer til å arbeide for fremme av likebehandling. Rammedirektivet stiller ikke noe krav til medlemsstatene om å etablere slike organer, noe som derimot gjøres i rasediskrimineringsdirektivet (art. 13) og likebehandlingsdirektivet (art. 8a). Jeg går ikke nærmere inn på de kravene som stilles til disse organene og deres oppgaver. Men det stilles ikke i noe fall krav om at de må ha kompetanse

til å behandle og avgjøre klager etter de aktuelle diskrimineringsbestemmelsene, jf. at medlemsstatene står fritt til å bestemme hvilke organer som skal stå for håndhevingen, og herunder for eksempel kan bestemme at håndheving utelukkende skal skje ved domstolene.

For så vidt gjelder spørsmålet om sanksjoner, kan først presiseres at medlemsstatene selv vurderer om de vil implementere direktivene gjennom straffe- og/eller sivillovgivningen. Videre fastsetter rammedirektivet art. 17 at medlemsstatene selv fastsetter hvilke sanksjoner som skal komme til anvendelse ved overtredelse av de nasjonale bestemmelsene. Tilsvarende bestemmelse er tatt inn i rasediskrimineringsdirektivet art. 15 og likebehandlingsdirektivet art. 8d. Dette innebærer også at den enkelte medlemsstat selv avgjør om det skal fastsettes strafferettslige og/eller sivilrettslige sanksjoner.

Det kreves uansett at brudd på likebehandlingskravet skal sanksjoneres effektivt. Rammedirektivet art. 17 nr. 1 fastsetter følgende:

”Medlemsstatene fastsetter, hvilke sanksjoner der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af dette direktiv, og tager alle nødvendige skridt til at sikre deres iværksættelse. Sanksionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. ... ”

Som utgangspunkt har derved medlemsstatene også her en forholdsvis stor grad av frihet. Samtidig medfører bestemmelsen klare bindinger, ved at medlemsstatene pålegges å fastsette sanksjoner, og disse kan ikke bare være symbolske, jf. kravet om at de må være effektive og avskrekkende.

EF-domstolen har tidligere utledet tilsvarende krav i tilknytning til direktiver om likebehandling av kjønn, hvor kravene til sanksjoner tidligere ikke fremgikk uttrykkelig av direktivtekstene. EF-domstolens krav knyttet til dette feltet vil derfor være relevant ved fastleggingen av det nærmere innholdet av kravene. Hva som konkret skal til for å oppfylle kravet om sanksjoner ved brudd på forbudet mot trakassering, er likevel ikke direkte behandlet av domstolen, jf. at bestemmelser om trakassering først kom inn i likebehandlingsdirektivet i 2002.

Antagelig må det legges til grunn at dersom det velges sivilrettslige sanksjoner, vil det måtte kreves en form for økonomisk kompen-

asjon ved trakassering. Direktivet gir riktignok uttrykk for at sanksjoner *kan* innebære skadeserstatning, men dette må ses i forhold til at medlemsstatene står fritt til i stedet å velge strafferettslige sanksjoner. Videre må det antas at erstatning for rent økonomisk tap vanskelig vil kunne være noen effektiv sanksjon ved trakassering. Et slikt tap vil nok sjelden forekomme. For å kunne oppfylle kravet om effektive og avskrekkende sanksjoner, er det vanskelig å se for seg noe annet enn en økonomisk kompensasjon for selve den krenkelse av verdighet som trakasseringen innebærer. Denne kompensasjonen må også være av en viss størrelse og kan ikke være rent symbolsk. Det må også legges til grunn at ansvar må kunne gjøres gjeldende på objektivt grunnlag, slik at det altså ikke er betinget av subjektiv skyld hos den som har utøvet trakassering. Dette siste kan utledes av EF-domstolens praksis knyttet til kjønnsdiskriminering mer generelt. Jeg kan her vise til at Ruth Nielsen på grunnlag av denne praksis trekker den konklusjon at et culpa-basert ansvar ikke er tilstrekkelig til å kompensere arbeidssøkere som utsettes for kjønnsdiskriminering.¹⁶ Hun gir videre uttrykk for at prinsippet antagelig må generaliseres til også andre overtredelser av ansettelsesrettslige regler og også arbeidsmiljøregler. Det synes ikke å være noe grunnlag for å fortolke direktivene slik at de stiller mindre strenge krav i forbindelse med sanksjonering av trakassering. Et objektivt ansvar for overtrederen synes nødvendig for at sanksjonen skal kunne være tilstrekkelig effektiv og avskrekkende.

¹⁶ Hun henviser i denne sammenheng til den såkalte Dekker-saken og Draemphael-saken; se R. Nielsen, *EUropæisk arbeidsret*, København 2003, s. 451-452 med nærmere henvisning til og redegjørelse for disse sakene.