

**RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ZUR
GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN**

**ÖSTERREICH, DEUTSCHLAND,
FRANKREICH, ITALIEN**

NIEDERLANDE

VEREINIGTES KÖNIGREICH, AUSTRALIEN, USA, SÜDAFRIKA

FINNLAND, NORWEGEN, SCHWEDEN

Avis 05-088

Lausanne, den 8. September 2005
ECR/NM/EL/BC/IV/SY/ GPR/KJD/AD

INHALT

Fragen	3
--------------	---

Synthese	4
----------------	---

Länderberichte

Nachbarstaaten:

Österreich	6
------------------	---

Deutschland.....	18
------------------	----

Frankreich.....	29
-----------------	----

Italien	38
---------------	----

Andere:

Niederlande	50
-------------------	----

Anglosächsische Staaten:

Grossbritannien	61
-----------------------	----

USA	67
-----------	----

Australien.....	86
-----------------	----

Südafrika	91
-----------------	----

Skandinavien:

Finnland.....	104
---------------	-----

Norwegen	110
----------------	-----

Schweden.....	117
---------------	-----

FRAGEN:

1. Welche Erlasse regeln in den betroffenen Staaten die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?¹
2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar? Gibt es zum Beispiel einen besonderen Kündigungsschutz gegen Rachekündigungen, ein Verbandsklagerecht oder Beweislastenerleichterungen in bestimmten Konstellationen?
3. Welches sind die Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen?
4. Ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen? Wenn ja, besteht es ausschliesslich oder ergänzend neben einer Klagemöglichkeit? Ist das Schlichtungsverfahren obligatorisch oder fakultativ? Welche Stellung (Unabhängigkeit) und Kompetenzen haben die Schlichtungsorgane und wie sind sie zusammengesetzt?
5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?
6. Gibt es gesetzlich vorgesehene Institutionen, die im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen auch von sich aus tätig werden, d.h. ohne Klage der Betroffenen oder legitimer Interessenverbände? Falls ja, welchen Status und welche Kompetenzen haben sie? Wie werden sie bestimmt und wie sind sie zusammengesetzt? Wie gross sind die für diese Aufgabe zugesprochenen personellen und finanziellen Ressourcen?
7. Wie fällt die Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren aus?
8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen (z.B. finanzielle Leistungen, Zertifikationen mit Auszeichnungscharakter)?
9. Gibt es Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz (z.B. die Möglichkeit, Löhne von Frauen und Männer auf breiter Basis transparent zu erfassen)?

¹ Primär "neuere" Bestimmungen, die nach der Verabschiedung der Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 zum GIG und Prof. W. Linders Bericht "Untersuchungen zum Lohngleichheitsgrundsatz" vom Dezember 1986 / Januar 1987 in Kraft getreten sind.

SYNTHESE

Zusammenfassend sollen an dieser Stelle die wichtigsten Punkte der Gesetzgebungen der näher untersuchten Länder **Österreich, Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande, Schweden, Finnland, Norwegen, Vereinigtes Königreich, Australien, USA und Südafrika** dargestellt werden.

Alle genannten Rechtsordnungen enthalten spezifische Regelungen zur Geschlechtergleichstellung. So ist die Geschlechtergleichstellung normalerweise in der **Verfassung** verankert². Weiters haben diese Länder auch auf **Gesetzesebene** Rechtsakte zur Geschlechtergleichstellung erlassen. In *Finnland* ist die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Arbeitswelt sogar als Straftatbestand im Strafgesetzbuch zu finden.

Die **Diskriminierungstatbestände** umfassen in der Regel alle Phasen des Arbeitsverhältnisses inklusive dem Schutz vor sexueller Diskriminierung am Arbeitsplatz. Die dafür vorgesehenen Sanktionen sind entsprechend dem jeweiligen Tatbestand unterschiedlich ausgestaltet und umfassen zunächst meist die Diskriminierung zu beenden und in weiterer Folge Schadenersatzansprüche. Alle untersuchten Länder kennen **Beweislasterleichterungen** im Falle von Diskriminierungen. Die Möglichkeit von **Verbandsklagen** existiert jedoch nicht im *Vereinigten Königreich*, in *Südafrika*, *Schweden*, *Norwegen* und in den *Niederlanden*. Der spezielle Schutz gegen **Rache-kündigungen** ist in *Australien*, *Deutschland*, *Österreich*, den *Niederlanden*, *Südafrika*, dem *Vereinigten Königreich* und in den *USA* gesetzlich geregelt. In *Schweden*, *Norwegen*, *Finnland* und *Australien* kennt das Gesetz auch noch zusätzliche Schadenersatzansprüche für jegliche Repressalie, die ein/e ArbeitgeberIn einem/r ArbeitnehmerIn angedeihen lässt, weil sie im Falle einer Diskriminierung ihre Rechte wahrnehmen. In *Italien* und *Frankreich* existiert dahingehend keine spezifische Norm, eine Rache-kündigung wird nach den generellen Kündigungsregelungen behandelt, wonach sie als unzulässig einzustufen sein sollte.

Gleichbehandlungskommissionen wurden in *Österreich*, *Italien*, den *Niederlanden*, *Schweden*, *Norwegen*, *Finnland*, *Australien*, *Südafrika*, dem *Vereinigten Königreich* und den *USA* eingerichtet. Die Funktion von **Ombudspersonen** übernehmen grundsätzlich die Interessenvertretungen der ArbeitnehmerInnen (wie z. B. Gewerkschaften, Betriebsräte) oder auch Arbeitsinspektorate sowie speziell ernannte Gleichstellungsbeauftragte. In *Schweden*, *Finnland* und *Norwegen* existieren Ombudsleute speziell für die Geschlechtergleichstellung. Diesen Institutionen kommt oft eine **streitschlichtende Funktion** im aussergerichtlichen Bereich zu. Ein obligatorischer aussergerichtlicher Einigungsversuch ist in *Australien* und im *Vereinigten Königreich*, sowie in *Deutschland* im Bereich der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse vorgesehen.

Ausser *Südafrika* enthält keines der untersuchten Länder spezifische Vorschriften zur **Mediation** betreffend arbeitsrechtliche Konflikte wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes. In *Finnland* und *Norwegen* und im *Vereinigten Königreich*

²

Die Verfassung des Vereinigten Königreichs wurde niemals kodifiziert und es ist ungewiss, ob irgend welche Gleichstellungsbestimmungen Verfassungsrang geniessen.

existieren spezielle Regelungen zur Mediation zwischen ArbeitnehmerInnenverbänden und ArbeitgeberInnen. In den *Niederlanden* hat die Gleichbehandlungskommission allerdings den Versuch zur Mediation in arbeitsrechtlichen Konflikten gestartet. Das Projekt läuft von 2005-2007. Danach wird es zur Evaluation des Resultates kommen. In *Südafrika* und im *Vereinigten Königreich* steht indessen eine breite Palette von alternativen Konfliktlösungsmechanismen zur Verfügung, nämlich Schlichtung, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit.

Gleichstellungsfördernde Anreize existieren in den meisten Ländern insbesondere durch staatliche Finanzierung von Projekten zur Geschlechtergleichstellung auf betrieblicher Ebene und/oder in Form von Informationskampagnen zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit als bewusstseinsbildende Massnahmen. Speziell hervorzuheben wäre etwa ein Gesetz in *Norwegen*, dass eine Quotenregelung auf Führungsebene im privatrechtlichen Arbeitsbereich vorsieht; eine ähnliche Massnahme wurde in *Schweden* gesetzt, aber derzeit noch nicht auf gesetzlicher Ebene.

Zur **Datentransparenz** tragen in den untersuchten Länder zu erstellende **Berichte** über die Entwicklungen im Bereich der Gleichstellung bei, die grundsätzlich jährlich zumeist an Regierungsstellen oder auch an betriebsinterne Stellen zu übermitteln sind. In *Südafrika* haben Arbeitgebende mit mehr als 50 Beschäftigten die Lohnpolitik jährlich der Regierung bekannt zu geben, um etwaigen diskriminierenden Lohnunterschieden entgegenzuwirken. In *Frankreich* schreibt das Gesetz explizit die Aufschlüsselung von Daten hinsichtlich aller Arbeitsbedingungen sowie Entlohnung differenziert nach Geschlecht für Privatunternehmen vor, die auch an Gewerkschaften und an das Personal kommuniziert werden müssen. In *Schweden* ist jährlich von Betrieben mit mehr als 10 Beschäftigten ein Aktionsplan an den Ombudsmann für Gleichstellung zu richten, welcher auch einen Bericht über Löhne zu enthalten hat. In *Australien* haben Unternehmen mit mehr als 100 Beschäftigten ähnliche Berichte an die für die Gleichstellung am Arbeitsplatz zuständige Bundesbehörde zu richten.

Nicole Mathé

ÖSTERREICH

Résumé

Gemäss Artikel 7 Abs. 1 der **Bundesverfassung** sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich. Vorrechte des Geschlechtes sind ausgeschlossen. Auf bundesgesetzlicher Ebene sind insbesondere zwei Gesetze von zentraler Bedeutung, nämlich das **Gleichbehandlungsgesetz**, welches die Gleichstellung von Frauen und Männern im Bereich der **privatrechtlichen Arbeitsverträge** regelt, und das **Bundesgleichbehandlungsgesetz**, welches die Gleichstellung von Frauen und Männern im Bundesdienst also dem **öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis** regelt.

Die **§§ 3 und 4 GIBG** enthalten das **Gleichbehandlungsgebot** im Zusammenhang mit einem **Arbeitsverhältnis** und in der **sonstigen Arbeitswelt**. Im Sinne des **Benachteiligungsverbots** gem. **§ 13 GIBG** darf als Reaktion auf eine Beschwerde ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes **nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt** werden. Dasselbe gilt auch für ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zeugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt. Die **Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** bestehen grundsätzlich im Ersatz des Vermögensschadens und einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung der diskriminierten Person.

Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand beruft, hat er/sie diesen **glaubhaft** zu machen. **Interessenvertretungen** können beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

Im Sinne des **§ 8 GIBG** sind **positive Maßnahmen** ausdrücklich als zulässig erklärt worden. Der Bund kann für besondere Aufwendungen, die Arbeitgeber/inne/n bei der Durchführung solcher Maßnahmen entstehen, **Förderungen** gewähren, wenn die Unternehmen die Bestimmungen der Gleichbehandlungsgebote des GIBG beachten (**§ 14 GIBG**). Die konkrete Umsetzung erfolgt in verschiedenen Bereichen, zum Beispiel durch Zertifikationen mit Auszeichnungsscharakter: Frauen- und familienfreundliche Betriebe haben Vorbildwirkung, daher wurde zum Beispiel die Initiative **"Taten statt Worte"**³ gegründet.

Eine Datentransparenz ist hinsichtlich der Löhne von Frauen und Männern zumindest im **privatrechtlichen Arbeitsverhältnis** nicht sichergestellt. Im öffentlich-rechtlichen Bereich besteht immerhin eine Berichtspflicht aufgrund des Frauenförderungsplanes **nach dienst- und besoldungsrechtlichen Kriterien gegliederte statistische und anonymisierte Daten** zu erheben.

Eine **Gleichbehandlungskommission** hat sich mit allen die Diskriminierung berührenden Fragen und mit Verstößen gegen die Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes regelnde Förderungsrichtlinien zu befassen. Die/der **Vorsitzende und seine/sein Stellvertreter/in sind in Ausübung ihrer Tätigkeit selbstständig und unabhängig**. Dasselbe trifft auf die **Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern** zu. Beide Institutionen führen ihre Aktivitäten im aussergerichtlichen Bereich durch.

1. Welche Erlasse regeln die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

- **Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG**, BGBl. Nr. 1/1930 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2005 (Art. 7)⁴
- **Gleichbehandlungsgesetz, GIBG**, BGBl. I Nr. 66/2004
- **Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, B-GIBG**, BGBl. Nr. 100/1993 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2004
- **BG über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungs-anwaltschaft**, GBK/GAW-Gesetz, BGBl. Nr. 108/1979 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2004
- Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen betreffend die Einrichtung eines **Regionalbüros der Anwältin für Gleichbehandlungsfragen für Oberösterreich**, BGBl. II Nr. 442/2002
- Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit und Generationen betreffend die Einrichtung von **Regionalbüros der Anwältin für Gleichbehandlungsfragen in den Ländern Kärnten und Steiermark**, BGBl. II Nr. 341/2000
- Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Einrichtung eines **Regionalbüros der Anwältin für Gleichbehandlungsfragen für Vorarlberg, Tirol und Salzburg**, BGBl. II Nr. 356/1998
- **Frauenförderungsplan** für das **Justizressort** bis 1. Jänner 2008, BGBl. II Nr. 281/2003 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 170/2005
- Verordnung der Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten betreffend den **Frauenförderungsplan** für das Bundesministerium für **auswärtige Angelegenheiten**, BGBl. II Nr. 630/2003
- Bundesgesetz über Berichte der Bundesregierung betreffend den **Abbau von Benachteiligungen von Frauen**, BGBl. Nr. 837/1992
- **Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft** – Kundmachung, BGBl. III Nr. 86/1999 (Art. 141)

2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar?

2.1. Bundesverfassung

Gemäss Artikel 7 Abs. 1 der **Bundesverfassung** sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich. Vorrechte des Geschlechtes sind ausgeschlossen. Im Sinne des Art. 7 Abs. 2 bekennen sich Bund, Länder und Gemeinden zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig. Nach Art. 7 Abs. 3 können Amtsbezeichnungen in

⁴

Die hier genannten Gesetze sind im Internet unter folgender Adresse kostenlos abrufbar <http://www.ris.bka.gv.at/auswahl> (22.7.2005). Weiterführende Informationen und links finden sich auch auf der homepage der Frauenministerin <http://www.bmgf.gv.at/cms/site> (22.7.2005).

der Form verwendet werden, die das Geschlecht des Amtsinhabers oder der Amtsinhaberin zum Ausdruck bringt. Gleiches gilt für Titel, akademische Grade und Berufsbezeichnungen.

2.2. Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsgesetze

Auf bundesgesetzlicher Ebene sind insbesondere zwei Gesetze von zentraler Bedeutung, nämlich das **Gleichbehandlungsgesetz**, welches die Gleichstellung von Frauen und Männern im Bereich der **privatrechtlichen Arbeitsverträge** regelt, und das **Bundesgleichbehandlungsgesetz**, welches die Gleichstellung von Frauen und Männern im Bundesdienst also dem **öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis** regelt. Im Wesentlichen sind die Regelungen zum Gleichbehandlungsgebot in beiden Gesetzen sehr ähnlich ausgestaltet, weswegen im Folgenden insbesondere die Bestimmungen des GIBG dargestellt werden.

Weiters existieren auch entsprechende landesgesetzliche Regelungen, die die Gleichstellung von Frauen und Männern im Bereich der **öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in den Ländern** regelt, auf welche aber in weiterer Folge nicht speziell eingegangen werden soll. Die erwähnten gesetzlichen Massnahmen zusammen entsprechen etwa dem Anwendungsbereich des schweizerischen Gleichstellungsgesetzes.

2.2.1. Gleichbehandlungsgebot

Die **§§ 3 und 4 GIBG** enthalten das **Gleichbehandlungsgebot** im Zusammenhang mit einem **Arbeitsverhältnis** und in der **sonstigen Arbeitswelt**. Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis **niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert** werden, insbesondere nicht:

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,
2. bei der Festsetzung des Entgelts,
3. bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen,
4. bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung,
5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen,
6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen,
7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Auf Grund des Geschlechtes, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, darf niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden:

1. beim Zugang zur Berufsberatung, Berufausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses,
2. bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen,
3. bei den Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit.

Weiters gelten gem. **§§ 6 und 7 GIBG** die **sexuelle Belästigung** und die **geschlechtsbezogene Belästigung** als Diskriminierungstatbestände.

Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person:

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst sexuell belästigt wird,
2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer sexuellen Belästigung durch Dritte (Z 3) eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,
3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses belästigt wird.

Sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt, für die betroffene Person unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und 1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder 2. der Umstand, dass die betroffene Person ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder von Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung oder Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung zur sexuellen Belästigung einer Person vor.

Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes liegt auch vor, wenn eine Person durch **geschlechtsbezogene Verhaltensweisen**

1. vom/von der Arbeitgeber/in selbst belästigt wird,
2. durch den/die Arbeitgeber/in dadurch diskriminiert wird, indem er/sie es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen,
3. durch Dritte in Zusammenhang mit seinem/ihrem Arbeitsverhältnis belästigt wird oder
4. durch Dritte außerhalb eines Arbeitsverhältnisses belästigt wird.

Geschlechtsbezogene Belästigung liegt vor, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten gesetzt wird, das die Würde einer Person beeinträchtigt, für die betroffene Person unerwünscht ist und

1. eine einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft oder
2. der Umstand, dass die betroffene Person eine geschlechtsbezogene Verhaltensweise seitens des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin oder Vorgesetzten oder Kolleg/inn/en zurückweist oder duldet, ausdrücklich oder stillschweigend zur Grundlage einer Entscheidung mit Auswirkungen auf den Zugang dieser Person zur Berufsausbildung, Beschäftigung, Weiterbeschäftigung, Beförderung

und Entlohnung oder zur Grundlage einer anderen Entscheidung in der Arbeitswelt gemacht wird. Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung zur Belästigung einer Person vor.

Darüber hinaus regelt **§ 9 GIBG** das **Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung**. Der/die Arbeitgeber/in oder private/r Arbeitsvermittler/in oder eine mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit. Die Ausschreibung darf auch keine zusätzlichen Anmerkungen enthalten, die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen.

2.2.2. Besonderer Kündigungsschutz gegen Rachekündigungen

Im Sinne des **Benachteiligungsverbots** gem. **§ 13 GIBG** darf als Reaktion auf eine Beschwerde ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes **nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt** werden. Auch ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zeugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Die Beweislast erleichterung des § 12 Abs. 12 GIBG gilt sinngemäß.

2.2.3. Verbandsklagerecht

Siehe unten Punkt 4.

2.2.4. Beweislast erleichterungen

Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand beruft, hat er/sie diesen **glaubhaft** zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Bei Berufung auf Belästigung oder sexuelle Belästigung obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen (§ 12 Abs. 12 GIBG).

3. Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen

Die **Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** sind im § 12 GIBG geregelt.

Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** nicht begründet worden, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Stellenwerber/in zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der **Ersatzanspruch** beträgt

1. mindestens ein Monatsentgelt, wenn der/die Stellenwerber/in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, oder
2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/ einer Stellenwerber/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

Erhält ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der **Festsetzung des Entgeltes** durch den/die Arbeitgeber/in für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ein geringeres Entgelt als ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes, so hat er/sie gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf **Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung** für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der **Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen**, hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der betreffenden Sozialleistung oder **Ersatz** des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei **Massnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung** hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen oder auf **Ersatz** des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Ist ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes beim **beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen** nicht beruflich aufgestiegen, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Arbeitnehmer/in zum **Ersatz** des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt

1. die Entgeltdifferenz für mindestens drei Monate, wenn der/die Arbeitnehmer/in bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, oder
2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Arbeitnehmer/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei **sonstigen Arbeitsbedingungen** hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes oder auf **Ersatz** des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Ist das **Arbeitsverhältnis** vom/von der Arbeitgeber/Arbeitgeberin wegen des Geschlechtes des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GIBG **gekündigt oder vorzeitig beendet** worden, so kann die Kündigung oder Entlassung beim Gericht angefochten werden.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes beim **Zugang zur Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung und Umschulung** hat die betroffene Person Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden Berufsberatungs-, Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes **bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer/innen/- oder Arbeitgeber/innen/organisation** oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen, hat die betroffene Person Anspruch auf Mitgliedschaft und Mitwirkung in der betroffenen Organisation sowie auf Inanspruchnahme der Leistungen der betreffenden Organisation oder Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei den **Bedingungen für den Zugang zu selbständiger Erwerbstätigkeit** hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Bei einer **sexuellen Belästigung** nach § 6 GIBG oder einer **geschlechtsbezogenen Belästigung** nach § 7 GIBG hat die betroffene Person gegenüber dem/der Belästiger/in und im Fall des Unterlassens von Massnahmen durch den/die Arbeitgeber/in auch gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen, mindestens jedoch auf 400 Euro Schadenersatz, im Falle einer sexuellen Belästigung mindestens auf 720 Euro.

Eine Strafbestimmung regelt in § 10 GIBG die Konsequenzen bei Verletzung des **Gebots der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung**. Eine Verwarnung bzw. eine Geldstrafe bis zu 360 Euro sind vorgesehen.

4. Schlichtungsverfahren

Die im Folgenden näher beschriebenen Institutionen führen keine Schlichtungsverfahren im herkömmlichen Sinn durch. Ihnen kommt aber eine streitschlichtende

Funktion im aussergerichtlichen Bereich zu, deren Entscheidungen sind auch nicht rechtsverbindlich. Einer diskriminierten Person steht es offen, die aussergerichtlichen Institutionen in Anspruch zu nehmen und/oder den Klagsweg zu beschreiten.

4.1. Gleichbehandlungskommission

Gem. § 1 Abs. 1 GBK/GAW-Gesetz ist beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen eine **Gleichbehandlungskommission** (GBK) einzurichten. Die Gleichbehandlungskommission besteht aus drei Senaten. **Senat I** ist für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (Teil I des GIBG) zuständig. Im Sinne des § 2 GBK/GAW-Gesetz hat jeder Senat aus dem/der **Vorsitzenden** und weiteren Mitgliedern zu bestehen. Dem Senat I haben als weitere **Mitglieder** anzugehören:

1. zwei Mitglieder, die von der Wirtschaftskammer Österreich entsendet werden;
2. zwei Mitglieder, die von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte entsendet werden;
3. zwei Mitglieder, die von der Vereinigung der Österreichischen Industrie entsendet werden;
4. zwei Mitglieder, die vom Österreichischen Gewerkschaftsbund entsendet werden;
5. ein Mitglied, das vom/von der Bundeskanzler/in bestellt wird;
6. ein Mitglied, das vom/von der Bundesminister/in für Gesundheit und Frauen bestellt wird;
7. ein Mitglied, das vom/von der Bundesminister/in für Wirtschaft und Arbeit bestellt wird.

Den **Vorsitz** hat jeweils ein/e vom/von der Bundesminister/in für Gesundheit und Frauen betraute/r Bedienstete/r des Bundes zu führen. Die **Funktionsdauer** der Mitglieder und deren Ersatzmitglieder beträgt vier Jahre. Wiederentsendung bzw. Wiederbestellung sind zulässig. Gem. § 10 GBK/GAW-Gesetz haben die **Mitglieder (Ersatzmitglieder)** der Kommission mit Ausnahme der/des mit dem Vorsitz betrauten Bediensteten des Bundes und seiner/seines Stellvertreterin/Stellvertreters ihre Tätigkeit **ehrenamtlich** auszuüben. Sie haben Anspruch auf Ersatz der notwendigen Reise- und Aufenthaltskosten; gleiches gilt für die Vertreter/innen der Kollektivvertragsparteien und für die sonstigen Fachleute (§§ 11 Abs. 2 und 14 Abs. 4) mit Ausnahme jener Fachleute, die schriftliche Fachgutachten im Auftrag der Kommission erstellen.

Gem. § 8 GBK/GAW-Gesetz haben sich die Senate der Gleichbehandlungskommission in ihrem Zuständigkeitsbereich **mit allen die Diskriminierung berührenden Fragen und mit Verstößen gegen die Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes** regelnde Förderungsrichtlinien zu befassen.

Gem. der **Verfassungsbestimmungen in § 10 Abs. 1a und 1** GBK/GAW-Gesetz sind die/der **Vorsitzende und seine/sein Stellvertreter/in in Ausübung ihrer Tätigkeit selbstständig und unabhängig**. Die Leiter/innen der Dienststellen dürfen der/den Vorsitzenden und ihre/seinen Stellvertreter/in in der Ausübung ihrer/seiner

Tätigkeit nicht beschränken und sie/ihn aus diesem Grund auch nicht benachteiligen. Aus dieser Tätigkeit darf ihnen bei der Leistungsfeststellung und in der dienstlichen Laufbahn kein Nachteil erwachsen. Soweit es die dienstlichen Erfordernisse gestatten, hat die Dienststellenleitung der/dem Vorsitzenden und ihrer/seinem Stellvertreter/in die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen auf den Gebieten des Gleichbehandlungsrechts zu ermöglichen.

Die Arbeitgeber/innen und alle Beschäftigten der betroffenen Betriebe sind verpflichtet, der Kommission und den Ausschüssen die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Im Sinne der §§ 11 und 12 GBK/GAW-Gesetz erstellt die GBK **Gutachten** und führt **Einzelfallprüfungen** durch.

Auf Antrag einer der der im jeweiligen Senat der Kommission vertretenen Interessenvertretungen, auf Verlangen der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, einer Regionalanwältin, des/der Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung, eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin **oder von Amts wegen** hat der damit befasste Senat insbesondere **Gutachten über Fragen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** zu erstatten. Gutachten des Senates sind von der Gleichbehandlungskommission in vollem Wortlaut, jedoch **in anonymisierter Form** auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen **kostenlos zur Verfügung** zu stellen.

Auf Antrag eines/einer Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin, eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin, eines Betriebsrates, einer der im jeweiligen Senat der Kommission vertretenen Interessenvertretungen, auf Verlangen der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, einer Regionalanwältin, des/der Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung, eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin **oder von Amts wegen** hat der damit befasste Senat im **Einzelfall zu prüfen, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes** vorliegt.

Ist der Senat der Auffassung, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegt, so hat er dem/der Arbeitgeber/in oder in Fällen in Zusammenhang mit einer sonstigen Diskriminierung in der Arbeitswelt dem/der für die Diskriminierung Verantwortlichen **schriftlich einen Vorschlag** zur Verwirklichung der Gleichbehandlung zu übermitteln und ihn/sie aufzufordern, die **Diskriminierung zu beenden**. Wird einem solchen Auftrag nicht entsprochen, so kann jede der im jeweiligen Senat vertretenen Interessenvertretungen **beim zuständigen Arbeitsgericht oder Zivilgericht auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen**. In einem auf Verlangen der Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, des/der Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung, der Regionalanwältin oder eines/einer Regionalvertreters/Regionalvertreterin eingeleiteten Verfahrens steht dieses Klagerecht auch der Anwältin für die Gleichbehandlung, der/dem Anwalt/Anwältin für die Gleichbehandlung, der Regionalanwältin oder dem/der Regionalvertreter/in zu, wobei die Klage nur mit **Zustimmung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin oder der betroffenen Person** eingebracht werden darf.

4.2. Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern

Gem. § 4 GBK/GAW-Gesetz ist die Anwältin für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt zuständig für die **Beratung und Unterstützung** von Personen, die sich im Sinne von Teil I GIBG (Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt) diskriminiert fühlen. Sie ist in Ausübung dieser Tätigkeit **selbständig und unabhängig**.

Die Anwältin kann, falls erforderlich, auf Grund einer behaupteten Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes den/die Arbeitgeber/in zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auffordern. Sie kann auch weitere **Auskünfte vom/von der Arbeitgeber/in, vom Betriebsrat oder von den Beschäftigten** des betroffenen Betriebes einholen. Diese sind verpflichtet, der Anwältin die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Wenn die Anwältin die **Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes vermutet** und dem Senat die behaupteten Umstände glaubhaft macht, hat der Senat von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 11 oder § 12 GBK/GAW-Gesetz einzuleiten. Der Senat hat sich mit einem von der Anwältin vorgelegten Fall in seiner nächsten Sitzung, jedoch bis spätestens innerhalb eines Monats, zu befassen. Der Senat kann die Anwältin mit der Durchführung der Ermittlungstätigkeit beauftragen. Die Anwältin kann im Auftrag des Senates die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind ihr Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen. Die Anwältin hat bei ihrer Ermittlungstätigkeit den Betriebsrat zur Mitwirkung heranzuziehen. Vor Besichtigung eines Betriebes ist der/die Arbeitgeber/in so rechtzeitig zu verständigen, dass diese/r oder eine von ihm/ihr namhaft gemachte Person an der Besichtigung teilnehmen kann.

4.3. Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis

Auch das BGIBG richtet mehrere Institutionen mit streitschlichtender bzw. unterstützender sowie beratender Funktion für diskriminierte Personen ein. Es existieren eine Gleichbehandlungskommission, Gleichbehandlungsbeauftragte, Arbeitsgruppen für Gleichbehandlungsfragen, eine interministerielle Arbeitsgruppe für Gleichbehandlungsfragen sowie Kontaktfrauen (§§ 21-39 BGIBG).

5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?

Die Gleichstellungsgesetzgebung sieht keine spezifische Möglichkeit einer Mediation vor. Siehe Punkt 4.

6. Gesetzlich vorgesehene Institutionen im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen

Siehe Punkt 4.

7. Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren

Die Gleichstellungsgesetzgebung enthält keine spezifischen Bestimmungen bezüglich der Verfahrenskosten. Vielmehr sind die allgemeinen Regelungen der Zivilprozessordnung (ZPO) heranzuziehen, wonach jede Partei ihre Kosten zunächst selbst zu tragen hat. Weiters gilt aber grundsätzlich das Erfolgschaftungsprinzip. Das heisst die vollständig unterliegende Partei hat ihrem Gegner alle Prozesskosten zu ersetzen (§§ 40, 41 ZPO)⁵.

8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen?

Im Sinne des § 8 GIBG sind **positive Massnahmen** ausdrücklich als zulässig erklärt worden. Die in Gesetzen, in Verordnungen, in Instrumenten der kollektiven Rechtsgestaltung oder in generellen mehrere Arbeitnehmerinnen umfassende Verfügungen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin getroffenen Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten im Sinne des Art. 7 Abs. 2 B-VG, gelten nicht als Diskriminierungen im Sinne dieses Gesetzes. Der Bund kann für besondere Aufwendungen, die Arbeitgeber/innen bei der Durchführung solcher Massnahmen entstehen, **Förderungen** gewähren. Die Richtlinien über die Vergabe von Förderungen des Bundes an Unternehmen haben Förderungen nur für Unternehmen vorzusehen, die die Bestimmungen der Gleichbehandlungsgebote des GIBG beachten (§ 14 GIBG).

Die konkrete Umsetzung der genannten Bestimmungen erfolgt in verschiedenen Bereichen, zum Beispiel durch Zertifikationen mit Auszeichnungscharakter: Frauen- und familienfreundliche Betriebe haben Vorbildwirkung, daher wurde die Initiative "Taten statt Worte"⁶ gegründet. Ein Schwerpunkt ist der jährliche Wettbewerb "**Frauen- und familienfreundlichste Betriebe**". Die Umsetzung dieser Grundidee war ursprünglich nur für die Steiermark geplant. Taten statt Worte fand jedoch schon bald Österreich weites Interesse und es wurden Regionalkomitees in den Bundesländern Wien, Niederösterreich, Burgenland, Kärnten und Vorarlberg gegründet.

Weiterführende Informationen zu gleichartigen Initiativen enthält die bereits erwähnte homepage der Frauenministerin unter <http://www.bmgf.gv.at/cms/site/index.html>.

Im **öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis** bestimmt das BGIBG besondere Fördermassnahmen für Frauen. Demnach sind die Vertreterinnen oder Vertreter des Dienstgebers gem. § 11 verpflichtet, nach Maßgabe der Vorgaben des **Frauenförderungsplanes** auf eine Beseitigung 1. einer bestehenden Unterrepräsentation (weniger als 40%) von Frauen an der Gesamtzahl der dauernd Beschäftigten und der Funktionen sowie 2. von bestehenden Benachteiligungen von Frauen im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis hinzuwirken (Frauenförderungsgebot).

Gegebenenfalls ist also eine vorrangige Aufnahme in den Bundesdienst, Vorrang beim beruflichen Aufstieg und Vorrang bei der Aus- und Weiterbildung zu

⁵ RGBI.Nr. 113/1895 idF BGBl. I Nr. 151/2004.

⁶ <http://www.taten-statt-worte.at>

gewährleisten. Gem. § 12 BGIBG besteht eine **Berichtspflicht** der Dienstseinheiten gegenüber der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über den **Stand der Verwirklichung der Gleichbehandlung und Frauenförderung** nach Ablauf des jeweils zweijährigen Geltungszeitraumes eines Frauenförderungsplanes.

9. Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz

Betriebliche Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung haben bei der Regelung der Entlohnungskriterien den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, zu beachten und dürfen weder Kriterien für die Beurteilung der Arbeit der Frauen einerseits und der Arbeit der Männer andererseits vorschreiben, die zu einer Diskriminierung führen. Trotz dieser in § 11 GIBG festgelegten **Entlohnungskriterien** existieren nach wie vor geschlechtsspezifische Lohnunterschiede. Unserem Wissen nach ist eine Datentransparenz hinsichtlich der Löhne von Frauen und Männern zumindest im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht sichergestellt. Jedoch tragen auch europarechtliche Vorgaben dazu bei, dass statistische Daten, welche an die Europäischen Institutionen weitergeleitet werden müssen, nach Geschlecht zu differenzieren sind.⁷

Im Anwendungsbereich des BGIBG haben die **Berichte der Dienstseinheiten** gegenüber der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über den Stand der Verwirklichung der Gleichbehandlung und Frauenförderung nach Ablauf des jeweils zweijährigen Geltungszeitraumes eines Frauenförderungsplanes **nach dienst- und besoldungsrechtlichen Kriterien gegliederte statistische und anonymisierte Daten** sowie Vorschläge zum Abbau der Benachteiligungen von Frauen im Ressort zu enthalten. Die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen hat durch Verordnung festzulegen, welche statistische und anonymisierte Daten in diese Berichte aufzunehmen sind und welche dieser Daten automationsunterstützt ermittelt, verarbeitet, übermittelt sowie veröffentlicht werden dürfen (Art. 12 BGIBG).

Weiters sind gem. § 12 Abs. 6 GBK/GAW-Gesetz vom Senat sowohl rechtskräftige Gerichtsurteile, die Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes feststellen, als auch Gutachten der GBK (§ 11 Abs. 3) im vollen Wortlaut, jedoch in anonymisierter Form auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen kostenlos zu veröffentlichen.

Nicole Mathé

⁷

Nicole Mathé, *Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU*, in Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004, Stämpfli und Schulthess Verlag, in Druck: Beschluss 2003/578/EG des Rates vom 22.7.2003 über die Leitlinien für beschäftigungspolitische Massnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. L 197 v. 5.8.2003, 13; in seinem Beschluss 2004/740/EG vom 4.10.2004 bekräftigt der Rat diese Leitlinien des Beschlusses 2003/578/EG, ABl. L 326 v. 29.10.2004, 45.

DEUTSCHLAND

Résumé

Das deutsche Recht normiert in Art. 3 Abs. 2 **Grundgesetz** (GG) das **Gleichberechtigungsgebot von Mann und Frau**, dessen tatsächliche Durchsetzung der Staat fördern muss. Das deutsche Recht kennt eine Vielzahl unterschiedlicher und teils verstreuter Gleichstellungsvorschriften für **privatwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse (im BGB und anderen speziellen arbeitsrechtlichen Normen) und solche des öffentlichen Dienstes (Bundesgleichstellungsgesetz und Landesgleichstellungsgesetze)**.

Die gesetzlichen Regelungen zum Schutz vor Ungleichbehandlung bei der Einstellung oder beim beruflichen Aufstieg, zum Kündigungsschutz sowie Beweislastregeln und mögliche Entschädigungsansprüche sind im Wesentlichen in den §§ 611a ff BGB enthalten. Das Bundesgleichstellungsgesetz nimmt darauf z.T. Bezug. Schutz vor sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz gewährt das Beschäftigtenschutzgesetz. Eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung ist in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses verboten. Verstöße gegen das gesetzliche Verbot führen zur Nichtigkeit der darauf basierenden Rechtsgeschäfte.

Institutionen zum Schutz der Arbeitnehmer bzw. Beamten sind in der Privatwirtschaft der **Betriebsrat** und im öffentlichen Dienst die **Gleichstellungsbeauftragten**, die umfassende Auskunfts- und Beteiligungsrechte in Personalfragen innehaben und **Schlichtungsfunktionen** übernehmen.

Die Gleichstellungsbeauftragten haben zudem ein speziell geregeltes **Klagerecht**.

1. Welche Erlasse regeln die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

Die folgenden Gesetze basieren auf dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau in **Art. 3 Abs. 2 GG, wonach Männer und Frauen gleichberechtigt sind und der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt**.

Die genannten Gesetze enthalten die im Rahmen der Fragestellung des Gutachtens wesentlichen Vorschriften über die Gleichstellung zwischen Mann und Frau.⁸

Im Unterschied zum Schweizer Gleichstellungsgesetz gibt es im deutschen Recht **unterschiedliche Rechtsvorschriften für Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft und die Beschäftigten der Verwaltung und der Gerichte**.

⁸

Das Gutachten beschränkt sich auf die Darstellung der für die Fragestellung wesentlichen Rechtsvorschriften. Im deutschen Recht finden sich darüber hinaus weitere Rechtsvorschriften, die den Bereich der geschlechterbezogenen Gleichbehandlung betreffen, wie etwa Normen des Mutterschutzes oder der Elternzeit, oder Bestimmungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes die hier nicht näher dargestellt werden.

Nachbarstaaten: Deutschland

Bedeutsame Änderungen der Arbeitsgesetzgebung brachten:

- Das 1. Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz vom 13.8.1980 (BGBl. I S. 1308)
- Das 2. Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen vom 24.6.1994 (BGBl. I S. 1406)

Für die Bediensteten des öffentlichen Dienstes sind vor allem relevant:

- Das Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz ((BGleiG) vom 30.11.2001⁹
- Landesgleichstellungsgesetze betreffend die Gleichstellung im öffentlichen Dienst.¹⁰

1.1. Durch das **2. Gleichberechtigungsgesetz** vom 24.6.1994 wurden neben dem "Vorgänger" des Bundesgleichstellungsgesetzes (Frauenförderungsgesetz) die gesetzlichen Verbote der Geschlechterbenachteiligung bei der Stellenausschreibung, der Einstellung, dem beruflichen Aufstieg, der Kündigung und der Vergütung in die §§ 611 a, b, 612 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eingefügt.

Es wurde § 61 b Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) geschaffen, der in Fällen geschlechterspezifischer Benachteiligung Verfahrensregelungen enthält, weiter wurde die Rolle des Betriebsrates im Hinblick auf die Kontrolle der Gleichbehandlung gestärkt (vgl. §§ 80 Abs. 1 Ziff. 2a, 84, 85 Betriebsverfassungsgesetz ((BetrVG)) .¹¹

⁹ Im Volltext zu finden unter bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgleg/gesamt.pdf.

¹⁰ Die Darstellung beschränkt sich hier auf die einschlägigen Normen des Bundesgleichstellungsgesetzes.

¹¹ **§ 611 a Geschlechtsbezogene Benachteiligung**

(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.

(2) Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht.

(3) Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.

- 1.2. Das **Bundesgleichstellungsgesetz** ersetzt seit 2001 das Frauenförderungsgesetz und bezieht sich sowohl auf alle Mitarbeiter der öffentlich-rechtlichen Bundesverwaltung (Behörden, Ämter, Gerichte) als auch auf die privatrechtlich organisierten Einrichtungen der Bundesverwaltung. Ebenso findet es im Wege vertraglicher Vereinbarung auf institutionelle Leistungsempfänger des Bundes und mit Bundesmitteln geförderte Einrichtungen Anwendung.

Ähnliche Vorschriften enthalten die jeweiligen Landesgleichstellungsgesetze.

2. **In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar? (Kündigungsschutz, Verbandsklagerecht, Beweislastleichterungen)**

Im Folgenden sollen kurz die wesentlichen Grundsätze der relevanten Gesetze dargestellt werden. Dabei finden sich wie oben angemerkt die einzelnen Vorschriften **nicht in einem Gesetzestext** sondern sind je nach Natur des Arbeitsverhältnisses in den speziellen geschlechterbezogenen bzw. allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften des BGB und anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen (etwa BetrVG oder ArbGG) oder im Bundesgleichstellungsgesetz enthalten.

2.1. **Ausgewählte Vorschriften des BGB**

2.1.1. **Diskriminierungen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses**

Ein Arbeitgeber, der im Zuge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses etwa wegen Ablehnung der Bewerberin/des Bewerbers aus geschlechtsbezogenen Gründen gegen das Verbot der Geschlechterungleichbehandlung verstösst, macht sich gegenüber dem Bewerber **entschädigungspflichtig**. Ein Anspruch auf Einstellung besteht jedoch nicht.

(4) Ein Anspruch nach den Absätzen 2 und 3 muss innerhalb einer Frist, die mit Zugang der Ablehnung der Bewerbung beginnt, schriftlich geltend gemacht werden. Die Länge der Frist bemisst sich nach einer für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehenen Ausschlussfrist; sie beträgt mindestens zwei Monate. Ist eine solche Frist für das angestrebte Arbeitsverhältnis nicht bestimmt, so beträgt die Frist sechs Monate.

(5) Die Absätze 2 bis 4 gelten beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

§ 611 b Arbeitsplatzausschreibung

Der Arbeitgeber darf einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebs nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben, es sei denn, dass ein Fall des § 611a Abs. 1 Satz 2 vorliegt.

§ 612 Vergütung

(...)

(3) Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten. § 611a Abs. 1 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

§ 611 a (2) BGB

(2) Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht.

Wäre die Einstellung auch ohne die Ungleichbehandlung nicht erfolgt, ist die Entschädigung auf höchstens drei Monatsgehälter beschränkt.

§ 611 a (3) BGB

(3) Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.

§ 61 b ArbGG regelt die Modalitäten der gerichtlichen Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs (vgl unten unter 3).

2.1.2. Kündigungsschutz

§ 611 a Abs. 1 BGB enthält ein **gesetzliches Verbot** iSd. § 134 BGB, das Vereinbarungen oder Maßnahmen aus geschlechtsbezogenen Gründen auch bei einer Kündigung verbietet. Eine aus rein geschlechtsbezogenen Gründen ausgesprochenen Kündigung wäre damit gem. § 134 BGB nichtig.

§ 611 a (1) BGB

(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist.

2.1.3. Rachekündigungen

2.1.3.1. Allgemeine arbeitsrechtliche Vorschriften

Gem. § 84, 85 BetrVG können sich Arbeitnehmer beim Betriebsrat beschweren, wenn sie sich vom Arbeitgeber oder anderen Arbeitnehmern benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlen.

Der Schutz der Betroffenen vor eventuellen Rachekündigungen wird durch § 85 BetrVG insoweit gewährleistet, als dieser vorsieht, dass wegen der Erhebung einer Beschwerde dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen dürfen.

§ 84 BetrVG

(1) Jeder Arbeitnehmer hat das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des

Nachbarstaaten: Deutschland

Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt. Er kann ein Mitglied des Betriebsrats zur Unterstützung oder Vermittlung hinzuziehen.

(...)

(3) Wegen der Erhebung einer Beschwerde dürfen dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen.

§ 85 BetrVG

(1) Der Betriebsrat hat Beschwerden von Arbeitnehmern entgegenzunehmen und, falls er sie für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken.

(2) Bestehen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Beschwerde, so kann der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Dies gilt nicht, soweit Gegenstand der Beschwerde ein Rechtsanspruch ist.

(3) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Behandlung der Beschwerde zu unterrichten. (...)

2.1.3.2. Spezialfall sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Die Problematik ist nicht in den hier zitierten Vorschriften enthalten, sondern in einem speziellen Beschäftigtenschutzgesetz.¹² Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz wird nicht als geschlechterspezifische Diskriminierung eingeordnet, sondern als ein spezieller Fall der Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten oder ein Dienstvergehen angesehen.

Der Schutz der Betroffenen vor eventuellen Rachekündigungen wird durch § 4 Abs. 3 BeschSchG insoweit gewährleistet, als der Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzte die belästigten Beschäftigten nicht benachteiligen darf, weil diese sich gegen eine sexuelle Belästigung gewehrt und in zulässiger Weise ihre Rechte ausgeübt haben.

§ 4 (3) BeschSchG

Der Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzte darf die belästigten Beschäftigten nicht benachteiligen, weil diese sich gegen eine sexuelle Belästigung gewehrt und in zulässiger Weise ihre Rechte ausgeübt haben.

2.1.4. Beweislast

§ 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB normiert eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Arbeitnehmers. Hat der Arbeitnehmer glaubhaft gemacht, dass in seinem Fall eine geschlechterspezifische Benachteiligung in Frage kommt, **hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass die unterschiedliche Behandlung ausschliesslich durch nicht geschlechtsbezogene Gründe gerechtfertigt ist.**

§ 611 a (1) Satz 3 BGB

Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die

¹²

<http://www.bmfsfj.de/Kategorien/gesetze,did=4376.html>.

Nachbarstaaten: Deutschland

Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.

2.2. Bundesgleichstellungsgesetz

2.2.1. Das Bundesgleichstellungsgesetz nimmt in § 5 Abs. 2 BGleG im Hinblick auf Verstöße gegen die **Benachteiligungsverbote** bei Begründung eines Dienstverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg ausdrücklich auf die Vorschrift des § 611a BGB Bezug,

2.2.2. Hinsichtlich der **Aus- und Fortbildung** enthalten die §§ 9 und 10 weitere spezifische Benachteiligungsverbote im Hinblick auf die Qualifikation zur angebotenen Stelle und Vorgaben für die vergleichende Bewertung weiblicher Bewerber (zB. keine Berücksichtigung von Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit, eventueller Arbeitszeitreduzierungen, Kinderbetreuungsbelastung usw.)

3. Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierung

3.1. Nichtigkeit bestimmter Rechtshandlungen

Ein Verstoß gegen das gesetzliche Verbot der Ungleichbehandlung aus geschlechtsspezifischen Gründen, etwa bei einer Kündigung oder in Arbeitsverträgen führt gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts (dies jedoch nur im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis des benachteiligten Arbeitnehmers, nicht des bevorzugten).

3.2. Entschädigungsanspruch nach dem BGB

Sofern ein Bewerber bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder beim beruflichen Aufstieg aus geschlechterspezifischen Gründen benachteiligt wurde, kann er innerhalb einer Frist von mindestens zwei und höchstens sechs Monaten vom (potentiellen) Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung verlangen.

Allerdings besteht kein Anspruch darauf, tatsächlich den gewünschten Arbeitsplatz zu erhalten.

§ 611 a (2)-(5) BGB

(2) Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht.

(3) Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeits-

Nachbarstaaten: Deutschland

verhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.

(4) Ein Anspruch nach den Absätzen 2 und 3 muss innerhalb einer Frist, die mit Zugang der Ablehnung der Bewerbung beginnt, schriftlich geltend gemacht werden. Die Länge der Frist bemisst sich nach einer für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehenen Ausschlussfrist; sie beträgt mindestens zwei Monate. Ist eine solche Frist für das angestrebte Arbeitsverhältnis nicht bestimmt, so beträgt die Frist sechs Monate.

(5) Die Absätze 2 bis 4 gelten beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

Eine Klage auf Entschädigung ist innerhalb von drei Monaten nach schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs zu erheben. Bei mehreren Klägern ist das zuerst angerufene Arbeitsgericht auch für die Entscheidung über die weiteren Entschädigungsforderungen ausschliesslich zuständig, § 61b ArbGG.

3.3. Arbeitsrechtliche Massnahmen

Bei sexueller Belästigung hat der Arbeitgeber gegenüber die im Einzelfall angemessenen arbeitsrechtlichen Massnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Ergreift der Arbeitgeber keine oder ungeeignete Massnahmen zur Verhinderung der Belästigung nicht, haben die Betroffenen ein Leistungsverweigerungsrecht, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist.

3.4. Bundesgleichstellungsgesetz

Gem. § 5 (2) BGleG gilt wie oben angemerkt bei Verstößen der Dienststelle gegen die Benachteiligungsverbote bei Begründung eines Dienstverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg § 611 a BGB entsprechend für Beamtinnen und Beamte sowie für Frauen und Männer, die sich für eine solche Tätigkeit bewerben.

4. Schlichtungsverfahren

4.1. Privatwirtschaft

4.1.1. Betriebsinterne Streitschlichtung

Eine Schlichtungsfunktion übernimmt in der Privatwirtschaft in Unternehmen mit mindestens fünf ständigen Arbeitnehmern der **Betriebsrat**, dem ausdrücklich die Aufgabe zukommt, die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere bei der Einstellung, Beschäftigung aus- Fort und Weiterbildung und dem beruflichen Aufstieg zu fördern und Beschwerden entgegenzunehmen, wen sich Arbeitnehmer ungerecht behandelt fühlen. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber kann eine betriebs- bzw. konzerninterne Einigungsstelle angerufen werden (§ 85 Abs. 2 Satz 1 und 2).

4.1.2. Arbeitsgerichtliches Güteverfahren

Im Arbeitsgerichtsprozess ist gem. § 54 ArbGG ein vorangehendes Güteverfahren obligatorisch. Dies gilt für alle Arbeitsgerichtsprozesse, nicht nur für die wegen geschlechtsbezogener Ungleichbehandlung eingeleiteten Verfahren.

4.2. Bundesgleichstellungsgesetz

Das Bundesgleichstellungsgesetz schreibt ein internes **Schlichtungsverfahren** vor. Bei Verstößen gegen den Gleichstellungsplan bzw. gegen Gleichbehandlungsvorschriften hat die Gleichstellungsbeauftragte gem. § 21 BGleiG zunächst ein Einspruchsrecht. Sofern ihr Einspruch zurückgewiesen wird, kommt es zu einem obligatorischen aussergerichtlichen Einigungsversuch (§ 22 BGleiG). Erst wenn dieser erfolglos ist, kann die Gleichstellungsbeauftragte Klage zum Verwaltungsgericht erheben, die sie allerdings darauf zu stützen hat, dass ihre (eigenen) Rechte verletzt wurden.

§ 22 Gerichtliches Verfahren; außergerichtliche Einigung

(1) Bleibt der Einspruch erfolglos, kann die Gleichstellungsbeauftragte das Verwaltungsgericht anrufen, wenn ein nochmaliger Versuch, außergerichtlich zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen, gescheitert ist. Das Gericht ist innerhalb eines Monats nach schriftlicher Feststellung des Scheiterns des außergerichtlichen Einigungsversuchs anzurufen. Die schriftliche Feststellung kann durch die Gleichstellungsbeauftragte oder die Dienststelle getroffen werden. Die Anrufung hat keine aufschiebende Wirkung.

(2) Ist über den Einspruch ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden, so ist die Anrufung abweichend vom Absatz 1 zulässig. § 75 Satz 2 bis 4 der Verwaltungsgerichtsordnung gelten entsprechend.

(3) Die Anrufung des Gerichts kann nur darauf gestützt werden,

1. dass die Dienststelle Rechte der Gleichstellungsbeauftragten verletzt hat;
2. dass die Dienststelle einen den Vorschriften dieses Gesetzes nicht entsprechenden Gleichstellungsplan

aufgestellt hat.

(4) Die Dienststelle trägt die der Gleichstellungsbeauftragten entstehenden Kosten.

5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?

Vgl. dazu Punkt 4. Die einschlägigen Vorschriften enthalten keine spezielle Regelung bezüglich der (nicht-betriebsinternen) Mediation (zu den Vorschriften über die Anrufung der betrieblichen Einigungsstelle oder des Schlichtungsversuchs durch die Gleichstellungsbeauftragte siehe oben unter 4)

6. Gesetzlich vorgesehene Institutionen im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen

6.1. Öffentlicher Dienst

6.1.1. Gleichstellungsbeauftragte (unmittelbare und mittelbare Bundesverwaltung, Gerichte des Bundes)

Im Öffentlichen Dienst ist gem. § 16 BGleiG in jeder Dienststelle mit regelmässig mindestens 100 Beschäftigten eine eigene oder bei kleineren Dienststellen eine gemeinsame Gleichstellungsbeauftragte zu wählen, der die Aufgabe zukommt, **weisungsfrei** den Vollzug des BGleiG sowie des Beschäftigtenschutzgesetzes in der Dienststelle zu fördern und zu überwachen. Sie wirkt bei allen Personalangelegenheiten sowie allen sonstigen personellen, organisatorischen und sozialen Maßnahmen ihrer Dienststelle mit, die die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit sowie den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz betreffen (§ 19 BGleiG).

Sie ist **umfassend zu unterrichten** und ihr ist an allen Entscheidungsprozessen zu personellen, organisatorischen und sozialen Angelegenheiten, insbesondere in Personalangelegenheiten, eine **aktive Beteiligungsmöglichkeit** einzuräumen.

Die Gleichstellungsbeauftragten der jeweiligen Dienststellen kooperieren mit den Beauftragten der höherangigen Dienststellen.

Bei Verstössen gegen den Gleichstellungsplan bzw. gegen Gleichbehandlungsvorschriften hat die Gleichstellungsbeauftragte gem. § 21 BGleiG ein **Einspruchsrecht**. Sofern ihr Einspruch zurückgewiesen wird, kommt es zu einem **obligatorischen aussergerichtlichen Einigungsversuch** (§ 22 BGleiG, vgl. oben unter 4), ist dieser erfolglos, kann die Gleichstellungsbeauftragte Klage zum Verwaltungsgericht erheben. Dabei gelten hinsichtlich des Einspruchsverfahrens und der Klagemöglichkeit abgesehen von dem ausdrücklich vorgesehenen Schlichtungsversuch weitgehend ähnliche Vorschriften wie im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Die Klage hat sich allerdings auf Verletzung **von Rechten der Gleichstellungsbeauftragten selbst oder die Nichtkonformität des Gleichstellungsplans mit dem BGleiG** zu beziehen.

Die Gleichstellungsbeauftragte wird zur ordnungsgemässen Durchführbarkeit ihrer Aufgaben von ihren anderweitigen Tätigkeiten in der Personalverwaltung entlastet, je nach Anzahl der Beschäftigten, für die sie verantwortlich ist in Höhe der Hälfte bis zur vollen regelmässigen Arbeitszeit. Ihr wird die notwendige räumliche sachliche und personelle Ausstattung zur Verfügung gestellt **und ein monatlicher Verfügungsfonds gewährt**, der sich nach der Verordnung über die Höhe der Aufwandsentschädigung für vom Dienst freigestellte Personalvertretungsmitglieder richtet.

6.1.2. Ebene der Länder und Kommunen; Hochschulen

Ein vergleichbares System wie auf Bundesebene existiert auch für die Gleichstellungsbeauftragten an den Landesbehörden und ebenso auf kommunaler Ebene. Auch an den Hochschulen werden Gleichstellungsbeauftragte gewählt.

6.2. Privatwirtschaft

In der Privatwirtschaft kommt dem **Betriebsrat** eine ähnliche Kontrollfunktion zu.

Er fördert die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern bei Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung (§ § 70 Abs. 1a BetrVG, § 80 Abs. 1 Ziff. 2a BetrVG). Die Arbeitnehmer haben gem. § 84 BetrVG ein Beschwerderecht, wenn sie sich vom Arbeitgeber oder anderen Arbeitnehmern benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlen. Der Betriebsrat hat diese Beschwerden entgegenzunehmen und auf Abhilfe einzuwirken. Bei Meinungsverschiedenheiten ist eine Einigungsstelle anzurufen (vgl. oben unter 4).

7. Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren

7.1. Betriebliche Einigungsstelle

Gem. § 76 a BetrVG trägt der Arbeitgeber die Kosten der Einigungsstelle.

7.2. Gleichstellungsbeauftragte

§ 22 Abs. 4 BGleiG enthält eine Kostentragungsregelung. Danach trägt die jeweilige Dienststelle die der Gleichstellungsbeauftragten im Rahmen eines Schlichtungs- bzw. eines gerichtlichen Verfahrens entstehenden Kosten.

8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen?

Die genannten gesetzlichen Vorschriften enthalten selbst keine speziellen Anreize zur Förderung der Gleichstellung. Die Verwirklichung der Chancengleichheit gilt als ein generelles **Leitprinzip** und übergreifendes Politikziel sowie Querschnittsaufgabe in allen Bereichen der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik.. § 2 BGleiG normiert ausdrücklich die Pflicht eines jeden Beschäftigten der Bundesverwaltung, auch der Vorgesetzten und Beschäftigten mit Leitungsfunktion, in allen Aufgabenbereichen die Gleichstellung von Männern und Frauen zu berücksichtigen. Vorbildhafte Gleichstellungsmassnahmen werden in einem Erfahrungsbericht ausdrücklich hervorgehoben, der gem. § 25 BGleiG seitens der Bundesregierung alle vier Jahre dem Bundestag vorgelegt wird.

Gleichstellungsfördernde Anreize finanzieller Art werden z.B. durch von Fonds zu diesen Zwecken zur Verfügung gestellte Gelder gesetzt. Im Rahmen des **Europäischen Strukturfonds** bzw. des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) werden etwa im Rahmen unternehmensspezifischer Fördermaßnahmen positive Anreize für Unternehmen geschaffen, die eine aktive Frauenförderung realisieren, Ebenso gibt es spezifische Beratungsangebote für Unternehmerinnen. Rund 475 Millionen Euro stehen in den Jahren 2000 bis 2006 aus dem Europäischen Strukturfonds (ESF), für spezifische Frauenmaßnahmen zur Verfügung.

Frauen sollen danach in allen Maßnahmen mindestens entsprechend ihrem Anteil an den Arbeitslosen berücksichtigt und Qualifizierungs- und Beschäftigungsmaßnahmen, zum Beispiel für Berufsrückkehrerinnen, allein erziehende Frauen und ältere Arbeitnehmerinnen, bereitgestellt werden.

9. Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz

9.1. Gem. § 80 BetrVG kann der **Betriebsrat** jederzeit verlangen, die erforderlichen **Auskünfte und Unterlagen** zu erhalten, die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendig sind. Er erhält Einblick in die Listen über Bruttolöhne und –gehälter und kann sich sachkundiger Arbeitnehmer als Auskunftspersonen bedienen.

9.2. Ebenso ist die **Gleichstellungsbeauftragte** gem. § 20 BGleG zur Durchführung ihrer Aufgaben **unverzüglich und umfassend zu unterrichten**. Sie erhält frühestmöglich alle notwendigen Unterlagen, zB. Bewerbungsunterlagen und ihr ist auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Sie hat ein Einsichtsrecht in alle entscheidungsrelevanten Teile der Personalakten und soll an allen Entscheidungsprozessen zu personellen, organisatorischen oder sozialen Angelegenheiten aktiv beteiligt werden. Sie ist weiter berechtigt, zur Klärung grundsätzlicher Fragen die Auskünfte des zuständigen Bundesministeriums einzuholen, hier bedarf jedoch die Übermittlung personenbezogener Daten der Einwilligung des jeweiligen Betroffenen.

Der im öffentlichen Dienst gem. § 11 BGleG zu erstellende **Gleichstellungsplan** ist gem. § 11 Abs. 5 BGleG in der Dienststelle **zu veröffentlichen**.

Das Bundesgleichstellungsgesetz enthält zudem in § 24 BGleG eine Verpflichtung der jeweiligen Dienststelle zur **statistischen Erfassung** der Zahl der männlichen und weiblichen Beschäftigten, Bewerber, Beförderten sowie deren Beurteilungen. Diese Angaben sind jährlich an die oberste Bundesbehörde zu übermitteln. Alle vier Jahre legt die Bundesregierung dem Bundestag einen Erfahrungsbericht vor und hebt darin insbesondere vorbildhafte Gleichstellungsmassnahmen einzelner Dienststellen hervor.

FRANCE

Résumé

L'égalité de traitement entre les femmes et les hommes est posée en droit français au plus haut niveau puisqu'elle est consacrée par la **Constitution**. Les dispositions légales visant à la mettre en œuvre sont rassemblées dans le **Code du travail**. Elles résultent pour la plupart de la **loi fondatrice n°83-635 du 13 juillet 1983** telle que complétée et modifiée par la **loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001**.

A l'instar de la loi fédérale suisse sur l'égalité entre les femmes et les hommes du 24 mars 1995, la loi française pose un principe général de **prohibition de la discrimination fondée sur le sexe**. Ainsi qu'il en va pour le harcèlement sexuel, les atteintes au principe de non discrimination sont sanctionnées tant sur le plan pénal que disciplinaire. Au plan civil, les actes entachés de discrimination sont nuls.

La loi organise également un **allègement de la charge de la preuve** au bénéfice de la personne alléguant d'une discrimination.

Si la loi prévoit que les associations de protection ainsi que les syndicats aient un accès facilité à la justice, elle se montre moins favorable dans le domaine des modes alternatifs de résolution des litiges: **aucune procédure spéciale de médiation ou conciliation** n'est mise en place dans le domaine des relations individuelles de travail. De même, aucun système visant à alléger, au bénéfice de la victime, la charge financière de la procédure judiciaire n'est envisagée.

Par ailleurs, la loi cherche à encourager les employeurs à respecter le principe de l'égalité de traitement en offrant la possibilité aux entreprises les plus à la pointe de bénéficier d'une **aide financière étatique**.

Enfin, la loi organise un **système assez complet d'information** dans le domaine de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes.

1. Quelles dispositions règlent en France la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

Le principe de la non-discrimination entre les hommes et les femmes est posé en droit interne au niveau constitutionnel. En effet, la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie expressément le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 affirme: "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme".

La plupart des dispositions légales visant à garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ont été intégrées dans le Code du travail, tant dans la partie législative que dans la partie réglementaire. Ces dispositions, qui résultent pour la plupart de la loi fondatrice n°83-635 du 13 juillet 1983, ont pour beaucoup été modifiées et complétées par la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 qui

transpose les directives communautaires du 29 juin 2000 et du 27 novembre 2000. Cette intervention législative était d'autant plus nécessaire qu'il ne semble pas que jusqu'à cette date les acteurs de l'entreprise (tant les employeurs que les représentants des intérêts du personnel) se soient montrés particulièrement empressés à garantir l'effectivité de la non discrimination¹³.

L'intervention du législateur en 2001 visait à améliorer les mécanismes de prévention et de traitement des discriminations. A cet effet, il a notamment imposé des obligations de négociation, tant au niveau de l'entreprise que de la branche, entre les acteurs sociaux sur la question de la discrimination entre les hommes et les femmes. Cette loi a également mis en place un système de répartition de la charge de la preuve plus favorable à la personne alléguant une discrimination¹⁴. Elle reconnaît aussi aux syndicats un large accès aux tribunaux en cas d'atteinte au principe de non discrimination. Enfin, la loi de 2001 a harmonisé le régime applicable en matière de travail de nuit, de façon à ce qu'il soit identique pour les hommes et les femmes.

D'autre part, il semble que la France ait été relativement en avance par rapport aux autres pays de l'Union Européenne dans le domaine de la sanction du harcèlement sexuel; elle a en a organisé la sanction dès 1992 dans un article du Code du travail (L122-46). La définition de l'infraction a été modifiée par la loi du 17 janvier 2002 relative à la protection des salariés victimes de harcèlement moral: celui-ci n'est plus, depuis lors, considéré comme un abus d'autorité mais comme une infraction autonome.

Ce tour d'horizon des changements intervenus depuis le début des années 90 effectué, nous allons énumérer les principales dispositions du Code du travail applicables en matière de discrimination entre les sexes:

- Dans le livre premier sur les conventions relatives au travail:
 - La section 7 du chapitre 2 du titre 2 "*Du contrat de travail*" traite des discriminations (L122-45 à L122-45-3)
 - La section 8 chapitre 2 du titre 2 "*Du contrat de travail*" traite du harcèlement (L122-46 à L122-54)
 - Le chapitre 3 du titre 2 "*Du contrat de travail*" traite de "*l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*" (L123-1 à L123-7; R123-1; D123-1 à D123-5)
 - Le chapitre préliminaire du titre 4 "*Salaire*" est relatif à "*l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes*" (L140-2 à L140-9; R140-1 à R140-2).
- Dans le livre troisième sur le placement et l'emploi:
 - L'article L132-12, al. 2 prévoit une obligation de négociation au niveau des branches tous les trois ans sur la question de l'égalité hommes-femmes. Cette négociation est basée sur un rapport mettant en lumière

¹³ Voir MOREAU M.-A., "Changes in French labor law between 1992 and 2003", disponible sur: http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_france.pdf.

¹⁴ Voir *infra*, question 2.

les différences de traitement entre les hommes et les femmes¹⁵. Cette négociation est également obligatoire au niveau de l'entreprise (art. L132-27 al. 4) et se fait sur la base du rapport prévu à l'article L432-3-1 remis par le Chef d'entreprise au comité d'entreprise et portant sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des hommes et des femmes dans l'entreprise.

- Le titre 3 relatif au conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (L330-1 à L330-2; R331-1 à R331-7; D330-1).
- Dans le livre quatrième relatif aux groupements professionnels, à la représentation des salariés, à l'intéressement, la participation et aux plans d'épargne salariale:
 - L'article L432-3-1 porte obligation pour le chef d'entreprise de communiquer tous les ans au comité d'entreprise un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des hommes et des femmes dans l'entreprise.
 - L'article D432-1 précise le contenu du rapport que doit communiquer le chef d'entreprise au comité d'entreprise.

Par ailleurs, **le Code pénal incrimine la discrimination fondée sur le sexe ainsi que le harcèlement sexuel** (articles 225-1 et 222-33).

2. Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?

a) Sur la protection contre les discriminations en général et le licenciement en particulier:

A l'instar de l'article 3 de la loi fédérale suisse sur l'égalité entre les femmes et les hommes du 24 mars 1995 (Leg), **les articles L122-45 et L123-1 du Code du travail posent un principe général de prohibition de la discrimination fondée sur le sexe**. L'article L122-45 dispose qu'aucune personne ne doit être écartée d' *"une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de pro-*

¹⁵

"Les organisations (...) se réunissent pour négocier tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées. La négociation porte notamment sur les points suivants:

- les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle;
- les conditions de travail et d'emploi.

La négociation sur l'égalité professionnelle se déroule sur la base d'un rapport présentant la situation comparée des hommes et des femmes dans ces domaines et sur la base d'indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité."

motion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...) de son sexe (...)". Le dernier alinéa de l'article précise: "*Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit*". **La loi organise donc une protection particulière en matière de discrimination, notamment lorsqu'elle a pris la forme d'un licenciement, puisque celui-ci est nul de plein droit.**

L'article L123-1 dispose que **nul ne peut** (sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle):

- "a) **Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi**, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, **le sexe** ou la situation de famille **du candidat** recherché;
- b) **refuser d'embaucher** une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié **en considération du sexe** ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille;
- c) **Prendre en considération du sexe, toute mesure**, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation"

L'article L140-2 renforce cette disposition dans le domaine de la rémunération en précisant que tout **employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.**

b) Sur l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination

Le droit français prévoit un allègement de la charge de la preuve comparable à celui prévu à l'article 6 de la Leg en matière de discrimination à l'embauche ou en cours d'emploi: le Code du travail dispose qu'en cas de litige, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, un stage ou une période de formation en entreprise doit présenter des éléments de fait *laissant supposer l'existence d'une discrimination*. Cette preuve apportée, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination (articles L122-45 al. 4 et L123-1, dernier alinéa).

c) Sur le harcèlement sexuel

L'article 4 de la Leg vise le cas particulier du harcèlement sexuel. **Le droit français sanctionne le harcèlement sexuel au niveau pénal et au niveau disciplinaire.**

L'article 222-33 du Code pénal, tel que résultant de loi n°2002-73, prévoit que le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le Code du travail renforce la condamnation du harcèlement sexuel en prévoyant des sanctions disciplinaires: l'article L122-46 du Code du travail prévoit ainsi qu'aucun salarié ou candidat ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir subi

ou refusé de subir des agissements de harcèlement dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. La sanction disciplinaire revient au chef d'entreprise, lequel échappe par là même à la mesure (C. trav., art. L122-47).

d) Sur l'action associationnelle

L'article 7 de la Leg organise **une action associationnelle** au bénéfice des associations constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs. **Le Code de procédure pénale français organise une action associationnelle visant à lutter contre les discriminations sexuelles; il prévoit ainsi que toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant dans ses statuts de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en matière de discrimination** (art. 2-6 du Code de procédure pénale)¹⁶.

Le droit commun de l'action associationnelle est également applicable. Au regard de ce dernier, les actions des associations en raison d'une atteinte aux intérêts de leurs membres sont assez favorablement accueillies devant les juridictions civiles. Selon la formule classique de la Cour de cassation, l'association *"peut faire à titre collectif, ce que chacun de ses membres peut faire à titre individuel"*¹⁷.

La condition essentielle pour la recevabilité de cette action est que l'objet de l'association soit la défense de la somme des intérêts individuels de ses membres. Il faut ensuite que le préjudice dont elle demande réparation soit commun à l'ensemble de ses membres et qu'il résulte d'une atteinte à l'intérêt collectif qu'elle s'est donné pour mission de défendre¹⁸.

Afin, les juridictions administratives accueillent assez favorablement les actions associationnelles pour la défense d'intérêts altruistes. Le principe est qu'une association défendant des intérêts généraux peut demander l'annulation d'un règlement ou d'une mesure individuelle positive autre qu'un acte de gouvernement, dès lors qu'ils sont en rapport avec sa spécialité¹⁹. L'association doit respecter les limites de son objet; elle ne peut déférer au juge que des actes rentrant dans le champ des intérêts dont elle a la charge.

On doit souligner que le droit français ne donne pas seulement la possibilité d'agir en justice aux associations: les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise le peuvent également. Elles peuvent exercer en justice toutes les actions, civiles ou pénales, qui naissent de la violation du principe d'égalité de traitement et de rémunération entre les femmes et les hommes (art.

¹⁶ Organisées par les articles 432-7 et 225-2 du Code pénal.

¹⁷ Cass. Civ., 3 juill. 1918: *D.P.*, 1918, 1, 52; Cass. Civ., 25 nov. 1929, *Gaz. Pal.*, 1930.1.29.

¹⁸ Voir L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, p. 90; MM. MACQUERON, GATUMEL, DE GUIBERT, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Associations, fondations, congrégations*, 2004/2005, n°930, p.190.

¹⁹ CE, 10 juin 1994, ass., *Fédération nationale des accidents du travail et des handicapés et a., Lebon*, p. 296.

L123-6 du Code du travail). Elles n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention.

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

Trois types de sanctions sont envisageables: les sanctions pénales, civiles et disciplinaires.

a) Sanctions pénales

La discrimination figure dans le Code pénal dans le chapitre V du livre II consacré aux atteintes à la dignité de la personne. La rédaction de l'article 225-1 du Code pénal donne une définition claire de la discrimination:

"Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques en raison de leur origine, de leur sexe (...) de leurs mœurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée".

Celle-ci est réprimée lorsqu'elle intervient aux conditions définies par l'article 225-2, notamment lorsqu'elle consiste à *"refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne"* (C. pén., art. 225-2,3°).

La peine est fixée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

L'article L152-1-1 du Code du travail sanctionne toute infraction à l'article L123-1 relatif à l'égalité professionnelle, d'un emprisonnement d'un an et/ou une amende de 3750 euros.

b) Sanctions civiles

Au plan civil, la discrimination entre les femmes et les hommes est sanctionnée par **la nullité**. Est nulle de plein droit, toute clause réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à un ou des salariés en considération du sexe, insérée dans une convention collective, un accord collectif ou un contrat de travail, sauf s'il s'agit de dispositions liées à la grossesse et à la maternité ou à un plan pour l'égalité professionnelle dans l'entreprise²⁰. Plus particulièrement, lorsque la rémunération accordée à des travailleurs de l'un des deux sexes est inférieure à celle accordée aux travailleurs de l'autre sexe pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, la clause fixant cette rémunération est nulle de plein droit. La rémunération plus élevée

²⁰ Article L122-45 du Code du travail. Voir également Juris-classeur *Droit du travail*, fasci. 9-10 "Femmes", n°25.

dont bénéficient ces derniers travailleurs lui est substituée de plein droit (C. trav., art. L140-4).

La loi précise qu'est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié fondé sur son sexe (art. L122-45). Il en va de même *a fortiori* en cas de licenciement faisant suite à une action en justice engagée par le salarié et fondée sur le non-respect de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes: s'il est établi que ce licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et qu'il constitue en réalité une mesure de rétorsion, "**la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi**" (C. trav., art. L123-5).

La victime d'une discrimination fondée sur le sexe peut solliciter la condamnation du fautif au paiement de **dommages-intérêts** destinés à réparer le préjudice subi. La violation de l'interdiction de discrimination caractérise en soit une faute qui justifie l'engagement de la responsabilité de son auteur²¹, quelle que soit la forme juridique sous laquelle il déploie son activité, sans qu'il puisse être tenu compte des causes d'exonération prévues par le droit national.

c) Sanctions disciplinaires

Le harcèlement sexuel peut être sanctionné disciplinairement par le chef d'entreprise (C. trav., art L122-47).

4. Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences?

Les procédures de conciliations et de médiations sont surtout organisées dans le domaine des conflits collectifs de travail. Il n'existe pas de procédures spécifiques en matière de conflits interindividuels. Les règles de droit commun sont donc applicables.

5. La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?

Non.

²¹ CJCE, 22 avr. 1997, aff. C 180/95: Rec. CJCE, p. 2195.

6. **La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?**

Oui.

Deux types d'interventions sont possibles: celles des inspecteurs du travail et celles des organisations syndicales représentatives.

Les inspecteurs du travail. L'article R140-1 du Code du travail prévoit que les inspecteurs du travail et les inspecteurs des lois sociales en agriculture peuvent se faire communiquer les éléments de détermination des salaires et procéder à une enquête contradictoire.

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions, civiles ou pénales qui naissent de la violation du principe d'égalité de traitement et de rémunération entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L.123-6). Elles n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention.

Nous n'avons pas d'informations sur la part du budget des institutions visées consacrée à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes ni sur l'étendue de leurs ressources.

7. **Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vue de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?**

Le demandeur doit prendre en charge ses frais de procédure. En France, la partie perdante est souvent condamnée à payer les dépenses, à savoir les frais de procédure et d'avocat de l'autre partie.

8. **Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?**

Oui.

Les employeurs qui mettent en œuvre dans leurs entreprises ou établissements des mesures particulières touchant à l'emploi et au travail des femmes (actions de formation, de promotion, d'organisation du travail) **peuvent bénéficier d'une aide de l'Etat**. Cette aide est subordonnée, soit à la conclusion préalable d'un contrat pour l'égalité professionnelle dans l'entreprise passé entre l'Etat et l'employeur, soit à la

conclusion d'un plan pour l'égalité professionnelle dans les conditions définies à l'article L123-4 du Code du travail²².

L'article L322-1 du Code du travail prévoit que les aides du Fonds national de l'emploi peuvent être utilisées afin de contribuer à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

Oui.

Tout d'abord, **les textes des dispositions relatives à l'égalité professionnelle** (C. trav., art. L. 123-7) et à **l'égalité de salaires** (C. trav., art. L140-7) doivent être **affichés** dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou sur la porte des locaux où se fait l'embauche.

Ensuite, la loi impose, chaque année, au **chef d'entreprise**, la présentation pour avis au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, d'un **rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise** (C. trav., art. L432-3-1). Ce rapport doit comporter une analyse chiffrée permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération effective. Il permet de faire le point entre l'action passée et les mesures à prendre dans l'avenir. Ainsi doivent être recensées dans ce rapport, les mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle ainsi que les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût. Les délégués syndicaux, précise la loi, reçoivent communication du rapport dans les mêmes conditions que les membres du comité d'entreprise. Le rapport, modifié le cas échéant pour tenir compte de l'avis du comité d'entreprise, est transmis à l'inspecteur du travail accompagné dudit avis dans les quinze jours qui suivent. Il est mis à la disposition de tout salarié qui en fait la demande²³.

Isabelle Veillard

²² Ce plan est négocié, au vu du rapport annuel sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise, avec les délégués syndicaux dans les conditions fixées pour la conclusion des conventions et accords collectifs d'entreprise.

²³ Juris-classeur *Droit du travail*, fasci. 9-10 "Femmes".

ITALIE

Résumé

A partir de 1987, trois lois principales ont été élaborées en Italie pour la mise en œuvre du principe de parité entre hommes et femmes dans le milieu du travail, prévu par la **Constitution** de 1948. La définition de discrimination qui y est contenue, analogue à celle que la **loi fédérale sur la parité des sexes** fait sienne, est très ample. Elle comprend entre autres l'accès au travail, la rémunération, la progression de carrière, la formation, ainsi que, bien que cela ne soit pas explicité, les cas d'harcèlement sexuel. Les discriminations indirectes sont aussi expressément visées par la loi.

La charge de la preuve de la discrimination est allégée pour l'employé. Tout licenciement dans la période de la maternité est nul et donne lieu à une amende. La procédure pour faire déclarer la discrimination s'ouvre avec une tentative de **conciliation** qui est, semble-t-il, **facultative**. Cette tentative peut être effectuée par le "**Conseiller de la parité**", institution à la dépendance, aussi financière, du Ministère du travail, pourvue du statut d'officier public, chargée de veiller à la mise en œuvre de la directive de non discrimination. Le "Conseiller de la parité" peut également intenter une action dans l'intérêt général, dite "action publique". Il peut en outre, avant l'ouverture d'une action judiciaire, convenir avec l'employeur d'un plan d'élimination des effets discriminatoires.

La **sanction** de la discrimination est constituée par l'ordre enjoint à l'employeur de cesser le comportement discriminatoire et de s'exécuter d'un plan d'élimination de ses effets, imparti par le juge, sur le fondement le cas échéant des propositions de l'employeur lui-même. En l'absence de dispositions particulières à cet égard, cette règle permet de rendre inefficaces les licenciements, les mutations, les promotions manquées et d'autres mesures prises à la suite d'harcèlement sexuel à l'encontre de l'employé. La non-observation du plan est pénalement réprimée.

Une autre institution d'appui est le "**Comité national pour la parité**", aux multiples fonctions, essentiellement consultatives. La loi prévoit certaines formes de **financement pour la promotion d' "actions positives" pour la mise en œuvre de la parité**. Dans le secteur public, ces actions positives sont obligatoires pour les employeurs. Tous les deux ans, les entreprises publiques et privées doivent rendre un **rapport** contenant des données sur la situation des hommes et des femmes dans le milieu du travail.

1. Quelles dispositions règlent la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

La disciplina del lavoro femminile, per quanto riguarda in particolare l'attuazione della direttiva della **parità uomo-donna**, è in Italia assai complessa. In linea di massima, i principali interventi legislativi a partire dal 1987 sono stati i seguenti:

- **L. 10 aprile 1991, n. 125** in tema di "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro";
- **L. 8 marzo 2000 n. 53** sui "congedi parentali";

- **D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151**, contenente il "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità".

Va comunque tenuta presente altresì la

- **Legge 9 dicembre 1977, n. 903** sulla "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro", cui gli strumenti legislativi sopramenzionati non di rado rimandano.

Infine, vi è da ricordare che la Costituzione prevede, al primo comma dell'art. 37, il **principio paritario**, secondo cui **"la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore"**, ribadendo d'altro canto che "le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale, adeguata protezione".

2. **Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?**

2.1. Formulazione del divieto di discriminazione

L'art. 3 del d.lgs. 151/2001 ha una **formulazione simile** all'art 3 della **Legge federale sulla parità dei sessi del 24 marzo 1995**: esso, rubricato "divieto di discriminazione", recita in effetti:

1. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'**accesso** al lavoro indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, **a tutti i livelli della gerarchia professionale**, attuata attraverso il riferimento allo **stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza**, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.
2. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le iniziative in **materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale**, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 1 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.
3. È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda la **retribuzione, la classificazione professionale, l'attribuzione di qualifiche e mansioni e la progressione nella carriera**, secondo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Le disposizioni della legge 903/1977 citate dispongono quanto segue:

- Art. 1.** 1. E' vietata qualsiasi discriminazione fondata **sul sesso** per quanto riguarda l'**accesso al lavoro**, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.
2. La discriminazione di cui al comma precedente è vietata anche se attuata:

Nachbarstaaten: Italien

- 1) attraverso il riferimento allo **stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza**;
- 2) in modo indiretto, attraverso **meccanismi di preselezione** ovvero a **mezzo stampa** o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.
3. Il divieto di cui ai commi precedenti si applica anche alle iniziative in **materia di orientamento, formazione, perfezionamento, e aggiornamento professionale**, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti.
4. Eventuali deroghe alle disposizioni che precedono sono ammesse soltanto per mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva.
5. Non costituisce discriminazione condizionare all'appartenenza ad un determinato sesso l'assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro o della prestazione.

Art. 2. La lavoratrice ha diritto alla **stessa retribuzione del lavoratore** quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore. I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne.

Art. 3. **E' vietata qualsiasi discriminazione fra uomini e donne** per quanto riguarda l'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e la progressione nella carriera.

Art. 4. 1. Costituisce **discriminazione** ai sensi della legge 9 dicembre 1977 n. 903 qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso.

2. Costituisce **discriminazione indiretta** ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno dell'altro sesso e riguardano requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Le **molestie sessuali**, danneggiando la salute della donna, ed incidendo sulla qualità della prestazione, ostacolano la partecipazione al lavoro ed impediscono il godimento di pari opportunità; si è quindi, si ritiene, in presenza di una **forma di discriminazione sessuale**, nei confronti della quale possono farsi valere gli strumenti e le tecniche approntate dalla legge 903/1977 e dalla legge 125/1991 (v. *infra*, risposta alle domande 3, 4-5).

2.2. Il divieto di licenziamento

Per quanto riguarda il **divieto di licenziamento**, viene in considerazione essenzialmente l'art. **54** del d.lgs. 151/2001, il quale dispone quanto segue:

1. Le lavoratrici non possono essere licenziate **dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro (...), nonché fino al compimento di un anno di età del bambino.**
2. Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano.

Nachbarstaaten: Italien

3. Il divieto di licenziamento **non** si applica nel caso:

- a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;
- b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;
- c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;
- d) di esito negativo della prova (...).

4. Durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento, **la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro**, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale. La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo (...).

5. Il licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, è **nullo**.

6. È altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore.

7. In caso di fruizione del congedo di paternità (...) il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino. Si applicano le disposizioni del presente articolo, commi 3, 4 e 5.

8. L'inosservanza delle disposizioni contenute nel presente articolo è **punita con la sanzione amministrativa da lire due milioni a lire cinque milioni** (...)

9. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche in caso di adozione e di affidamento. Il divieto di licenziamento si applica fino a un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, in caso di fruizione del congedo di maternità e di paternità.

Se il **licenziamento** ha luogo a seguito di **molestie sessuali**, in mancanza di una disposizione *ad hoc*, la sanzione è ancora una volta la **nullità**: ciò nel contesto dell'**eliminazione degli effetti discriminatori** di quegli atti o comportamenti che trovano causa nelle molestie o nei connessi ricatti, quali, appunto, i **licenziamenti** (v. *infra*, risposta 3.2 e 4-5). Il **risarcimento del danno** è pure possibile, secondo le norme del **codice civile**, in mancanza di una disposizione specifica.

2.3. Possibilità di intentare un'azione nell'interesse generale

Per quanto riguarda la possibilità per le associazioni collettive di intentare **un'azione in nome dell'interesse generale**, viene in considerazione il comma 6 dell'art. 4 della legge 125 del 10 aprile 1991, il quale così dispone:

Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, **il ricorso può essere proposto dal consigliere di parità istituito a livello regionale** previo parere non vincolante del collegio istruttorio di cui all'articolo 7, da allegare al ricorso stesso, e sentita la commissione regionale per l'impiego". Sul **"consigliere di parità**". (v. *infra*, punto 6.1.)

2.4. Onere della prova

Per rendere più incisiva la disciplina sostanziale, si prevede altresì una **speciale articolazione dell'onere della prova**. Il comma 5 dell'art. 4 succitato prescrive quanto segue:

5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, **la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso**, spetta al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

3.1. Divieto di licenziamento

L'inosservanza delle disposizioni in materia di divieto di licenziamento è punita con la **sanzione amministrativa da lire due milioni a lire cinque milioni** (art. 54, comma 8, del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151). Il licenziamento illegittimo è **nullo** (art. 54, comma 5, del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

3.2. Divieto di discriminazione in generale

Viene in considerazione l'art. 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125. In esso si prevede un **procedimento cautelare** con cui, in **via d'urgenza**, il giudice anticipa gli effetti del provvedimento che verrà emanato nel giudizio di merito, disponendo, in caso di accoglimento, per **l'immediata soddisfazione delle aspettative della lavoratrice discriminata**.

Qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli articoli 1 e 5 della presente legge, su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali, il pretore del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, in funzione di giudice del lavoro, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistere la violazione di cui al ricorso, **ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti**.

L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente.

Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al pretore che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile.

L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del Codice penale.

Ove le violazioni di cui al primo comma riguardino dipendenti pubblici si applicano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

L'art. 650 del Codice penale, in materia di "Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità", dispone che *Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a Euro 206.58.*

4.-5. Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences? La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?

Il tentativo di conciliazione è previsto, sembrerebbe, come **facoltativo**, a differenza di quanto avviene nel processo del lavoro, dove tale tentativo è previsto come **obbligatorio**. Il tentativo di conciliazione può essere promosso anche tramite il **consigliere di parità**. Per quanto riguarda le controversie collettive, il **Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra i lavoratori e lavoratrici** ha la funzione di proporre soluzioni alle controversie collettive.

Si prevede inoltre che i consiglieri di parità possano, **prima di promuovere l'azione in giudizio**, chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un **piano di rimozione** delle discriminazioni accertate, entro un termine non superiore a **cento-venti giorni**, sentite, se la discriminazione è posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, le associazioni locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, il relativo verbale di conciliazione acquista valore di titolo esecutivo, con decreto del giudice del lavoro.

La disposizione più interessante al riguardo è l'art. 4 in materia di azioni in giudizio, il quale recita così:

4. Chi intende agire in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni ai sensi dei commi 1 e 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il **tentativo di conciliazione** (...) anche tramite il **consigliere di parità** (...) competente per territorio.

5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere **statistico** relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, **la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso**, spetta al convenuto l'onere della prova sulla **insussistenza della discriminazione**.

6. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere proposto dal **consigliere di parità istituito a livello regionale** previo parere non vincolante del collegio istruttorio di cui all'articolo 7, da allegare al ricorso stesso, e sentita la commissione regionale per l'impiego.

Nachbarstaaten: Italien

Decorso inutilmente il termine di trenta giorni dalla richiesta del parere al collegio istruttorio, il ricorso può essere comunque proposto.

7. Il giudice nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 6, **ordina al datore di lavoro di definire**, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le organizzazioni sindacali locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché il consigliere regionale per la parità competente per territorio, **un piano di rimozione delle discriminazioni accertate**. Nella sentenza il giudice fissa un termine per la definizione del piano.

8. In caso di mancata ottemperanza alla sentenza di cui al comma 7 si applica l'**articolo 650** del codice penale richiamato dall'articolo 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903.

9. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dei commi 1 e 2, posti in essere da imprenditori ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle vigenti leggi dello Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, viene comunicato immediatamente dall'ispettorato del lavoro ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adottano le opportune determinazioni, ivi compresa, se necessario, la **revoca del beneficio** e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, possono decidere l'esclusione del responsabile per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto. Tale disposizione si applica anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici, ai quali l'ispettorato del lavoro comunica direttamente la discriminazione accertata per l'adozione delle sanzioni previste.

6. La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?

Due istituzioni meritano considerazione: il **Consigliere di parità** (6.1) e il **Comitato Nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici** (6.2).

6.1. Il Consigliere di parità

Il Consigliere di parità ha effettivamente il **potere di attivarsi di sua iniziativa per far accertare la violazione delle norme in materia di non discriminazione**.

Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, **il ricorso può essere proposto dal consigliere di parità istituito a livello regionale** previo parere non vincolante del collegio istruttorio di cui all'articolo 7, da allegare al ricorso stesso, e sentita la commissione regionale per l'impiego.

I Consiglieri di parità operano a **livello nazionale, regionale e provinciale** e svolgono funzioni di promozione e controllo dell'attuazione dei principi di eguaglianza di opportunità e non discriminazione per donne e uomini. Essi possono non solo prestare assistenza tecnica nella promozione delle conciliazioni, ma, come detto,

proporre ricorsi, sia su delega delle lavoratrici interessate sia direttamente (ed intervenire nei procedimenti promossi dalle lavoratrici), davanti al giudice del lavoro o al giudice amministrativo. I Consiglieri di parità sono **nominati dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale** su designazione del competente organo delle regioni, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale e devono essere scelti fra le persone che abbiano maturato **un'esperienza tecnico professionale di durata almeno triennale** in materia di parità. Nell'esercizio delle loro funzioni i consiglieri di parità sono **pubblici funzionari**. **L'onere finanziario relativo fa carico al bilancio del Ministero del lavoro e della previdenza sociale.** La disposizione pertinente è l'art. 8 della legge 10 aprile 1991, n. 125, che **recita così:**

Articolo 8 (Consiglieri di parità)

1. I consiglieri di parità di cui al decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726 convertito, con modificazioni dalla legge 19 dicembre 1984 n. 863, sono **componenti tutti gli effetti delle rispettive commissioni regionali per l'impiego.**

2. A livello provinciale è nominato un consigliere di parità presso la commissione circoscrizionale per l'impiego che ha sede nel capoluogo di provincia, con facoltà di intervenire presso le altre commissioni circoscrizionali per l'impiego operanti nell'ambito della medesima provincia.

3. I consiglieri di parità di cui ai commi 1 e 2 sono **nominati dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale su designazione del competente organo delle regioni sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale** e devono essere scelti tra le persone che abbiano maturato un'esperienza tecnico professionale di durata **almeno triennale** nelle materie concernenti l'ambito della presente legge.

4. Il consigliere di parità di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, è componente con voto deliberativo della commissione centrale per l'impiego.

5. Qualora si determini parità di voti nelle commissioni di cui ai commi 1, 2 e 4 prevale il voto del presidente.

6. Oltre ai compiti ad essi assegnati dalla legge nell'ambito delle competenze delle commissioni circoscrizionali, regionali e centrale per l'impiego, i consiglieri di parità **svolgono ogni utile iniziativa per la realizzazione delle finalità della presente legge.** Nell'esercizio delle funzioni loro attribuite i consiglieri di parità sono pubblici funzionari e hanno l'obbligo di rapporto all'autorità giudiziaria per i reati di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle funzioni medesime. I consiglieri di parità, ai rispettivi livelli, sono componenti degli organismi di parità presso gli enti locali regionali e provinciali.

7. Per l'espletamento dei propri compiti i consiglieri di parità possono richiedere all'ispettorato del lavoro di acquisire presso i luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale.

8. I consiglieri di parità di cui al comma 2 e quelli regionali competenti per territorio, ferma restando l'azione in giudizio di cui all'articolo 4, comma 6, hanno facoltà di **agire in giudizio** sia nei procedimenti promossi davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che davanti al tribunale amministrativo regionale su delega della lavoratrice ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima ai sensi dell'articolo 4.

9. I consiglieri di parità ricevono comunicazioni sugli indirizzi dal Comitato di cui all'articolo 5 e fanno ad esso relazione circa la propria attività. I consiglieri di

parità hanno facoltà di consultare il Comitato e il consigliere nazionale di parità su ogni questione ritenuta utile.

10. I consiglieri di parità di cui ai commi 1, 2 e 4, per l'esercizio delle loro funzioni, sono domiciliari rispettivamente presso l'ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione, l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione e presso una direzione generale del Ministero del lavoro e della previdenza sociale. Tali uffici assicurano la sede, l'attrezzatura, il personale e quanto necessario all'espletamento delle funzioni dei consiglieri di parità. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto può modificare la collocazione del consigliere di parità nell'ambito del Ministero.

11. Oltre al **gettone giornaliero di presenza** per la partecipazione alle riunioni delle commissioni circoscrizionali regionali e centrale per l'impiego, spettano ai consiglieri di parità gettoni dello stesso importo per le giornate di effettiva presenza nelle sedi dove sono domiciliati in ragione del loro ufficio entro un limite massimo fissato annualmente con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale. **L'onere relativo fa carico al bilancio del Ministero del lavoro e della previdenza sociale.**

12. Il consigliere di parità ha diritto, se lavoratore dipendente a permessi non retribuiti per l'espletamento del suo mandato. Quando intenda esercitare questo diritto deve darne comunicazione scritta al datore di lavoro di regola tre giorni prima.

6.2. Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed eguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici

Di esso fanno parte, oltre al **Ministro del lavoro o suo delegato**, rappresentanze paritetiche di organizzazioni sindacali dei lavoratori e datoriali, nonché rappresentanti delle associazioni del movimento cooperativistico, delle associazioni e movimenti femminili più rappresentativi sul piano nazionale e il consigliere di parità componente la commissione centrale per l'impiego. Il Comitato **ha varie funzioni: propositivo-promozionale, consultivo, contenzioso, ricognitivo**. La disposizione pertinente è l'articolo 5, che recita così:

Articolo 5 (Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici)

Al fine di promuovere la rimozione dei comportamenti discriminatori per sesso e di ogni altro ostacolo che limiti di fatto l'uguaglianza delle donne nell'accesso al lavoro e sul lavoro e la progressione professionale e di carriera è istituito, presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, il **Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici**. Il Comitato adotta ogni iniziativa utile ed in particolare:

- a) formula **proposte** sulle questioni generali relative all'attuazione degli obiettivi della parità e delle pari opportunità nonché per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente che direttamente incide sulle condizioni di lavoro delle donne;
- b) **informa e sensibilizza l'opinione pubblica** sulla necessità di promuovere le pari opportunità per le donne nella formazione e nella vita lavorativa;
- c) promuove l'**adozione di azioni positive** da parte delle istituzioni pubbliche preposte alla politica del lavoro nonché da parte dei soggetti di cui all'articolo 2;

Nachbarstaaten: Italien

- d) esprime, a maggioranza, **parere sul finanziamento dei progetti di azioni positive** ed opera il controllo sui progetti in itinere verificandone la corretta attuazione e l'esito finale;
- e) elabora **codici di comportamento** diretti a specificare le regole di condotta conformi alla parità e ad individuare le manifestazioni anche indirette delle discriminazioni;
- f) verifica lo **stato di applicazione** della legislazione vigente in materia di parità;
- g) propone **soluzioni alle controversie collettive**, anche indirizzando gli interessati all'adozione di piani di azioni positive per la rimozione delle discriminazioni pregresse e la creazione di pari opportunità per le lavoratrici;
- h) può richiedere all'ispettorato del lavoro di **acquisire** presso i luoghi di lavoro **informazioni** sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e promozione professionale;
- i) promuove una adeguata rappresentanza di donne negli organismi pubblici nazionali e locali competenti in materia di lavoro e formazione professionale (...).

7. **Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vu de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?**

Nessuna disposizione particolare è prevista nelle leggi studiate.

8. **Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?**

La legge prevede diverse forme di c.d. "**azioni positive**", aventi per finalità di a) **eliminare le disparità di fatto** di cui le donne sono oggetto; b) **favorire la diversificazione delle scelte professionali**, nonché l'accesso al lavoro autonomo ed all'imprenditoria; c) favorire una **diversa organizzazione del lavoro** o articolazione del tempo di lavoro, allo scopo di eliminare la diversa incidenza dell'assetto organizzativo esistente rispetto ai due sessi; d) promuovere l'inserimento delle donne in attività nella quali sono sottorappresentate. I **soggetti promotori** sono: a) il Comitato Nazionale di parità e/o i consiglieri di parità; b) i centri per la parità e le pari opportunità a livello nazionale, locale e aziendale, comunque denominati; c) datori di lavoro privati e pubblici; d) centri di formazione professionale; e) organizzazioni sindacali nazionali e territoriali. L'art. 2 concerne i **possibili finanziamenti** delle azioni positive e recita così:

Articolo 2. (Attuazione di azioni positive, finanziamenti)

1. Le imprese anche in forma cooperativa i loro consorzi gli enti pubblici economici le associazioni sindacali dei lavoratori e i centri di formazione professionale che adottano i progetti di azioni positive di cui all'articolo 1, possono richiedere al Ministero del lavoro e della previdenza sociale di essere ammessi **al rimborso totale o parziale di oneri finanziati connessi all'attuazione** dei predetti progetti ad eccezione di quelli di cui all'articolo 3.

2. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentito il Comitato di cui all'articolo 5 ammette i progetti di azioni positive al beneficio di cui al comma 1 e con lo stesso provvedimento autorizza le relative spese. L'attuazione dei progetti

Nachbarstaaten: Italien

di cui al comma 1 deve comunque avere inizio entro due mesi dal rilascio dell'autorizzazione.

3. Con decreto emanato dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro sono stabilite le modalità di presentazione delle richieste di erogazione dei fondi e dei tempi di realizzazione del progetto. In ogni caso i contributi devono essere erogati sulla base della verifica dell'attuazione del progetto di azioni positive, o di singole parti, in relazione alla complessità del progetto stesso. **La mancata attuazione del progetto comporta la decadenza del beneficio e la restituzione delle somme eventualmente già riscosse** in caso di attuazione parziale, la decadenza opera limitatamente alla parte non attuata la cui valutazione éeffettuata in base ai criteri determinati dal decreto di cui al presente comma

4. I progetti di azioni positive concordate dai datori di lavoro con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale **hanno precedenza** nell'accesso al beneficio di cui al comma 1.

5. L'accesso ai fondi comunitari destinati alla realizzazione di programmi o progetti di azioni positive ad eccezione di quelli di cui all'articolo 3 é subordinato al parere del Comitato di cui all'articolo 5.

6. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni e tutti gli enti pubblici non economici, nazionali, regionali e locali, sentiti gli organismi rappresentativi del personale di cui all'articolo 25 della legge 29 marzo 1983 n. 93 o in loro mancanza, le organizzazioni sindacali locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale sentito inoltre, in relazione alla sfera d'azione della propria attività, il Comitato di cui all'articolo 5 o il consigliere di parità di cui all'articolo 8 **adottano piani di azioni positive** tendenti ad assicurare nel loro ambito rispettivo, la rimozione degli ostacoli che, di fatto impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne.

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

Viene in considerazione l'articolo 9 della legge 10 aprile 1991, n. 125, che recita così:

Articolo 9 (Rapporto sulla situazione personale)

1. Le aziende pubbliche e private che occupano oltre dipendenti sono tenute a redigere un rapporto almeno ogni **due anni** sulla **situazione del personale maschile e femminile** in ognuna delle professioni ed in relazione allo **stato delle assunzioni, della formazione categorica o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità** dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, **dei licenziamenti dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente** corrisposta.

2. Il rapporto di cui al comma 1 é trasmesso alle **rappresentanze sindacali aziendali e al consigliere regionale di parità.**

(...)

4. Qualora nei termini prescritti, le aziende di cui al comma 1 non trasmettano il rapporto, l'ispettorato regionale del lavoro, previa segnalazione dei soggetti di cui al comma 2, invita le aziende stesse a provvedere entro sessanta giorni. In caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1955, n. 520. Nei casi piú gravi può essere

Nachbarstaaten: Italien

disposta la sospensione per un anno dei benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda.

Gian Paolo Romano

THE NETHERLANDS

Résumé

According to the Dutch **Constitution**, all persons in the Netherlands are entitled to equal treatment. This equality-principle is elaborated in a series of Acts of Parliament, including the articles 7:646 through 649 of the **Dutch Civil Code**, the **Equal Treatment Act** of 1992 and the **Equal Opportunities Act** of 1980.

The employment equity regulations apply in public and private employment relationships, prohibiting employers to discriminate their employees, either direct or indirect. Special provisions of the Equal Treatment Act address the employment equity in regard to the liberal profession. Sexual harassment of employees is explicitly listed as a ground of unfair discrimination. Whereas a direct discrimination is necessarily unlawful, an indirect discriminative behaviour may in certain exceptional circumstances, be justified. Affirmative action measures are considered as valid infringements to the principle of non-discrimination, in so far they are proportionate.

Dutch employees who are allegedly victim of an unfair discrimination can address their complaint to the Dutch courts. Alternatively, victims can refer their dispute to the Dutch **Equal Treatment Commission** for its opinion on the alleged violation. A procedure before the Equal Treatment Commission differs from a conciliation-procedure, in that a third party to the dispute gives its opinion on the alleged discrimination. Although opinions of the Equal Treatment Commission are usually complied with, they only have a persuasive authority and are not legally binding. An experiment conducted by the Dutch Equal Treatment Commission provides the parties with a mediation procedure for unfair discrimination disputes. **No specific provision** in the Dutch employment equity regulations address the question of a **collective court action** for unfair discrimination labour disputes.

Violations of the principle of non-discrimination in The Netherlands are generally redressed by applying the common liability rules in contract and tort (for private employment relationships) or by application of the common administrative law regulations (for public law employment relationships). An unfair resiliation of the employment contract (i.a. a dismissal of a female employee during or because of her pregnancy) can be declared void. **Moreover, a dismissal after the employee filed a complaint against his employer for an alleged infringement of the principle of non-discrimination can equally be annulled.** However, since all dismissals need prior approval of the Dutch Central Organ for Work and Income, disputes about an unfair discriminative dismissal are rare. Note that the Dutch employment equity legislation spread the **burden of proof** is in case of an alleged unfair discrimination, between the employer and the employee.

Notwithstanding the Dutch employment equity regulations provide the parties with a wide range of **dispute resolution mechanisms** to redress violations of the equal treatment regulations, it should not surprise that the Dutch authorities also adopt a proactive employment policy in order to prevent the unfair discrimination of female employees. In order to preclude the problem of unfair discrimination in the workplace, the Minister of Social Affairs and Employment organises information campaigns and training sessions, and **subsidises privately run projects** on the topic of employment equity.

1. Welche Erlasse regeln die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

Article 1 of the Dutch Constitution states that all persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances²⁴. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race, sex or on any other ground whatsoever is considered to be illegal²⁵. The Dutch equal treatment regulations elaborate on this principle of non-discrimination. The different equal treatment laws are complex and prohibit unequal treatment in specific fields and on a limited number of grounds²⁶.

Equal treatment and employment equity regulations include article 429 quater of the Dutch Criminal Code²⁷, the Equal Treatment Act of 1992²⁸, the articles 7:646 through 7:649 of the Dutch Civil Code, the Equal Opportunities Act of 1980²⁹, article 125g of the Civil Servants Law³⁰, the Equal treatment Temporary and Permanent employees Act³¹, the Act on equal treatment on the grounds of handicap or chronic illness³², the Equal treatment (working hours) Act³³ and the Equal Treatment in Employment (Age Discrimination) Act³⁴.

The **Equal Treatment Act of 1994** elaborates on the prohibition on discrimination enshrined in the Dutch Constitution. The Act stipulates that no one in the Netherlands may be treated unequally on one or more grounds of discrimination listed in article 1. Discriminative grounds include religion, belief, political opinion, race, sex, nationality, heterosexual or homosexual orientation and civil status. Moreover, the Equal Treatment Act prohibits unfair discrimination at work or in the exercise of a liberal profession. The Act does not apply to legal relations within religious communities.

The **Equal Opportunities Act of 1980**³⁵ sets out detailed rules on the issue of employment equity. Employment equity includes equal pay for equal work, equal access to an employment relationship and equal treatment with regard to pension provision. The Act also lays down rules on matters such as affirmative action measures and burden of proof.

²⁴ A consolidated version of the Dutch equal treatment Acts is available on the web-site: <http://www.wetten.nl>.

²⁵ Whether or not this provision has a horizontal effect and applies in private or public employment relationships, is unclear; cf. G.J.M. VAN WISSEN, *Grondrechten*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 15; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *Vrouw en recht*, Ars Aequi Libri, 1997, 47.

²⁶ The Dutch Equal Treatment Commission recently presented an evaluatory report (period 1999-2004) on the Dutch equal treatment and employment equity legislation. The report is available at the Commission's website: <http://www.cgb.nl/download/CGBevaluatie.pdf>.

²⁷ This provision only applies in extreme cases of discrimination and is considered to be an "ultimum remedium", cf. J.M. JACOBS, "The Netherlands", in R. BLANPAIN (ed.), *International Encyclopaedia for labour law and industrial relations*, vol. 10, Kluwer Law International, 2004, 59 and R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *op. cit.*, 53.

²⁸ In Dutch: Algemene Wet Gelijke Behandeling, AWGB.

²⁹ In Dutch: Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, WGB.

³⁰ In Dutch: Ambtenarenwet.

³¹ In Dutch: Wet Onderscheid Bepaalde en Onbepaalde Tijd, WOBOT.

³² In Dutch: Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, WGB h/cz.

³³ In Dutch: Wet verbod op onderscheid naar arbeidsduur, WOA.

³⁴ In Dutch: Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, WGB l.

³⁵ The Equal Opportunity Act was amended in 1989, 1994 and 1998.

Niederlande

A prohibition on discrimination between male and female employees in private law labour relationships is contained in the **articles 7:646 and 7:647 of the Dutch civil code**. **Article 7:648 Dutch civil code** stipulates that an employer may not discriminate between employees on the basis of a difference in working hours. **Article 7:649 Dutch civil code** prohibits an employer from discriminating between temporary and other employees, unless a differentiation would be justified.

2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar?

a) Grounds of discrimination (articles 3 and 4 LEg)

Dutch equal treatment legislation stipulates that it is forbidden to discriminate against anyone on one or more "grounds of discrimination" including religion; belief; political orientation; race; gender; nationality; sexual orientation; marital status; handicap or chronic illness; age and part time or fulltime work (article 1 Equal Treatment Act). Moreover, article 1 Equal Opportunities Act prohibits any discrimination relating to pregnancy, delivery or motherhood of the employee. The interdiction to discriminate applies in public and private labour law employments (articles 1a through 4 Equal Opportunities Act) as for the liberal profession (article 6 Equal Treatment Act).

Swiss employment equity legislation lists similar grounds of discrimination (article 3 par. 1 of the Swiss Employment Equity Act of 24.03.1995 (*Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*), hereafter LEg) and equally applies to private and public employment relationships (article 2 LEg). No specific rules however, address the liberal profession.

Direct and indirect discrimination infringes in both Holland and Switzerland, the principle of non-discrimination (article 3 LEg and counterpart provisions in the Dutch employment equity regulations, article 7:646 of the Dutch Civil Code, articles 1 through 4 Equal Opportunities Act and articles 5 through 6 Equal Treatment Act). Direct discrimination is an unequal treatment based on one or more grounds of discrimination. Indirect discrimination occurs when a requirement seems neutral, but indirectly leads to an unfair discrimination. Direct discrimination is always unlawful, unless the law explicitly provides otherwise. Indirect discrimination is only allowed when there is an objective justification for it³⁶. The interdiction to unfairly discriminate includes a prohibition to intimidate employees on grounds relating to their sex (article 4 LEg and counterpart provision, article 1a Equal Treatment Act). Moreover, as in Switzerland, harassment, including sexual harassment, is considered in Holland as a violation of the principle of non-discrimination. Harassment means conduct related to on or more illegal grounds of discrimination, which has the purpose or effect of violating the dignity of a person and creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. Article 4 par. 2 of the Dutch Employment Conditions Act of 1998³⁷ states that an employer must take adequate measures

³⁶ J.M. JACOBS, op. cit., 59; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 48.

³⁷ In Dutch: Arbeidsomstandighedenwet ARBo.

to prevent sexual harassment in his workplace. Criminal penalties are imposable on employers who don't comply with article 4 Employment Conditions Act³⁸.

b) Affirmative action measures (article 3 par. 3 LEg)

Affirmative action measures promoting the employment opportunities are according to article 3 par. 3 LEg, considered as valid exceptions to the principle of non-discrimination. Article 2 par. 3 of the Dutch Equal Treatment Act equally affirms that affirmative action measures validly infringe the principle of non-discrimination³⁹. Affirmative action measures need to be an adequate and proportionate means in promoting the employment equity⁴⁰. The Dutch Commission on Equal Treatment elaborated a series of guidelines to clarify this proportionality test⁴¹.

c) Compensation for unfair discrimination and protection against sexual harassment (article 5 LEg)

Article 5 LEg states that employees who fear to be unfairly discriminated against or feel themselves victim of discrimination, can file a complaint to the court requesting an order to prevent the imminent threat of discrimination, or in case the discrimination already took place, a declaration of being unfairly discriminated. In case the discrimination relates to the refusal of the employer to engage an employee, he or she can claim damages for a maximum amount of three months salary. In case of an unfair dismissal of the employee, a maximum of six months salary can be awarded. Damages can also be awarded in the situation of sexual harassment of the employee, unless the employer proves that sufficient and adequate measures were ordered to stop the harassment of the employee by his or her colleagues.

Contrary to its Swiss counterpart, the Dutch legislator does not provide employees with preventive action measures. Moreover, Dutch employment equity legislation refers the parties in general to the common liability rules to compensate a violation of the principle of non-discrimination⁴². An illegal dismissal of an employee, such as a resiliation during or because of the pregnancy of the employee, is void according to article 8 Equal Treatment Act⁴³. Claims for an unfair dismissal in The Netherlands are not common, since all dismissals (other then summary dismissals or dismissals in the probationary period) must be authorised by the Central Organ for Work and

³⁸ Article 33 Employment Conditions Act.

³⁹ A policy of priority of female or other employees is only in the public sector or in subsidised organisations pursued. Incidentally, this policy may even prefer female candidates above males if both are equally qualified for the job; cf. J.M. JACOBS, op. cit., 61.

⁴⁰ R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 161.

⁴¹ These guidelines are available on-line on the web-site of the Equal Treatment Commission; <http://www.cgb.nl>.

⁴² I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, Praktijk Sociaal Recht nr. 1, Deventer, Kluwer, 1994, 191; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 49-50.

⁴³ A discriminative dismissal of a civil servant or an employee in a public law employment relationship can by analogy be declared void; cf. P. VAN DEN HEIJDEN, Arbeidsrecht, Kluwer, 2002, 463.

Income⁴⁴. I refer *infra*, question n° 3, for more details on the compensation scheme for unfair discriminations in Holland.

d) Burden of proof (article 6 LEg)

Article 6 LEg and counterpart provisions in the Dutch legislation, the articles 6 litt. a Equal Opportunities Act, 7:646 par. 8 of the Dutch Civil Code and 10 par. 1 Equal Treatment Act, spread the burden of proof between the employer and the employee in case of an alleged unfair discrimination of the employee. To shift the onus of proof to the employer, the employee must establish the facts from which it can be presumed that there has been a discriminative act or omission⁴⁵. If the discrimination relates to an unfair dismissal because of the pregnancy of the employee, the employee must prove the existence of her pregnancy.

e) Group action (article 7 LEg)

Interested organisations that promote the employment equity between male and female employees can file violations of the principle of non-discrimination to a Swiss court or initiate a conciliation procedure, in order to create a precedent (article 7 LEg). Despite no specific provision of the Dutch employment equity legislation address the question of a court action, pressure groups can, according to article 12 par. 2 litt. e of the Dutch Equal Treatment Act, file their complaint to the Equal Treatment Commission, requesting for its opinion on the alleged breach of the principle of non-discrimination⁴⁶. An association or a foundation can only request the Commission's opinion to protect the interests of other persons, if these interests are in accordance with the association's statutes.

f) Maternity protection (article 10 LEg)

Article 10 LEg provides female employees with a maternity protection. A dismissal of an employee during her maternity leave is considered illegal and can be declared void. Pregnant employees are equally well protected under the Dutch employment equity regulations. Article 8 Equal Treatment Act states that the resiliation of the contract *because* of the pregnancy of the employee⁴⁷, is considered to be void⁴⁸.

⁴⁴ In Dutch: Centrum voor werk en inkomen. The Central Organization for Work and Income (previously the Regional Employment Office) is an independent administrative body that works on assignment from the Ministry of Social Affairs and Employment. It is centrally managed and has some 130 regional offices, spread throughout the Netherlands. Information on its work and composition is available on the website of the Central Organ: <http://www.cwinet.nl>. Also: H.L. BAKELS, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 10th edition, Deventer, Kluwer, 1991, 85-86; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *op. cit.*, 145.

⁴⁵ J.M. JACOBS, *op. cit.*, 60.

⁴⁶ J.M. JACOBS, *op. cit.*, 59.

⁴⁷ Or because the employee is planning to get pregnant. Moreover, pregnancy may not be used as a ground to refuse the extension of a temporary employment contract.

⁴⁸ R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *Vrouw en recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 137 and A. T.J.M. JACOBS, *Labour law in the Netherlands*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2004, 107.

Dismissal of a pregnant employee *during* the pregnancy of the employee and during a six week period after delivery infringes the principle of non-discrimination and can be declared void⁴⁹. Termination of the contract of a pregnant employee is only possible in exceptional cases, such as bankruptcy of the company⁵⁰. The burden of proof of pregnancy at the time of notice of the termination rests with the employee⁵¹.

Unclear is whether a pregnant employee can be dismissed during the probationary period. A decision of the Arnhem district court of 1987 held that the principle of non-discrimination also applies during the probationary period⁵². Whereas a dismissal of a pregnant employee during the probationary period is considered as valid, a resiliation of the contract *because* of the pregnancy of the employee is reprehensible and contrary to the principle of non-discrimination. A clear majority of Dutch scholars agree with the Arnhem court⁵³.

g) Conciliation of disputes (article 11 LEg)

Article 11 LEg provides employees with a conciliation procedure to resolve employment equity disputes. Conciliation is optional, unless otherwise directed by the *Canton*. Article 11 par. 4 LEg states that a conciliation of the dispute is free of charge. Alternative dispute resolution mechanisms are equally available in the Dutch employment equity legislation (articles 11 through 21 Equal Treatment Act). A procedure before the Dutch Equal Treatment Commission is optional and free of charge. Reference is made to questions n° 4, 5 and 6 *infra*, for more details on the alternative dispute resolution mechanisms in The Netherlands.

h) Financial or other incentives for the promotion of employment equity (articles 14 and 16 LEg)

Swiss legislation provides in a financial support for organizations who promote the employment equity or who inform employees on the topic of non-discrimination (article 14 LEg). The *Bureau Fédéral de l'égalité entre hommes et femmes* (article 16 LEg) monitors the Swiss employment market on discriminative behavior. In order to preclude unfair discrimination, the *Bureau Fédéral* can inform employees about the employment equity legislation. The prevention of unfair discrimination by increasing the awareness of the equal treatment and employment equity regulations is equally in The Netherlands an important aspiration; the Dutch Ministry of Social Affairs and

⁴⁹ Cf. article 7: 670 par. 2 and 4 Dutch Civil code and article 7: 677 par. 5 Dutch Civil code; I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, op. cit., 154; J.M. JACOBS, op. cit., 106, R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 270.

⁵⁰ R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 274.

⁵¹ S. MAYNE and S. MAYLON, *Employment Law in Europe*, London, Buttersworth, 2001, 669.

⁵² Rechtbank Arnhem 24 December 1987, Prg. 1988, 1886 and N.J. 1988, 309. Recent case law confirms the decision of the Arnhem Court: Ktg. Ternuezen 12 May 1993, RN 1993, 357; Ktg. Harderwijk 12 September 1990, N.J. 1991, 144; Ktg. 's Gravenhage 15 November 1990, N.J. 1991, 776.

⁵³ W.C. MONSTER, *Bescherming van het moederschap. Onderzoek naar de regelgeving inzake zwangerschap, bevalling en arbeid*, Nijmegen, Ars Aequi, 1995, 174; I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, op. cit., 158-159; G. BOOT, "Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd", S.R. 1991, 40; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 272.

Niederlande

Employment edits brochures and newsletters and organises information campaigns on the topic of employment equity⁵⁴. Furthermore, the Ministry subsidises privately run projects by NGO's or other organisations. Special programs have been developed in collaboration with other ministries, the Equal Treatment Commission, the Royal Association MKB-Nederland (medium and small-sized businesses) and various NGO's⁵⁵. The tasks of the Swiss *Bureau fédéral* (article 16 LEg) are assumed in Holland by the Equal Treatment Commission, an independent public body, that promotes the equal treatment of persons, monitors the compliance with the equal treatment legislation, informs employees of their rights and organises training sessions and workshops on the topic of employment equity.

3. Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen

Dutch employment equity legislation refers the parties in general to the **common liability rules to compensate violations of the principle of non-discrimination**⁵⁶. Administrative law provisions compensate infringements in public law labour relationships⁵⁷. Infringements to the principle of non-discrimination in private law labour relations are subject to the liability rules in contract and tort. Employers, who unfairly discriminate in the selection and hiring process, can be held liable in tort. Article 6:162 of the Dutch Civil Code obliges the liable employer to reimburse all damages – including a loss of profit – the applicant has suffered⁵⁸. Furthermore, article 3 par. 5 Equal Opportunities Act states that applicants, who are unfairly discriminated against, can request the publication of a rectification⁵⁹. Whenever an employee is unfairly discriminated during his or her employment relationship, a compensation can be granted on the basis of the contractual liability rules. Article 6:162 of the Dutch equally applies to a contractual liability, entitling the employee to a full compensation. In case an employee does not receive equal pay for equal work, he or she is entitled to the difference⁶⁰.

A specific provision addresses the **illegal dismissal** of an employee (such as a resiliation of the employment contract because of the pregnancy of the employee or a resiliation relating to another ground of discrimination). According to article 8 of the

⁵⁴ For an overview of the different incentives organised by the Dutch Ministry of Social Affairs and Employment, I refer to the website of the Ministry: <http://www.szw.nl>.

⁵⁵ Including the Expertise Centre on Age and Society (LBL), the National Bureau against Racial Discrimination (LBR), COC Netherlands (Dutch Association for the Integration of Homosexuality), E-Quality (experts in gender and ethnicity).

⁵⁶ I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, *Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*, *Praktijk Sociaal Recht* nr. 1, Deventer, Kluwer, 1994, 191; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *op. cit.*, 49-50.

⁵⁷ I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, *Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*, *Praktijk Sociaal Recht* nr. 1, Deventer, Kluwer, 1994, 191.

⁵⁸ P. VAN DEN HEIJDEN, *op. cit.*, 465.

⁵⁹ Article 3 par. 5 Equal Opportunities Act.

⁶⁰ Ktr. Venlo 3.11.1982, Prg. 1983, 1905; I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, *op. cit.*, 193-194; I.P. ASSCHER-VONK, "L'égalité de rémunération aux Pays-Bas", in F. EYRAUD (ed.), *L'égalité entre hommes et femmes*, Geneva, Bureau international du Travail, 1995, 172; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, *op. cit.*, 169.

Niederlande

Equal Treatment Act, a discriminative dismissal of an employee can be declared void. A dismissal after the employee filed a complaint relating to an alleged discrimination by his or her employer can equally be annulled⁶¹. Claims for an unfair dismissal in The Netherlands are not common, since all dismissals (other than summary dismissals or dismissals in the probationary period)⁶² must be authorised by the Central Organ for Work and Income⁶³. Without a permission of the Employment Office, no valid notice of termination can be given⁶⁴.

In case of an extreme violation of the principle of non-discrimination, separate criminal charges can be brought against the employer⁶⁵. Scholarly writings clearly stress that a criminal conviction of an unfair discrimination is only to be pursued as a last resort (an "*ultimum remedium*")⁶⁶.

4. Schlichtungsverfahren

Employees, whose interests are affected by an unfair discrimination, can file their dispute to the Dutch courts. Alternatively, employees can refer their complaint in writing to the Dutch Equal Treatment Commission⁶⁷.

The **Equal Treatment Commission** is an independent organization that was established in 1994 to promote the compliance with the equal treatment legislation. It supervises the application of the Equal Treatment Act, article 7:646 of the Dutch Civil Code and the Equal Opportunities Act⁶⁸. The Commission's main task is to investigate violations of the principle of non-discrimination. Other tasks include the promotion of employment equity, conducting surveys relating to the issue of equal treatment and investigating systematic infringements of the principle of non-discrimination. The commission is composed of 5 commissioners, a president, two vice-presidents and 15 substitute commissioners. The members of the Equal Treatment Commission are appointed by the Minister of Justice⁶⁹. An advice of the Equal Treatment Commission about a specific situation concerning unequal treatment is free of charge.

⁶¹ This is known as a so-called "victimisatieontslag", cf. article 8 par. 1 Equal Treatment Act and article 1a par. Equal Opportunities Act and I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, op. cit., 149.

⁶² Cf. articles 7: 677 par. 1 juncto 7: 678 Dutch Civil code; J.M. JACOBS, op. cit., 110; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 145.

⁶³ H.L. BAKELS, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, 10th edition, Deventer, Kluwer, 1991, 85-86.

⁶⁴ J.M. JACOBS, op. cit., 102.

⁶⁵ Article 429 quater of the Dutch Penal code. The interdiction to harass female employees is equally reinforced by criminal penalties; cf. article 33 Employment Conditions Act.

⁶⁶ Inter alia, HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 53.

⁶⁷ In Dutch: Commissie gelijke behandeling. The commission's website is: <http://www.cgb.nl/>.

⁶⁸ Article 12 Equal Treatment Act.

⁶⁹ Article 16 Equal Treatment Act. Members of the Equal Treatment Commission are civil servant, subject to the provisions of the Law on Civil Servants of 1929 (in Dutch: *Ambtenarenwet*): I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, op. cit., 213.

Niederlande

Anyone who feels that he or she has been discriminated against may file a complaint to the Equal Treatment Commission. In order to ask the opinion of the Equal Treatment Commission, one must be victim of a discriminative behaviour. Authorised representatives, such as a relative, a trade union, or certain pressure groups such as an anti-discrimination organisation, can represent the victim before the Equal Treatment Commission. An anonymous procedure is excluded. According to article 12 par. 2 litt. e Equal Treatment Act, pressure groups, trade unions and work-councils can also address (systematic) violations of the principle of non-discrimination to the Equal Treatment Commission⁷⁰.

After receiving a complaint, the Equal Treatment Commission will decide whether it is authorised to investigate the case. If the Equal Treatment Commission is authorised, it will start an investigation. The Equal Treatment Commission will question both parties (the person that files the complaint and the person, employer or organisation that is accused of discrimination) and will give them the opportunity to respond to each other's points of view. The Equal Treatment Commission can also obtain information from "third parties", such as witnesses. Once enough information is gathered, the Equal Treatment Commission will close its investigation and hold a hearing. The Equal Treatment Commission will ask questions and compare the different points of view. After the hearing, the Equal Treatment Commission will discuss the case in a closed meeting. Within eight weeks the commission will decide whether or not the equal treatment regulations have been violated. Article 12 par. 1 Equal Treatment Act doesn't attribute the Equal Treatment Commission the powers to sanction an unfair discrimination, except the publication of its decision. Decisions of the Equal Treatment Commission are not legally binding; they have merely a persuasive authority⁷¹. If the employer refuses to change his employment policy or refuses to take appropriate measures to annul the unfair discrimination vis-à-vis the employee, the latter has no choice than to file his case before the court⁷². In practice the commissions' decisions are usually complied with⁷³.

5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?

Neither the Equal Treatment Act nor the Equal Opportunities Act provides specific rules for the mediation of labour disputes. However, **an experiment to mediate labour disputes** is currently organised by the Dutch Equal Treatment Commission.

⁷⁰ Note that also an employer can request the Commission for its opinion. If he or she wants to introduce new employment regulations in its workforce or a flexible pay arrangement, he or she can address these proposals to the Commission in order to assess whether or not the employment equity legislation is respected. This is referred to as a "request for an assessment of one's own actions".

⁷¹ E.P. JANSSEN, Labour law in the Netherlands, Loeff legal series, Deventer, Kluwer, 1994, 9; R. HOLTMAAT and T. LOENEN, op. cit., 50. However, the Dutch Supreme Court held in its decision of 13.11.1987, that in order to set an opinion of the Equal Treatment Commission aside, the court is bound to motivate its decision; Dutch Supreme Court 13.11.1987, NJ 1989, 698.

⁷² K. WENTHOLT, op. cit., 134.

⁷³ Decisions of the Equal Treatment Commission are available at the commission's website; <http://www.cgb.nl>.

Niederlande

As of the first of January 2005, the commission can refer violations of the principle of non-discrimination to mediation. Whereas an investigation of the commission results in an advisory award, a successful mediation results in an agreement that is legally binding upon the parties and enforceable by law. The experiment will be evaluated in 2007.

The Equal Treatment Commission proposes the parties the assistance of a qualified and experienced mediator, accredited by the Dutch Mediation Institute⁷⁴. Mediations of labour disputes must comply with the Rules and Regulations of the Dutch Mediation Institute, 2001⁷⁵, subject to certain amendments. These include a three months time limit to resolve a labour law dispute through mediation, whereas for other mediations, no time frame is set. If the dispute is not settled, the Equal Treatment Commission can decide itself whether or not the principle of non-discrimination is violated. Second, the mediation of labour disputes relating to an infringement of the principle of non-discrimination is free of charge, except for the solicitor's fees. Ordinarily, the costs of a mediation are split between the parties in equal shares, unless otherwise agreed.

6. Gesetzlich vorgesehene Institutionen im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen

The Dutch Equal Treatment Commission does not necessarily need to receive a complaint in order to investigate whether the equal treatment law has been broken. Article 12 par. 1 Equal Treatment Act mandates the Equal Treatment Commission to conducts so-called **"investigations on its own accord"** in case of a systematic infringement of the principle of non-discrimination, in so far the employer or employers concerned by this investigation, do not object⁷⁶. In case an unfair discrimination is established, the commission issues a recommendation or a proposal to the employer in order to prevent future discriminative behaviour. Moreover, the commission can reveal its decisions to trade unions, government officials, employer unions, consumers or any other interested person. In exceptional circumstances (e.g. to set a precedent or in case of an extreme violation of the principle of employment equity), the Commission may bring legal action with a view to obtaining a court ruling stating that a conduct contrary to the Equal Treatment Act, the Equal Opportunities Act or article 7:646 of the Dutch Civil Code, is unlawful. The Equal Treatment Commission can request the court to state that such conduct is prohibited or order that the consequences are to be rectified.

7. Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren

In case an unfair discrimination is established, Dutch law allocates the costs of the judicial proceedings, included the fees of the counterparty's solicitor, to the em-

⁷⁴ In Dutch: Nederlands Mediation Instituut. The Dutch Mediation Institute is an independent body founded in 1993. It assist the parties in mediation proceedings and organises training sessions and information campaigns regarding mediation. The website of the Institute is: <http://www.nmi-mediation.nl/>.

⁷⁵ In Dutch: NMI Mediation Reglement, 2001.

⁷⁶ Articles 12 par. 1 and 3 Equal Treatment Act.

ployer⁷⁷. An investigation by the Equal Treatment Commission or a mediation of a labour dispute is free of charge⁷⁸.

8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen?

Compliance with the Dutch gaming regulations is promoted by the Dutch Equal Treatment commission which can initiate "investigations on its own accord" (cf. supra, question n° 6) or can make recommendations and proposals to an employer or a certain group of employers in order for them to adapt their employment policy to the employment equity regulations⁷⁹. In its annual report, the Commission informs the public about her activities and on the employment equity situation in the Netherlands⁸⁰. Furthermore, employers or organisations may submit their employment regulations to the Equal Treatment Commission, requesting an assessment of whether or not their regulations comply with the equal treatment law. This is referred to as a **`request for an assessment of one's own actions`**.

9. Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz

Dutch employment equity legislation does **not oblige Dutch employers to reveal their remuneration policy** to the Equal Treatment Commission or any other (governmental) body⁸¹. However, the Ministry of Social Affairs and Employment has undertaken various initiatives to guarantee the transparency of equal payment of male and female employees. These include the publication of a manual on gender-neutral job evaluation, the development of course material for works councils on the topic of equal pay and the elaboration of a so-called "quick scan" system to review an employer's remuneration policy.

Bart Volders

⁷⁷ I.P. ASCHER-VONK, op. cit., 171.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ I.P. ASSCHER-VONK and K. WENTHOLT, op. cit., 218.

⁸⁰ Article 20 Equal Treatment Act.

⁸¹ I.P. ASCHER-VONK, op. cit., 173.

VEREINIGTES KÖNIGREICH

Résumé

Das Vereinigte Königreich genießt ein relativ gut entwickeltes Gleichstellungsrecht, welches gegenwärtig weiter ausgebaut wird. Es gibt dort jedoch keine Verbandsklagerechte und keine öffentliche Institutionen, welche ohne eine Klage einer direkt betroffenen Person wegen Diskriminierung im Einzelfall tätig werden können.

1. Welche Erlasse regeln im Vereinigten Königreich die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

Folgende einschlägige Erlasse sind derzeit in Kraft:

- Equal Pay Act 1970
 - verlangt, dass Männer und Frauen für gleichwertige Arbeit auf gleicher Weise bezahlt werden;
 - ermöglicht Klagen zur Beanstandung ungleicher Belohnung.
- Sex Discrimination Act 1975
 - verbietet geschlechtsspezifische Diskriminierung, auf direkter oder indirekter Weise, u.A. im Berufsleben;
 - verbietet die geschlechtsspezifische Belästigung;
 - ermöglicht Klagen aufgrund einzelner Fälle von Diskriminierung oder Belästigung.
- Employment Act 2002
 - vereinfacht das Verfahren in Bezug auf Klagen wegen ungleicher Belohnung.

Ein wichtiger Gesetzesentwurf liegt gegenwärtig dem Parlament vor:

- Equality Bill 2005
 - es wird als gesetzliche Grundlage für eine vereinte Behörde (die *Commission for Equality and Human Rights*) dienen, welche ab 2007 für alle Bereiche der Diskriminierung zuständig sein soll;
 - wird alle staatliche Instanzen verpflichten, sich für Chancengleichheit zwischen Frauen und Männer einzusetzen.

Zudem sollen die Bestimmungen der EU Gleichbehandlungsrichtlinie (2002/73/EC) in den nächsten Wochen auf dem Verordnungsweg in der britischen Rechtsordnung eingeführt werden.

2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar? Gibt es zum Beispiel einen besonderen Kündigungsschutz gegen Rachekündigungen, ein Verbandsklagerecht oder Beweislastenerleichterungen in bestimmten Konstellationen?

Eine Rachekündigung, sowie jede andere Benachteiligung einer Person, welche ihre Rechte im Gleichstellungsbereich ausgeübt hat oder ausüben möchte, oder welche eine andere Person bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützt, gilt selbst als widerrechtliche Diskriminierung laut subparagraph 5(1)(a) des Sex Discrimination Act 1975 und zieht die gleichen Sanktionen nach sich, wie eine direkte Diskriminierung.

Verbandsklagerechte wurden nicht eingeräumt. Section 75 des Sex Discrimination Act 1975 erlaubt jedoch den *Equal Opportunities Commission*, Klagen seitens direkt betroffener Einzelpersonen zu unterstützen. Die Unterstützung kann in Form von Beratung, Vertretung in Verhandlungen, die Bezahlung eines Rechtsanwalts oder in jeder anderer Form erfolgen. Unterstützung kann geleistet werden, wenn der Fall eine Grundsatzfrage aufwirft, wenn von der Klägerin vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass sie die Klage aus eigener Kraft geltend macht, oder wenn sonstige Sonderumstände es erfordern.

Beweislastenerleichterungen sind von den sections 35A, 35B, 63A und 66A des Sex Discrimination Act 1975 vorgesehen. Diese Bestimmungen wurden in das Gesetz eingefügt, um die EU Beweislastrichtlinien⁸² in der britischen Rechtsordnung umzusetzen. Diese sieht eine Umkehr der Beweislast vor, wenn eine Klägerin erst einmal Beweiselemente vorgebracht hat, welche in sich auf eine Diskriminierung schliessen lassen. Es obliegt der beklagten Partei in diesem Fall zu erklären, warum die bewiesenen Umstände nicht zu einer Diskriminierung führen.

3. Welches sind die Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen?

Wenn wegen Lohnbenachteiligung geklagt wird, kann der Klägerin eine finanzielle Wiedergutmachung und / oder eine Erklärung ihrer Rechte zugesprochen werden. Die Wiedergutmachung entspricht dem Unterschied zwischen dem von ihr während den letzten bis zu sechs Jahren tatsächlich erhaltenen Lohn und dem Lohn, der einem vergleichbaren männlichen Angestellten während diesem Zeitraum bezahlt wurde. Die Erklärung definiert die Bestimmungen ihres Arbeitsvertrags, welche geändert werden müssten, um die unrechtmässige Benachteiligung aufzuheben.

Wenn wegen einer anderen Form von Diskriminierung geklagt wird, kann der Kläger Schadenersatz für materielle Verluste, Opportunitätsverluste und Gefühlsverletzungen verlangen. Er kann auch Anordnungen in Form von Handlungs- oder Unterlassungsbefehlen beantragen. Rechtlich verbindlich sind solche Anordnungen aber nur dann, wenn die Klage im Bezirksgericht eingeleitet wurde. Die für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständigen Sonderinstanzen können diesbezüglich lediglich Empfehlungen abgeben.

⁸² 97/80/EC, geändert durch 98/52/EC.

4. Ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen? Wenn ja, besteht es ausschliesslich oder ergänzend neben einer Klagemöglichkeit? Ist das Schlichtungsverfahren obligatorisch oder fakultativ? Welche Stellung (Unabhängigkeit) und Kompetenzen haben die Schlichtungsorgane und wie sind sie zusammengesetzt?

Ja. Alle Klagen, welche bei einer für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständige Sonderinstanz (*Employment Tribunal*) eingereicht wurden, werden automatisch an ein Schlichtungsorgan weiter geleitet. Das *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS) ist eine seit über ein Jahrhundert bestehende unabhängige staatliche Instanz, welche sich allgemein für die Beilegung arbeitsrechtlicher Konflikte in England, Schottland und Wales einsetzt⁸³. Sie beschäftigt u.A. eine Vielzahl von Schlichtungsbeamten welche sich bemühen, zwischen den Parteien in Verfahren vor den *Employment Tribunals* zu vermitteln. Gelingt ihrer Vermittlung, bereiten diese Beamten rechtlich verbindliche Vergleichsabkommen vor. In Nordirland erfüllen Beamte des *Labour Relations Agency* die gleiche Funktion.

Das ACAS kann ebenfalls als Schiedsgericht agieren. Wünschen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dies, können sie ihre Differenz auf informeller Weise von einem ACAS-Beamten entscheiden lassen. Ein ACAS-Schiedsrichter ist gesetzlich ermächtigt, falls er eine Beschwerde für begründet hält, die gleichen Sanktionen auszusprechen wie diejenigen, welche von einem *Employment Tribunal* ausgesprochen werden können⁸⁴.

5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?

Ja. Mediation und andere Formen alternativer Streitbeilegungsverfahren (ADR) sind bei allen Klagen, welche bei Bezirksgerichten eingereicht werden, zu prüfen. Dieses Prinzip ist allerdings nicht auf Gleichstellungsklagen oder arbeitsrechtliche Klagen massgeschneidert, sondern gilt laut Rules 1.3. und 1.4. der *Civil Procedure Rules* für alle ordentlichen Gerichtsverfahren. Die Mediation kann entweder von einer Partei oder vom Gericht auf Amtswegen vorgeschlagen werden. Eine Partei, welche sich auf ungerechtfertigter Weise weigert, an einer Mediation teilzunehmen, kann dazu verpflichtet werden, einen erhöhten Teil der Verfahrenskosten der anderen Partei zu begleichen.

⁸³ Siehe unter http://www.acas.org.uk/about_acas/facts.html

⁸⁴ Siehe unter http://www.acas.org.uk/publications/pdf/arbitrtion_info.pdf und die obige Antwort auf Frage 3.

- 6. Gibt es gesetzlich vorgesehene Institutionen, die im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen auch von sich aus tätig werden, d.h. ohne Klage der Betroffenen oder legitimer Interessenverbände? Falls ja, welchen Status und welche Kompetenzen haben sie? Wie werden sie bestimmt und wie sind sie zusammengesetzt? Wie gross sind die für diese Aufgabe zugesprochenen personellen und finanziellen Ressourcen?**

Nein. Die *Equal Opportunities Commission* ist zwar gesetzlich befugt, wegen verschiedenen Begleiterscheinungen der Diskriminierung (z.B. diskriminierende Werbung, oder institutionelle Anleitungen zur Diskriminierung) zu klagen, kann aber nicht wegen Diskriminierung anstelle einer direkt betroffenen Person klagen, wenn keine solche Person klagen will⁸⁵.

- 7. Wie fällt die Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren aus?**

Gleichstellungsverfahren laufen in erster Linie vor einer auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten spezialisierte Sonderinstanz (das *Employment Tribunal*) ab. Verfahrenskosten in dieser Instanz können der erfolgreichen Partei normalerweise nicht zugesprochen werden und viele Kläger vertreten sich infolge dessen selbst. In Ausnahmefällen (z.B. wenn eine Partei das Verfahren verlängert, oder sich unkooperativ benimmt) können Parteien verpflichtet werden, die Kosten des Prozessgegners bis zu £10'000 ohne Sonderverfahren, oder höher nach einem zusätzlichen Kostenfeststellungsverfahren, zu begleichen.

- 8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen (z.B. finanzielle Leistungen, Zertifikationen mit Auszeichnungsscharakter)?**

Das federführende Ministerium (Department for Trade and Industry) hat sich mit Medienunternehmen zusammengetan, um publikumswirksame Auszeichnungen zu erteilen. Eine respektierte Wochenzeitung mit hoher Leserzahl (*The Sunday Times*) publiziert ab und zu einen Sonderteil, worin verschiedene Listen der "besten Unternehmen, für die man arbeiten kann" veröffentlicht werden, was angeblich auf hohes Interesse bei Stellenbewerbern stösst. Darunter figuriert jeweils eine Liste der Unternehmen, welche sich im Bereich der Gleichstellung besonders verdient gemacht haben. Ihnen werden "Castle Awards" verliehen und das Ministerium agiert als Sponsor für die Veröffentlichung dieser Ehre durch die Zeitung.

2002-2003 hat das Vereinigte Königreich, zusammen mit Dänemark und der Republik Irland und unter EU-Führung, eine Sammlung von Musterverhalten ("best practice") in Form eines Handbuchs für Arbeitgeber herausgegeben.

⁸⁵ Siehe die Entscheidung des obersten britischen Gerichts im Fall *Equal Opportunities Commission and Day v. Secretary of State for Employment*, [1994] 1 All England Law Reports 910.

9. Gibt es Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz (z.B. die Möglichkeit, Löhne von Frauen und Männer auf breiter Basis transparent zu erfassen)?

Die *Equal Opportunities Commission* unternimmt regelmässig Studien in diesem Bereich und gibt Forschungsprojekte in Auftrag. Diese zielen in erster Linie auf die Durchführung von Lohngleichheitsprüfungen innerhalb einzelner Unternehmen⁸⁶. Die Ergebnisse sind jedoch anscheinend immer noch sehr lückenhaft, denn die *Equal Opportunities Commission* hat sich neulich (mit Empörung) auf die Feststellung eines privaten Auskunftunternehmens⁸⁷, wonach weibliche Teilzeitangestellte circa 40% weniger verdienen als ihre männlichen Kollegen, verlassen.

10. Folgende öffentlich zugänglich Internet-Adressen enthalten zusätzliche Informationen:

<http://www.womenandequalityunit.gov.uk/> (*Women and Equality Unit*, site spécifiquement pertinent du gouvernement britannique)

<http://www.eoc.org.uk/> (*Equal Opportunities Commission*, nouvel organisme étatique chargé de lutter contre toute forme de discrimination)

<http://www.eoc-law.org.uk/cseng/legislation/epa.pdf> (contient les lois actuelles sur l'égalité salariale)

<http://www.gnn.gov.uk/environment/detail.asp?ReleaseID=150061> (le *Government News Network* a publié un article introductif sur le nouveau *Equality Bill*, devenu depuis l'*Equality Act*)

<http://www.gender-equality.webinfo.lt/results/uk.htm> (gender equality issues - peut-être la meilleure adresse, donne un aperçu des différentes commissions)

<http://www.aut.org.uk/index.cfm?articleid=18> (site du *Higher Education Union*, un syndicat)

<http://www.tuc.org.uk/equality/index.cfm?mins=107&minors=24> (site du *Trade Union Council* = union des syndicats britanniques)

<http://www.mbs.ac.uk/research/centres/european-employment/conference-seminars/documents/EOCwomensworkpay.pdf> (equal opportunities, autres documents)

<http://www.amicustheunion.org/Default.aspx?page=126> (donne adresses diverses: femmes, minorités sexuelles, racisme)

<http://www.cepr.org/AboutCEPR/policies.htm> (*Centre for Economic Policy Research*, indique les lois sur l'égalité actuellement en vigueur)

⁸⁶ Siehe unter http://www.eoc.org.uk/EOCeng/dynpages/researchTopic_Pay.asp

⁸⁷ Siehe <http://www.payfinder.com/>

Anglosächsische Staaten: Grossbritannien

<http://womensissues.about.com> (site féministe un peu commercial)

<http://www.sosig.ac.uk/roads/subject-listing/World-cat/womlaw.html> (Social Science Information Gateway, différents sujets concernant les femmes)

Martin Sychold

USA

Résumé

The most important pieces of U.S. federal legislation concerning sex discrimination are the **Equal Pay Act** ("EPA") and Title VII of the **Civil Rights Acts** of 1964 ("Title VII").

EEOC

The **Equal Opportunity Employment Commission** ("EEOC"), a government entity, interprets and enforces the EPA and Title VII.

The EEOC has a policy in favor of **ADR: no-cost mediation, conciliation and settlement are available and encouraged.**

The Equal Pay Act prohibits paying disparate wages for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort and responsibility and which are performed under similar working conditions except where such discrepancy is due to (i) a seniority system, (ii) a merit system, (iii) a system which measures earnings by quantity and/or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex.

Either the **individual victim or the EEOC may sue**, but an EEOC suit will preclude a private action. A **class action suit** – brought directly or by an organization on behalf of members – may also be instituted.

Sanctions include 2-3 years of back pay, possible "liquidated damages" of an additional equal amount, injunctive relief, such as front-pay or a promotion, and may include punitive damages. Attorneys' fees may be awarded to prevailing parties.

Title VII

Title VII applies to employers with more than 15 employees and prohibits discrimination based on sex, including pregnancy, in hiring, discharging, compensation or terms, conditions or privileges of employment. This includes disparate treatment, disparate impact and sexual harassment. Affirmative defenses include business necessity, bona fide occupational qualification as well as those under the Equal Pay Act. **Retaliation for filing a complaint or participating in an investigation is also prohibited.**

An individual must file with the EEOC and receive permission to sue prior to filing a private suit.

Courts have broad powers to fashion appropriate monetary and injunctive relief including hiring, reinstatement, assignment, transfer, retroactive seniority, front pay and back pay, which may cover more than the maximum 3 years allowed under the EPA. Affirmative relief may also include requiring adherence to particular procedures for hiring, promotion and testing or adoption of anti-harassment policies and complaint procedures. Compensatory and punitive damages may be available in certain circumstances.

1. Quelles dispositions règlent la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

1.1. *Employment Discrimination*

Employment discrimination law in the United States is composed of federal and state statutes. This opinion, however, will be generally limited to a discussion of federal law. The United States Constitution and some state constitutions provide additional protection where the employer is a governmental body, or if the government has taken significant steps to foster the discriminatory practice of the employer. Although many States include a guarantee of equal rights for women in their State Constitutions, to date, attempts to adopt the Equal Rights Amendment, which would amend the U.S. Constitution to specifically guarantee equal rights for both sexes, have failed. This does not mean, however, that there is no protection against discrimination on the basis of gender.

1.1.1. Constitutional Law

Although the word "sex" appears only in the Nineteenth Amendment to the U.S. Constitution (guaranteeing women the right to vote), there is a very large and complex body of case law which derives a series of guarantees of equal treatment for women from the U.S. Constitution and its Amendments. The details and subtleties of this area go beyond the scope of this legal opinion, however, we provide the following brief, and therefore, by definition, overly-simplified, summary of some of the most important points of this body of law.

The Fifth and Fourteenth Amendments of the United States Constitution limit the power of the federal and state governments to discriminate. The **Fifth Amendment** has an explicit requirement that the **federal government not deprive individuals of "life, liberty, or property," without due process of the law.**⁸⁸ It also contains an implicit guarantee that each person receives equal protection of the laws. The **Fourteenth Amendment** explicitly prohibits **States** from **violating an individual's rights of due process and equal protection.**⁸⁹ In the employment context, the right of equal protection limits the power of the state and federal governments to discriminate in their employment practices by treating employees, former employees, or job applicants unequally because of membership in a group (such as a race or sex). Due process protection requires that employees have a fair procedural process before they are terminated if the termination is related to a "liberty" (such as the right to free speech) or property interest.

Applicable Standard of Review

The U.S. Supreme Court tests the constitutionality of governmental action, including legislation. In every U.S. Supreme Court case, a standard of review is explicitly or implicitly applied to test the constitutional requirements of ends and means. The standard of review selected by the Court is critical to the decision ultimately reached. Where the "strict scrutiny" standard is applied, the Court usually finds the challenged

⁸⁸ See U.S. Const. Amend. V.

⁸⁹ See U.S. Const. Amend. XIV.

statute unconstitutional; whereas most statutes survive challenge under the lenient "rational basis" standard.

If a statute classifies on the basis of a **fundamental right or a suspect group of persons**, the Court applies the **"strict scrutiny" standard**. In order to survive that test, the challenged statute must serve a **compelling government interest and the specific provisions of the statute must be "strictly tailored"** to the achievement of the compelling purpose, with **no less invasive means available**.

The **"rational basis"** standard requires that the **purpose**, the end for which a statute is enacted, be **constitutionally legitimate**, and the **means** selected must be **rationally related to accomplishing that end**.

Under the **"heightened"**, **"intermediate"** or **"gender"** standard, the outcome is less certain⁹⁰. Under this standard, the classification **"must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similarly circumstanced shall be treated alike."** To withstand constitutional challenge **classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives."**

The **gender standard** is applied primarily to **de jure sex based classifications** that implicate the equal protection clause of the Fourteenth Amendment and its Fifth Amendment due process counterpart. Statutes that classify by **gender neutral** terms and have an admitted **disparate impact** against one sex are nonetheless subject only to the **rational basis** test. To establish a claim of sex discrimination for such statutes, plaintiffs must prove that the legislative body enacted the statute with **invidious discriminatory purpose**. An adverse impact is not actionable when it is an unavoidable companion to a non-discriminatory motive.⁹¹ Note, however, that the Court has treated classification by pregnancy for insurance purposes as gender neutral,⁹² a decision which most likely spawned the Pregnancy Discrimination Act⁹³.

It should be noted that the selection of a standard of review for analysis of statutes involving women's rights and sex based discrimination must initially **distinguish cases involving denial of fundamental rights⁹⁴ under due process claims from those involving gender based classification under equal protection claims**. This distinction is often controversial even among the members of the Supreme Court.

Discrimination in the private sector is not directly constrained by the Constitution, but has become subject to a growing body of federal and state statutes.

⁹⁰ See *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, (1976).

⁹¹ See *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229(1976).

⁹² *Geduldig v. Aiello*, 47 U.S. 484 (1974).

⁹³ Pub. L. 95-555 (1978). This law amended Title VII (see discussion, *infra*) to include pregnancy in the list of prohibited bases of discrimination.

⁹⁴ The most relevant of such rights to this discussion is that of the right to privacy, which encompasses reproductive rights.

1.1.2. The Equal Pay Act

The Equal Pay Act⁹⁵ became effective in 1964 as an amendment to § 6 of the Fair Labor Standards Act. **The Equal Pay Act prohibits paying disparate wages based on sex by employers and unions.**⁹⁶ It specifically prohibits discrimination on the basis of sex by paying wages to employees at a rate less than the rate at which employees of the opposite sex are **paid for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system, (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity and/or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex.** It does not prohibit other discriminatory practices or bias in hiring. Employment related payments such as overtime, uniforms and travel are also included.

The plaintiff must establish that he or she is doing the same tasks as an employee of the other sex, that the work is substantially equal as to skill, effort and responsibility, is performed in the same establishment under the same working conditions, and that the other employee is being compensated at a higher rate. Courts have not been sympathetic to arguments that sex segregated departments cannot be compared or that the variance between them necessarily precludes a finding that the work is substantially equal. **Upon this showing, the burden shifts to the defendant to establish that the pay differential is permissible because it falls under one of the four affirmative defenses** (merit, production, seniority or factors other than sex) cited above.

It should be noted that, by analogy to a Title VII case, when the employer's legitimate affirmative defense for a pay differential is accompanied by a discriminatory motive,

⁹⁵ 29 U.S.C. § 206.

⁹⁶ 29 U.S.C. § 206(d) provides:

"(1) No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: Provided, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee.

(2) No labor organization, or its agents, representing employees of an employer having employees subject to any provisions of this section shall cause or attempt to cause such an employer to discriminate against an employee in violation of paragraph (1) of this subsection.

(3) For purposes of administration and enforcement, any amounts owing to any employee which have been withheld in violation of this subsection shall be deemed to be unpaid minimum wages or unpaid overtime compensation under this chapter.

(4) As used in this subsection, the term "labor organization" means any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work."

the employer must prove by a preponderance of the evidence that the same pay discrepancy would have existed without the discriminatory element.^{97]}

The Equal Pay Act, as part of the Fair Labor Standards Act, **applies to employees engaged in some aspect of interstate commerce or all of an employer's workers if the enterprise is engaged as a whole in a significant amount of interstate commerce.** There are no numerical requirements concerning the number of employees.

1.1.3. Civil Rights Acts

The Nineteenth Century Civil Rights Acts⁹⁸, amended in 1993, ensure all persons equal rights under the law and outline the damages available to complainants in actions brought under the Civil Rights Act of 1964, Title VII.⁹⁹,

Title VII

Title VII is both broader and narrower than the EPA. It prohibits discrimination in many more aspects of the employment relationship. It applies to most employers engaged in interstate commerce with **more than 15 employees**, including state and local governments, labor organizations, and employment agencies and the federal government. A company with fewer than fifteen employees that is the alter ego of other interests of its owner may also be an employer within the meaning of Title VII.¹⁰⁰ A company that meets the criteria of application of Title VII may, however, fall under one of the exceptions to the EPA and thus not be subject to the provisions of the latter law.

The Civil Rights Act of 1964 **prohibits discrimination based on** race, color, religion, **sex** or national origin. Title VII was amended by the Pregnancy Discrimination Act¹⁰¹, which prohibits discrimination on the basis of **pregnancy, childbirth or related medical conditions**, which are deemed to be instances of sex discrimination. Under Title VII, it is **illegal for employers to discriminate in hiring, discharging, compensation, or terms, conditions, and privileges of employment.**

It covers the employment relationship from pre-hiring advertisement to post-employment references, encompassing events in between: interviewing, hiring, placement, promotions, wages, benefits, job training, working conditions, working atmosphere, seniority, transfer, reassignment, layoff and discharge or any other terms, condition or privilege of employment. The employer is further forbidden to classify applicants or employees in any way that would tend to deprive any individual of employment opportunities because of such individual's sex.¹⁰² Employment agencies may not discriminate when hiring or referring applicants. Labor

⁹⁷ *Hopkins v. Price Waterhouse*, 920 F.2d 967 (D.C.Cir. 1990).

⁹⁸ 42 U.S.C. §§ 1981, 1981a, 1983, 1988.

⁹⁹ Pub. Law 88-352, codified at 42 U.S.C. § 2000e *et seq.* (hereafter "Title VII")

¹⁰⁰ *Spry v. Kellos-Sims Crane Rental, Inc.*, 507 F.Supp. 745 (S.D.Ga. 1981).

¹⁰¹ Pub. Law 95-555.

¹⁰² Title VII § 703(a)(2).

Organizations are also prohibited from basing membership or union classifications on race, color, religion, sex, or national origin.¹⁰³

Title VII also **prohibits employment decisions based on stereotypes** and assumptions about abilities, traits, or the performance of individuals on the basis of sex. Title VII prohibits both intentional discrimination and neutral job policies that disproportionately exclude individuals on the basis of sex and that are not job related. Unlike the Equal Pay Act, however, **Title VII does not require that the claimant's job be substantially equal to that of a higher paid person of the opposite sex or require the claimant to work in the same establishment.**

Alleged discrimination that occurs "because of" reasons other than sex is not prohibited under this law. Where an employer classification is *prima facie* gender neutral, the plaintiff must establish on other grounds that the discrimination occurred "because of" sex. Theories of "disparate treatment" and "disparate impact" have evolved, each with distinct elements necessary to constitute a *prima facie* case. A third distinct theory is developing when de facto classification by sex, accompanied by depressed wages, is a consequence of intangible market and cultural career expectations of both employer and employees.

- ***Disparate Treatment***

Disparate treatment claims **require proof of discriminatory intent or motive**, but such proof may be inferred from differences in treatment.¹⁰⁴ The plaintiff must show **(1) that she is a member of the class protected by the statute; (2) that the employer was seeking applicants for the position; (3) that she was qualified for the position; (4) that she applied for the position; (5) that although qualified, she was rejected and (6) that the employer continued to seek applicants with plaintiff's qualifications.**¹⁰⁵

- ***Disparate Impact***

Discrimination under a theory of disparate impact occurs when **a facially gender neutral rule or practice of the employer has a disproportionate effect on one sex.** A disparate impact case is grounded primarily in § 703(a)(2) which prohibits segregation or classification by sex. The fact of disparate impact suggests that sex, a prohibited classification, was in fact the motivating factor for the neutral rule or practice. In contrast to a theory of disparate treatment, **intent is not required to sustain a disparate impact case.** Height and weight requirements, advanced educational degrees and marital and parental status are examples of the neutral rules and practices that can have disproportionate impact on one gender. The evidence adduced in these cases is usually statistical.

Under a theory of **comparable worth**, discrimination may be evidenced by over representation of one sex in an occupation, such as nursing and domestics.

¹⁰³ See http://fatty.law.cornell.edu/topics/employment_discrimination.html.

¹⁰⁴ *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

¹⁰⁵ *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981).

- **Affirmative Defenses**

The affirmative defenses of legitimate, **nondiscriminatory reasons** for disparate treatment claims, and of **business necessity** for disparate impact claims, have been judicially created. There are also a number of statutory defenses. The most significant are the **bona fide occupational qualification** ("BFOQ") that is reasonably necessary to the normal operation of that particular business¹⁰⁶ and the Bennett Amendment¹⁰⁷ which links Title VII compensation claims to the four affirmative defenses of the Equal Pay Act. The BFOQ is **limited to hiring and assignment** and thus cannot be invoked as a defense to other aspects of employment covered under Title VII. Other statutory defenses include ability testing, or bona fide seniority or merit systems.

- **Sexual Harassment**

The Equal Employment Opportunity Commission ("EEOC")¹⁰⁸ guidelines define sexual harassment as **unwelcome sexual advances, requests for sexual favors**, and other verbal and physical conduct of a physical nature, occurring under any of three conditions: (1) when submission is either **explicitly or implicitly a term or condition of employment**; (2) when submission to or rejection of the conduct is **the basis for employment decisions affecting the individual**, or (3) when the conduct has either **the purpose or effect of substantially interfering with the individual's work performance or creating an intimidating, hostile or offensive working environment**¹⁰⁹. The employer will be liable if he knows or should have known of the harassing conduct, although "immediate and appropriate corrective action" will rebut liability.

Sexual harassment which creates a hostile or abusive work environment is actionable under Title VII even where there is no tangible financial detriment.¹¹⁰ A written sexual harassment policy and established grievance procedure do not insulate the employer. He may be held liable on agency principles for actions of supervisors and managers, as well as for his own.

It should be noted that sexual harassment claims have also been upheld under the Fourteenth Amendment, 42 U.S.C. § 1983¹¹¹ and under the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act.¹¹²

1.1.4. The EEOC

The Equal Opportunity Employment Commission (**EEOC**) **interprets and enforces the Equal Pay Act and Title VII of the Civil Rights Act of 1964**. The Commission was established by Title VII. Its enforcement provisions are contained in section 2000e-5 of Title 42, and its regulations and guidelines are contained in Title 29 of the Code of Federal Regulations, part 1614.

¹⁰⁶ Civil Rights Act of 1964 § 703(e).

¹⁰⁷ Id. § 703(h).

¹⁰⁸ See discussion under "EEOC"*infra*.

¹⁰⁹ 29 C.F.R. § 1064.11(a)(1988).

¹¹⁰ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

¹¹¹ *Bohen v. City of East Chicago*, 799 F.2d 1180 (7th Cir. 1986).

¹¹² *Hunt v. Weatherbee*, 626 F.Supp. 1097 (D. Mass. 1986).

The EEOC does not enforce Section 117 (coverage of the U.S. House of Representatives and agencies of the Legislative Branch), Title II (The Glass Ceiling Act¹¹³); and portions of Title II establishing the Office of Senate Fair Employment Practices of the Civil Rights Act of 1991.

1.1.5. State Laws

State statutes also provide extensive protection from employment discrimination. Some laws extend similar protection as provided by the federal acts to employers who are not covered by those statutes. Other statutes provide protection to groups not covered by the federal acts. A number of state statutes provide protection for individuals who are performing civil or family duties outside of their normal employment.

1.2. Education

The Education Amendments of 1972 of Title IX¹¹⁴ **prohibit discrimination in any education program or activity receiving Federal financial assistance on the basis of sex**. Exceptions are made for certain religious and military institutions as well as "certain public institutions of undergraduate higher education that traditionally and continually from its establishment has had a policy of admitting only students of one sex"¹¹⁵. A number of other specific exceptions, such as that for higher education scholarship awards in beauty pageants, are also enumerated in the statute.

Examples of the types of discrimination that are covered under Title IX include **sexual harassment, the failure to provide equal opportunity in athletics, and discrimination based on pregnancy**. The Title IX regulations are **enforced by the Office for Civil Rights** ("OCR") and are in the code of federal regulations at 34 CFR Part 106. If the school receives no federal funds, Title IX does not apply.

Title IX also prohibits employment discrimination, but employment discrimination complaints filed with OCR are generally referred to the EEOC.

2. **Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?**

2.1. Retaliation

Title VII

Retaliation for complaining about sexual harassment or participating in an investigation of sexual harassment is illegal. This can include being asked to take

¹¹³ Pub. L. 102-166 (1991).

¹¹⁴ 20 U.S.C. §§ 1681-88.

¹¹⁵ 20 U.S.C. § 1681(5).

an unpaid leave of absence, although the harasser continues to work; being reassigned to a less desirable position in the same or different department.

It is **also unlawful** to retaliate against an individual **for opposing employment practices that discriminate based on sex or for filing a discrimination charge, testifying, or participating in any way in any investigations, proceedings, or litigation** under Title VII.¹¹⁶

Title IX

Title IX prohibits **retaliation for filing an OCR complaint or for advocating for a right** protected by Title IX.

2.2. Who Files Suit?

Equal Pay Act

As discussed above, the **EEOC bears responsibility for enforcing** the EPA. It can initiate its own investigations, but most investigations are conducted in response to complaints lodged by employees.¹¹⁷ **Individuals may bring individual actions on their own behalf as well as collective actions in state or federal court on behalf of themselves and other similarly situated employees who consent in writing** to become a party to the lawsuit. Unnamed members of an alleged class must "opt in", by filing their written consents, to participate in and be bound by adjudication.¹¹⁸ EPA plaintiffs have the right to a jury trial.

An individual may initiate a private action under the EPA without filing with the EEOC or she may file with the EEOC and let the agency investigate the complaint. **If the government institutes suit, the aggrieved individual is precluded from filing a private action.**

The Secretary of Labor can file a complaint under § 217 for an injunction on behalf of the employees.

Title VII

The **EEOC is responsible for the administrative intake, investigation, and conciliation of charges of discrimination under Title VII.** It has the **authority to initiate litigation**¹¹⁹ and to **intervene in private litigation.**¹²⁰

A written complaint, called a "charge" **can be filed (1) by a person who claims to be aggrieved, (2) by a person or organization who is filing on behalf of an aggrieved person, or (3) EEOC Commissioners.**¹²¹

¹¹⁶ § 704(a).

¹¹⁷ Roseberry, op.cit. at 135 (citations omitted).

¹¹⁸ 29 U.S.C. § 216(b).

¹¹⁹ 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(1).

¹²⁰ 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(1).

Under Title VII, the aggrieved individual cannot bring private suit unless she has first filed with the EEOC and received a notice of the right to sue. Such notice may issue upon: (1) an EEOC finding of no jurisdiction or on any administrative closure; (2) request of the charging party before completion of the administrative process, either before or after the end of the 180-day period following filing of the charge; (3) a dismissal by the EEOC without particularized findings; (4) after a finding of reasonable cause and the entry of an agreement between the EEOC and the employer to which the charging party is not a signatory; or (5) after a finding of reasonable cause, failure of conciliation and a determination that the case will not be litigated by the government itself. Upon receipt of a notice of right to sue the complainant must commence private action within 90 days.

2.3. Burden of Proof

Equal Pay Act

To establish a *prima facie* case of discrimination under the EPA, the plaintiff must show that there exists one worker of the opposite sex who receives more pay than the plaintiff for equal work in the same establishment.¹²²

Title VII

A *prima facie* case of Title VII discrimination may be established under a variety of theories, the most common of which are disparate treatment and disparate impact. These theories are discussed above under question 1, *infra*.

- Disparate Treatment

A claim under the theory of disparate treatment requires **proof of discriminatory motive**, "although in some situations it **can be inferred from the mere fact of differences in treatment**."¹²³ Disparate treatment can be individual or systemic.

Individual Discrimination

In *McDonnell Douglas Corp. v. Green*¹²⁴ and *Texas Department of Community Affairs v. Burdine*,¹²⁵ the U.S. Supreme Court set forth the basic framework concerning burdens and presentation of proof in a case of individual disparate treatment. First, the **plaintiff has the burden of proving by a preponderance of the evidence a *prima facie* case of discrimination**.¹²⁶ The **burden of**

¹²¹ Id. § 2000e-5(b).

¹²² *Corning Glass Works v. Brennan*, 417 U.S. 188 (1974). But see *Hein v. Oregon College of Education*, 718 F. 2d 910 (9th Cir. 1983) (rejecting comparison of female plaintiff with single higher-paid male where there was also a lower-paid male; requiring comparison with average wages paid to all employees of the opposite sex performing substantially equal work. As cited in Lynn M. Roseberry, *THE LIMITS OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW IN THE UNITED STATES AND EUROPEAN COMMUNITY*, DJØF Publishing Copenhagen, 1999, p. 39.

¹²³ *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 335 n. 15 (1977).

¹²⁴ 411 U.S. 792 (1973).

¹²⁵ 450 U.S. 248 (1981) (hereafter "Burdine").

¹²⁶ See discussion under question 1, *supra*.

proof then shifts to the employer to "articulate some legitimate, non-discriminatory reason" for the employee's rejection.¹²⁷ The defendant is not required to prove that the decision was based on this other reason; he need only rebut the presumption of discrimination created by the *prima facie* case. **If the employer meets this burden, the plaintiff must have an opportunity to prove, again by preponderance of the evidence, that the legitimate reasons offered by the defendant were not its true reasons, but were a pretext for discrimination.**¹²⁸ This may be done either directly, by persuading the court that a discriminatory reason more likely motivated the employer or indirectly by showing the "employer's proffered explanation is unworthy of credence."¹²⁹ Federal circuit courts are split on the issue of whether a plaintiff who proves a *prima facie* case and persuades the finder of fact that the employer's explanation is not credible is entitled, on that basis alone, to judgment as a matter of law.¹³⁰

Systemic Discrimination

In *Teamsters v. U.S.*¹³¹ the Supreme Court held that because **the government** was alleging systemic discrimination, it "had to prove more than the mere occurrence of isolated or 'accidental' or sporadic discriminatory acts. It **had to establish by a preponderance of the evidenced that racial discrimination was the company's standard operating procedure – the regular rather than the unusual practice.**"¹³² The requisite intent is inferred by comparing **statistical evidence** of existing conditions with statistical evidence of the *expected* conditions absent discrimination and then calculating the probability that any resulting disparity could arise by chance. If the probability is too low, an inference of discriminatory intent is appropriate.

- ***Disparate Impact***

Disparate impact is **proved by statistical evidence**, in particular **concerning potential selection rate** statistics, comparing the percentage of the plaintiff's protected group that pass screening tests, meet employment criteria, or are actually hired or promoted, with the corresponding success rate for the majority group. Statistical proof **must relate to an identifiable component of the hiring process**, except where the plaintiff demonstrates to the court that the elements of a respondent's decision-making process cannot be separated for analysis.¹³³

Unlike claims under the EPA, "substantial equality" of jobs is not an element of a *prima facie* case for sex-based wage discrimination.¹³⁴ It remains unclear, however, whether comparable worth statistics are sufficient to prove discriminatory intent.¹³⁵

¹²⁷ *Burdine*, op.cit. at 252-53 (summarizing *McDonnell Douglas*).

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.* at 256.

¹³⁰ *Roseberry*, op.cit. at 85.

¹³¹ 431 U.S. 324 (1977).

¹³² *Id.* at 330.

¹³³ *Roseberry*, op.cit. at 88.

¹³⁴ *County of Washington v. Gunther*, 451 U.S. 161 (1981).

¹³⁵ *Roseberry*, op.cit., at 51.

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

Equal Pay Act

Sections 16 and 17 of the Fair Labor Standards Act set forth the remedies available for EPA violations.¹³⁶ Section 16(a) creates **criminal liability for willful violations**, but it is **rarely invoked**.¹³⁷ Sections 16(b) and (c) permit both the government and employees to file suit to collect back pay, i.e. the amount that they were not paid because of sex discrimination. **Back pay is limited to the two-year period before the filing of the complaint, or 3 years if a willful violation is proven.**¹³⁸

In addition to lost wages, the successful EPA plaintiff **may be entitled to "liquidated damages" in an additional amount equal to lost wages.**¹³⁹ The court may deny liquidated damages, in whole or in part, if the employer proves that it acted in "good faith" and had "reasonable grounds for believing" that its actions did not violate the EPA.¹⁴⁰

Section 17 of the FLSA permits **injunctive relief** in both government and private cases. Injunctive relief may consist of **a promotion or front-pay.**¹⁴¹ Under some circumstances, **punitive damages may be available.**

The EPA also specifically authorizes an award of **attorneys' fees and costs to prevailing private parties.**¹⁴²

Violation of EPA § 215 (**transport or sale of goods produced by employees employed in violation of EPA** or discrimination in retaliation for filing a complaint) are subject to **fines of up to \$10'000 and, for repeat offenders, imprisonment of up to 6 months** and may be liable for such legal or equitable relief as may be appropriate to effectuate the purposes of § 215(a)(3) including without limitation employment, reinstatement, promotion, and the payment of wages lost and an additional equal amount as liquidated damages plus reasonable attorneys' fees and costs.

Title VII

Title VII authorizes **injunctive and affirmative relief for individuals as well as the EEOC.** It vests the **courts with broad powers to fashion the appropriate equitable relief**, monetary as well as injunctive **including hiring, reinstatement, assignment, transfer, retroactive seniority, front pay and back pay.**¹⁴³ Back pay may cover

¹³⁶ 29 U.S.C. §§ 216-17.

¹³⁷ Roseberry, op.cit. at. 149.

¹³⁸ 29 U.S.C. § 225(a).

¹³⁹ 29 U.S.C. § 216(b) and (c).

¹⁴⁰ 29 U.S.C. § 260.

¹⁴¹ Roseberry, op.cit., at 149.

¹⁴² Id.

¹⁴³ 42 U.S.C. § 1981a (1994). That section provides in relevant part:
"§ 1981a. Damages in cases of intentional discrimination in employment
(a) Right of recovery
(1) *Civil rights*

more than the maximum three years allowed under the EPA. A person discriminated against under Title VII must mitigate damages by taking equivalent employment if available. The court may enjoin prohibited behavior, and concurrently "order such affirmative action as may be appropriate." Such action includes, but is not limited to, "reinstatement or hiring of employees, with or without back pay . . . or any other suitable relief as the court deems appropriate."¹⁴⁴

Other kinds of **affirmative relief** granted include **decrees requiring adherence to particular procedures for hiring, promotion and testing.** In cases of sexual harassment, **courts may require employers to adopt anti-harassment policies and complaint procedures.** In order to enable the courts to ensure compliance, they may retain jurisdiction over a case to review compliance with their remedial orders,

In an action brought by a complaining party under section 706 or 717 of the Civil Rights Act of 1964 against a respondent who engaged in unlawful intentional discrimination (not an employment practice that is unlawful because of its disparate impact) prohibited under section 703, 704, or 717 of the Act, and provided that the complaining party cannot recover under section 1981 of this title, the complaining party may recover compensatory and punitive damages as allowed in subsection (b) of this section, in addition to any relief authorized by section 706(g) of the Civil Rights Act of 1964, from the respondent.

[. . .]

(b) Compensatory and punitive damages

(1) *Determination of punitive damages*

A complaining party may recover punitive damages under this section against a respondent (other than a government, government agency or political subdivision) if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual.

(2) *Exclusions from compensatory damages*

Compensatory damages awarded under this section shall not include backpay, interest on backpay, or any other type of relief authorized under section 706(g) of the Civil Rights Act of 1964

(3) *Limitations*

The sum of the amount of compensatory damages awarded under this section for future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses, and the amount of punitive damages awarded under this section, shall not exceed, for each complaining party--

(A) in the case of a respondent who has more than 14 and fewer than 101 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$50,000;

(B) in the case of a respondent who has more than 100 and fewer than 201 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$100,000; and

(C) in the case of a respondent who has more than 200 and fewer than 501 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$200,000; and

(D) in the case of a respondent who has more than 500 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, \$300,000.

(4) *Construction*

Nothing in this section shall be construed to limit the scope of, or the relief available under, section 1981 of this title.

(c) Jury trial

If a complaining party seeks compensatory or punitive damages under this section--

(1) any party may demand a trial by jury; and

(2) the court shall not inform the jury of the limitations described in subsection (b)(3) of this section.

§ 706(g).

modify its orders or extend their duration to enforce compliance or accommodate changed circumstances.

Section 102 of the Civil Rights Act of 1991 established a remedial provision, **42 U.S.C. § 1981a**, for employment discrimination cases brought under Title VII and other federal statutes. This provision **permits compensatory and punitive damage awards against private defendants for disparate treatment, but not disparate impact**, discrimination under Title VII. It also provides for awards of **compensatory, but not punitive, damages against federal, state and local government agencies**. Section 1981a(b)(3) establishes the following **caps for compensatory and punitive damages combined**: (a) \$50'000 for respondents who have from 15 to 100 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year; (b) \$100'000 for respondents with 1001-200 employees; (c) \$200'000 for those with 201-500 employees; and (d) \$300'000 for those with more than 500 employees. A separate cap applies for each distinct claim brought by each complaining party. A defendant's total exposure would thus be the product of the number of persons who join the action, the number of their distinct causes of action, and the amount of the cap.¹⁴⁵

To qualify for compensatory damages, a plaintiff must prove that he or she sustained non-economic injuries, such as emotional distress, pain and suffering, harm to reputation, and other consequential injury caused by the defendant's unlawful conduct. Subject to caps, punitive damages are available against nongovernmental entities for cases of disparate treatment where "the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual."¹⁴⁶

Title IX

Courts disagree whether individuals can seek damages under Title IX or are limited to equitable relief.

4.+5. Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences? La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?

Before a lawsuit can be filed either in federal or state court, a formal complaint must first be filed either with the Federal Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) or a State's fair employment agency.

¹⁴⁵ Roseberry, op.cit., at 157.

¹⁴⁶ 42 U.S.C. § 1981a(b)(1).

EEOC

The EEOC has a **policy in favor of Alternate Dispute Resolution**¹⁴⁷ and offers several forms of ADR as an alternative to the traditional investigative or litigation process.

At the start of any investigation of a complaint filed by an employee, the **employer will be notified whether the charge is eligible for mediation**.¹⁴⁸ Nonetheless, either party can request mediation without an offer from the EEOC and as long as both parties agree to participate, the EEOC will consider the charge for mediation. Either or both parties may, but need not, be represented by legal counsel. The process is strictly confidential. As a result, information revealed during the mediation session cannot be disclosed to anyone including other EEOC personnel and cannot be used during any subsequent investigation.

Once the investigator has completed the investigation, EEOC will make a determination on the merits of the charge.

If the EEOC determines that there is **no reasonable cause** to believe that discrimination occurred, the charging party will be issued a letter called a **Dismissal and Notice of Rights** that tells the **charging party** s/he has the **right to file a lawsuit in federal court within 90 days** from the date of receipt of the letter. The employer will also receive a copy of this document.

If the EEOC determines there is **reasonable cause** to believe discrimination has occurred, **both parties will be issued a Letter of Determination** stating that there is reason to believe that discrimination occurred and **inviting the parties** to join the agency in seeking to resolve the charge, through an informal process known as **conciliation**.

Where **conciliation fails**, the **EEOC has the authority** to enforce violations of its statutes by **filing a lawsuit in federal court**. If the **EEOC decides not to litigate**, the **charging party** will receive a **Notice of Right to Sue** and **may file a lawsuit in federal court within 90 days**.

Mediation

The **mediation program is strictly voluntary**, and it is **offered free of charge to the parties**. Mediation will **usually take place early in the process prior to an investigation of the charge; however it is also available at the conciliation stage**, after a finding of discrimination has been issued, in appropriate cases.¹⁴⁹

The EEOC declares the following concerning the qualification of mediators:

¹⁴⁷ See EEOC Policy Statement at: <http://www.eeoc.gov/policy/docs/adrstatement.html>, last visited on July 11, 2005.

¹⁴⁸ Charges that are not eligible include Commissioner, class and systemic charges, and Equal Pay Act charges. See: <http://www.eeoc.gov/mediate/referralpilotqanda.html>, last visited July 11, 2005.

¹⁴⁹ See http://www.eeoc.gov/mediate/mediation_qa.html, last visited July 11, 2005.

Anglosächsische Staaten: USA

Only mediators who are experienced and trained in mediation and equal employment opportunity law are assigned to mediate EEOC charges. EEOC has a staff of trained mediators. We also contract with professional external mediators to mediate charges filed with EEOC. All EEOC mediators, whether internal staff or external mediators, are neutral unbiased professionals with no stake in the outcome of the mediation process.¹⁵⁰

The EEOC encourages employers to enter into Universal Agreements to Mediate (UAMS) pursuant to which an employer agrees with the EEOC- through a local, regional or national office, to mediate all of an employer's eligible charges. Because mediation is voluntary, the employer of the charging party may opt out of mediation on a particular charge even though a UAM has been signed.¹⁵¹

The EEOC has also launched a "Referral Back" Mediation Pilot Program pursuant to which a charging party who has filed a charge with the EEOC may elect to have his or her charge referred to the employer's own qualifying dispute resolution program¹⁵² in an attempt to resolve the dispute. The processing of the charge will then be suspended for up to 60 days during this attempt.¹⁵³

Settlement

Charges of discrimination **may be settled at any time** during the EEOC investigation. Settlement is an informal and voluntary process which includes no admission of liability and will result in the charge being dismissed. These agreements, which must be in writing, are enforceable.¹⁵⁴

150

Id.

151

See Questions and Answers: Universal Agreements to Mediate at:
<http://www.eeoc.gov/mediate/uam.html>, last visited on July 11, 2005.

152

The EEOC has established general criteria for an employer's program to be considered for the Pilot include the following:

The employee's participation is voluntary.

The employer has clearly written procedures which have been communicated to employees.

The program is free to the employee.

The program addresses claims and provides the relief available under EEOC statutes.

Settlements are in writing and enforceable in court.

The internal program is an established one. To be established an employer must demonstrate: that employees have used its internal ADR program for EEO related disputes;

that it has recently and effectively informed employees of the existence of its ADR program, or the employer must agree, in coordination with the EEOC, to publicize its participation in the Referral Back pilot.

The EEOC's selection of the employer does not constitute an endorsement or approval of an employer's program. It merely indicates that the program meets the criteria for participation in the Pilot.

See: <http://www.eeoc.gov/mediate/referralpilotqanda.html>, last visited July 11, 2005.

153

See Questions and Answers: EEOC "Referral Back" Mediation Pilot Program at:
<http://www.eeoc.gov/mediate/referralpilotqanda.html>, last visited July 11, 2005.

154

See <http://www.eeoc.gov/employers/investigations.html#mediation>, last visited July 11, 2005.

Conciliation

The **EEOC is statutorily required to attempt to resolve findings of discrimination through "informal methods of conference, conciliation, and persuasion."**¹⁵⁵

After the **parties have been informed** by letter that the evidence gathered during the investigation establishes that there is **"reasonable cause"** to believe that discrimination has occurred, the parties will be invited to participate in conciliation discussions. This is a **voluntary negotiation, in which the EEOC investigator collaborates**, which offers the parties a final opportunity to develop an appropriate remedy for the discrimination and to resolve the charge prior to EEOC considering the matter for litigation.¹⁵⁶

6. **La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?**

The EEOC

The EEOC¹⁵⁷ has the **authority to bring actions** to remedy a "pattern or practice of resistance to the full enjoyment of any of the rights secured" by Title VII, that is "intended to deny the full exercise" of Title VII rights.¹⁵⁸

The EEOC offers many **outreach, education, and technical assistance programs – most of which are free of charge – to encourage voluntary compliance** with the anti-discrimination laws and to assist employers, employees and stakeholder groups to understand **and prevent discrimination**.

The Office for Civil Rights

The mission of the **Office for Civil Rights ("OCR")**¹⁵⁹ is to ensure equal access to education and to promote educational excellence throughout the nation through vigorous enforcement of civil rights. An individual may invoke Title IX by making a complaint to the OCR, which **will investigate the complaint, and attempt voluntary reconciliation if discrimination is found**. If **satisfactory resolution is not reached, the OCR will issue a right to sue letter** to the aggrieved individual who may then bring a private cause of action against the discriminating education institution.

Agency-initiated cases, typically called compliance reviews, permit OCR to target resources on compliance problems that appear particularly acute. **OCR also provides technical assistance to help institutions achieve voluntary compliance**

¹⁵⁵ 42 U.S.C. 2000e-5.

¹⁵⁶ See: <http://www.eeoc.gov/employers/investigations.html#mediation>, last visited on July 11, 2005.

¹⁵⁷ For additional information concerning the EEOC, in particular their annual reports for recent years, see: <http://www.eeoc.gov/abouteeoc/plan/par/2004/index.html>.

¹⁵⁸ 42 U.S.C. § 2000e-6(a) (1994).

¹⁵⁹ For additional information concerning the OCR see: <http://www.ed.gov/about/offices/list/ocr/index.html?src=oc>.

with the civil rights laws that OCR enforces. OCR's technical assistance includes partnerships designed to develop creative approaches to preventing and addressing discrimination.

7. Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vu de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

Ordinarily, in the U.S. each party pays its own attorney's fees and court costs. Attorney's fees can, however, be awarded to prevailing parties who succeed on a significant claim.¹⁶⁰

Where a government agency, such as the EEOC or the OCR initiates the litigation, that agency will assume the relevant costs.

8. Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?

There is a long history of "**affirmative action**" programs – programs which offer preferential aid to a special class of persons who have been victims of discrimination in the past in order to remedy the effects of such past discrimination – in the United States, although initially born out of the civil rights movement of the 1960s to fight against racial discrimination, similar programs aimed at sex discrimination also exist. These programs, however, have been **quite controversial as they may constitute a violation of the equal rights guaranteed by the 14th Amendment** to the Constitution in and of themselves. A very large and complex body of case law has developed around this issue.

Federal Executive Order 11246, as amended by the addition of sex in EO 11375, requires **contractors with the federal government** – which comprises employers estimated to employ a third of the national work force – to "**take affirmative action to ensure that applicants are employed . . . without regard to . . . sex. . . .**" Such affirmative action **includes upgrading, demotion, transfer, layoff, termination, rates of pay or other forms of compensation, and selection for training, including apprenticeship.** First, employers must survey and analyze their workforce in all job categories. Second, if an imbalance is discovered in employment between men and women, the employer must establish goals and timetable to correct deficiencies. Third, the employer must document progress in achieving affirmative action goals.

The Public Works Employment Act¹⁶¹ provides that ten percent of federal funds granted for local public works projects be used to secure services or supplies from minority owned businesses. .

¹⁶⁰ *Texas State Teachers Assn. v. Garland Independent School Dist.*, 489 U.S. 782 (1989).

¹⁶¹ (Pub.L. 94-369 (1976)).

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

Title VII

Title VII imposes a number of requirements on the private sector to support the enforcement process. Section 711 requires employers, employment agencies and labor organizations to post EEOC notices summarizing the requirements of Title VII. Willful failure to display such a notice is punishable by a fine of up to \$100 per offense. Section 709(c) imposes record-keeping requirements. In addition, the EEOC has adopted a rule requiring employers with 100 or more employees to file a report annually showing the relationship of minority and female workers to the employer's total workforce in specified job categories.¹⁶²

Karen Jeanneret-Druckman

¹⁶² 29 C.F.R. § 1602.7.

AUSTRALIEN

Résumé

Das Gleichstellungsrecht ist in Australien relativ weit ausgebaut. Es gibt dort jedoch keine gesetzlichen Beweislast erleichterungen, keine öffentlichen Institutionen, welche ohne eine Klage einer direkt betroffenen Person wegen Diskriminierung im Einzelfall tätig werden können, und keine besondere gesetzliche Kostenregelung.

1. Welche Erlasse regeln in Australien die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

Folgende Gesetze wurden auf Bundesebene erlassen:

- Sex Discrimination Act 1984
 - verbietet geschlechtsspezifische Diskriminierung, auf direkter oder indirekter Weise, u.A. im Berufsleben;
 - verbietet die geschlechtsspezifische Belästigung;
 - gilt als gesetzliche Grundlage des Amtes des *Sex Discrimination Commissioner*.
- Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986
 - gilt als gesetzliche Grundlage aller Aktivitäten der *Human Rights and Equal Opportunity Commission*;
 - verlangt, dass diese Behörde Öffentlichkeitsarbeit zugunsten der Gleichstellung unternimmt;
 - schreibt die Schlichtungs- und Gerichtsverfahrensordnungen bei Klagen wegen Diskriminierung vor.
- Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999
 - gilt als gesetzliche Grundlage aller Aktivitäten der *Equal Opportunity for Women in the Workplace Agency*;
 - verlangt, dass alle Arbeitgeber mit mehr als 100 Angestellten Gleichstellungsprogramme einsetzen und jährlich darüber Bericht erstatten¹⁶³.

Jedes Bundesland und die beiden Bundesterritorien haben zudem ihre eigenen Gesetze im Bereich der Diskriminierung erlassen.

¹⁶³

Text des Gesetzes verfügbar unter:
http://www.eeo.gov.au/About_EOWA/Overview_of_the_Act/The_Act/EOWW_Act_1999.pdf.

2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar? Gibt es zum Beispiel einen besonderen Kündigungsschutz gegen Rachekündigungen, ein Verbandsklagerecht oder Beweislastenerleichterungen in bestimmten Konstellationen?

Eine Rachekündigung, sowie jede andere Benachteiligung einer Person, welche ihre Rechte im Gleichstellungsbereich ausübt oder ausüben möchte, ist eine Straftat nach section 94 und ein selbstständiger zivilrechtlicher Klagegrund nach section 47A des Sex Discrimination Act 1984.

Gewerkschaften geniessen laut section 46P des Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986 ein Verbandsklagerecht. Laut section 46PB und 46PC ist es ebenfalls möglich, dass eine Klage von einer betroffenen Person zugunsten einer Gruppe ebenfalls betroffener Personen eingereicht und verfolgt wird.

Es gibt keine gesetzliche Beweislastenerleichterung. Die anwendbaren Prinzipien sind diejenigen des allgemeinen Zivilrechts, aber die Gerichte wenden diese pragmatisch an. Sie sind also öfters bereit gewesen, eine Diskriminierung festzustellen, wenn kein einzelnes Beweisstück es zwingend verlangte, die allgemeinen Umstände es jedoch glaubhaft erschienen liessen. Andererseits hat es auch Fälle gegeben, in denen die Anschuldigungen der Klägerin so schwerwiegend waren oder unwahrscheinlich erschienen, dass eine erhöhte Beweiserbringung von ihr verlangt wurde. Anzumerken ist, dass bezüglich der "indirekten Diskriminierung" eine teilweise Umkehr der Beweislast eingeführt wurde: kann eine Klägerin beweisen, dass sie zwar nicht willentlich diskriminiert, aber von bestimmten Einstellungen oder Umständen systematisch benachteiligt wurde, so obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass die Einstellungen oder Umstände angemessen sind.

3. Welches sind die Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen?

Laut subsection 46PO(4) des Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986 können folgende Sanktionen im Falle der Feststellung einer Diskriminierung gerichtlich auferlegt werden:

- Unterlassungsbefehl (d.h. die beklagte Partei soll die diskriminierenden Handlungen einstellen und nicht wiederholen;
- Schadenswiedergutmachung in Form eines finanziellen Ausgleichs;
- Anordnung an die beklagte Partei, die Klägerin arbeitsrechtlich anzustellen;
- Änderung von arbeitsvertraglichen Bestimmungen oder Entlassungsentscheide;
- Anordnung an die beklagte Partei, irgendeine andere Handlung vorzunehmen (z.B. Arbeitsabläufe zu ändern oder Hierarchien umzustrukturieren).

- 4. Ist ein Schlichtungsverfahren vorgesehen? Wenn ja, besteht es ausschliesslich oder ergänzend neben einer Klagemöglichkeit? Ist das Schlichtungsverfahren obligatorisch oder fakultativ? Welche Stellung (Unabhängigkeit) und Kompetenzen haben die Schlichtungsorgane und wie sind sie zusammengesetzt?**

Schlichtungsverfahren sind auf Bundes- sowie auch auf Gliedstaatebenen gesetzlich vorgesehen. Sie sind obligatorisch, in dem Sinne, dass eine Diskriminierungsklage immer in Form einer Beschwerde an die zuständige Behörde eingeleitet werden muss. Die Behörde (auf Bundesebene die *Human Rights and Equal Opportunity Commission*) untersucht zuerst die Beschwerde und leitet anschliessend das Schlichtungsverfahren ein, falls die Beschwerde ernst und begründet erscheint. Das Schlichtungsorgan besteht entweder aus einem Mitglied der Behörde (*Commissioner*), oder aus einem hochrangigen Beamten. Dieser hat verschiedene verfahrensmässige Kompetenzen (z.B. die Herausgabe von Unterlagen oder Teilnahme an einer Sitzung anzuordnen), kann die Parteien aber nicht dazu zwingen, ernsthaft an einer Streitbeilegung zu arbeiten, oder eine oder beide Parteien bestrafen, wenn sie es nicht tut oder tun. Erst wenn ein Schlichtungsverfahren für gescheitert erklärt worden ist, kann eine gerichtliche Klage eingereicht werden.

Die Behörden, ihrer Mitglieder und Beamten sind unabhängig, in dem sie nicht mit der einen oder anderen Streitpartei verbunden sein dürfen, stehen dem Diskriminierungsrecht jedoch nicht neutral gegenüber, in dem sie ebenfalls für das allgemeine Voranschreiten der Gleichstellung zuständig sind.

- 5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?**

Nein, wenigstens nicht besonders in Bezug auf Diskriminierungsklagen.

- 6. Gibt es gesetzlich vorgesehene Institutionen, die im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen auch von sich aus tätig werden, d.h. ohne Klage der Betroffenen oder legitimer Interessenverbände? Falls ja, welchen Status und welche Kompetenzen haben sie? Wie werden sie bestimmt und wie sind sie zusammengesetzt? Wie gross sind die für diese Aufgabe zugesprochenen personellen und finanziellen Ressourcen?**

Nein. Der *Sex Discrimination Commissioner* kann zwar als *amicus curiae* in einem Gerichtsverfahren eingreifen, jedoch nicht auf eigene Initiative ein Verfahren einleiten.

- 7. Wie fällt die Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren aus?**

Es gibt keine gesetzliche Sonderregelung; die allgemeinen Prinzipien des Zivilverfahrensrechts sind grundsätzlich anwendbar. Das unterinstanzliche Bundesgericht (*Federal Magistrates Court*), welches Diskriminierungsklagen in der Regel entscheidet, hat jedoch eine gewisse Jurisprudenz entwickelt. So werden Kläger, welche

nicht anwaltlich vertreten sind, oder zugunsten allgemeiner Interessen agieren, manchmal bevorzugt behandelt. Es ist andererseits öfters vorgekommen, dass Kläger, welche nicht-stichhaltige Vorwürfe eingebracht haben, zur Bezahlung auch der Kosten der beklagten Partei verpflichtet wurden. Letztendlich bleibt die Kostenverteilung eine Ermessensentscheidung des Richters im Einzelfall.

8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen (z.B. finanzielle Leistungen, Zertifikationen mit Auszeichnungscharakter)?

Das *Equal Opportunity for Women in the Workplace Agency* vergibt jährlich mehrere "EOWA Business Achievement Awards" als Auszeichnungen von Personen und Organisationen, welche besondere Dienste im Bereich der Gleichstellung leisten oder Vorreiterrollen spielen¹⁶⁴. Dieses Bundesamt erlaubt es zudem Arbeitgebern, welche ihre weiblichen Angestellten fördern und die Gleichstellung vorantreiben, sich als "EOWA Employers of Choice for Women" vorzustellen. Es handelt sich um ein Markenzeichen, welches solchen Arbeitgebern erlauben soll, bei starker Konkurrenz die besten Arbeitskräfte anzulocken¹⁶⁵.

9. Gibt es Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz (z.B. die Möglichkeit, Löhne von Frauen und Männer auf breiter Basis transparent zu erfassen)?

Das *Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999* dient als Grundlage eines breiten Datenerfassungsprogramms. Arbeitgeber sind verpflichtet, jährliche Berichte mit gleichstellungsrelevanten Informationen abzugeben. Die Behörde (*Equal Opportunity for Women in the Workplace Agency*) ist gesetzlich dazu berechtigt, die Herausgabe weiterer statistischer Unterlagen und betriebswirtschaftlicher Prognosen zu verlangen. Wer sich weigert dies zu tun oder falsche Unterlagen liefert, kann strafrechtlich verfolgt werden.

10. Folgende öffentlich zugänglich Internet-Adressen enthalten Informationen:

<http://www.eeo.gov.au/> (site du *Equal Opportunity for Women in the Workplace Agency*, l'organisme fédéral spécifiquement compétent)

<http://www.humanrights.gov.au/> (site du *Human Rights and Equal Opportunities Commission*, chargée au niveau fédéral de la lutte contre toute forme de discrimination)

<http://www.equalopportunity.wa.gov.au/> (site du *Western Australia Equal Opportunity Commission*, chargée de la même lutte au niveau d'un Etat membre de la fédération)

¹⁶⁴ Siehe unter http://www.eeo.gov.au/Business_Achievement_Awards.asp.

¹⁶⁵ Siehe unter http://www.eeo.gov.au/EOWA_Employer_Of_Choice_For_Women.asp.

Anglosächsische Staaten: Australien

<http://www.fms.gov.au/services/html/human.html> (le *Federal Magistrates Court*, Tribunal fédéral de première instance, met à disposition des informations sur "human rights and equal opportunity law")

<http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/69/vol1/ALRC69.html> (rapport de l'Australian Law Reform Commission, organisme officiel fédéral, sur la situation des femmes)

<http://www.nwjc.org.au/womensorgs.html#Australian%20Feminist%20Law%20Foundation> (index des organisations australiennes représentatives de femmes)

<http://www.nwjc.org.au/avcwl/> (*Australian Virtual Centre for Women and the Law*)

<http://women.gov.au/channel/channel.asp?ctid=1&cid=1188&pid=830> (contient des articles sur "access and equity in the legal system")

http://www.eeon.com.au/eeon_useful_links.shtml (*Equal Employment Opportunity Network*, donne des adresses utiles)

Martin Sychold

SOUTH-AFRICA

Résumé

The South-African **Constitution** and a series of Acts of Parliament safeguard the equal treatment of persons in South Africa. The 1998 **Employment Equity Act** guarantees the employment equity of South African workers. The Act prohibits direct and indirect discrimination in public and private employment relationships, protecting both women and other so-called "vulnerable" categories of persons, such as coloured or disabled persons.

The Employment Equity Act differentiates between designated employers (employers who employ more than 50 employees, municipalities and commercially important employers) and non-designated employers. In order to satisfy the employment equity regulations, designated employers are obliged to comply with a series of additional requirements, including the implementation of affirmative action measures and the elaboration of an "employment equity plan", that details the employment equity policy and practices in the designated employer's workplace. Non-designated employers can voluntarily comply with these requirements.

Employees, who are victim of an unfair discrimination, can address their complaint to the South African **labour courts**. South African employment equity legislation **spread the burden of proof** in case of an alleged discrimination **between the employer and the employee**. If the court establishes an unfair discrimination, it may issue any order that it considers just and equitable in the circumstances. The compensation awarded to an unfair dismissed employee, may not exceed more than 24 months salary. The **dismissal** of an employee who took action, or indicated an intention to take action, against the employer, exercising any right conferred by the Labour Relations Act (including the right not be discriminated), automatically qualifies as unfair. Alternatively, South African legislation provides employees with a wide variety of **alternative dispute mechanisms** that include conciliation, mediation and arbitration. **No specific provision** in the South African employment equity legislation addresses the question of a **collective court action** relating to unfair discrimination labour disputes.

Besides the repression of unfair discriminations, South African authorities equally adopt a **proactive approach towards employment equity**, in order to prevent female or other employees from being discriminated. Incentives include the publication of brochures or newsletters in order to increase the awareness of equal rights of all employees. Moreover, contracting with the South African government is subject to compliance with the employment equity regulations.

1. Welche Erlasse regeln die Gleichstellung zwischen Frau und Mann?

Section 9 par. 1 of the Constitution of the Republic of South-Africa¹⁶⁶ guarantees the concept of equal protection of all people. State nor private actors may

¹⁶⁶

Act 108 of 1996, adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. South-African legislation is available on the web-site: <http://www.acts.co.za/>.

unfairly discriminate, either direct or indirect, against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth¹⁶⁷. To promote the achievement of equality, the South-African legislator has adopted several Acts of Parliament designed to protect or advance persons, disadvantaged by unfair discrimination.

The **Promotion of equality and prevention of unfair discrimination Act** enacted by the South African Parliament in 2000, prevents unfair discrimination in the South-African society. The Act does not apply to labour relations¹⁶⁸.

Equal opportunity and fair treatment in the workplace through the elimination of unfair discrimination is covered by the **Employment Equity Act** of 1998. The Employment Equity Act prohibits both private and public employers, to unfairly discriminate so-called "designated groups" – black people (Africans, coloureds and Indians), women and people with disabilities¹⁶⁹ – and redresses disadvantages in the employment experience of these groups by facilitating the implementation of affirmative action measures¹⁷⁰. The Employment Equity Act does not apply to the National Defence Force, the National Intelligence Agency, the South African Secret Service or to the Directors and staff of Comsec¹⁷¹.

The **Basic Conditions of Employment Act** of 1997 provides female employees with a maternity protection (article 25 Basic Conditions of Employment Act), a protection before and after delivery (article 26 Basic Conditions of Employment Act) and with a family responsibility regulation (article 27). The **Labour Relations Act** of 1995 prohibits an unfair dismissal of the employee and protects pregnant female employees (articles 185 through 197B Labour Relations Act). Furthermore, the Labour Relations Act establishes the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration which task include the conciliation, mediation and arbitration of labour law disputes.

A series of **Basic Guides**¹⁷² and **Codes of Good Practices**¹⁷³ issued by the South African Labour Department detail the employment equity regulations for the benefit of the employers and the employees.

¹⁶⁷ Section 9 par. 5 of the South African Constitution.

¹⁶⁸ Article 5 par. 3 of the Promotion of equality and prevention of unfair discrimination Act.

¹⁶⁹ Article 1 Employment Equity Act.

¹⁷⁰ Article 2 litt. b Employment Equity Act.

¹⁷¹ Article 4 par. 3 Employment Equity Act.

¹⁷² Including the Basic Guide to Affirmative Action; Basic Guide to Employment Equity Managers; Basic Guide to Employment Equity Pay Gaps; Basic Guide to Employment Equity Plans; Basic Guide to Employment Equity Reports; Basic Guide to Employment Equity Studies; Basic Guide to Informing Workers about Employment Equity; Basic Guide to Unfair Discrimination. These guides are available on the web site of the South African Department of Labour: <http://www.labour.gov.za/>.

¹⁷³ Including the Code of Good Practices Employment Equity Plans (a guide for employers and workers on key aspects of promoting equal opportunities and fair treatment for people with disabilities). The different codes are available on the website of the Department of Labour: <http://www.labour.gov.za/>.

2. In welchem Mass sind solche Erlasse mit dem schweizerischen GIG vergleichbar?

Unfair discrimination is a very sensitive topic in South-Africa. Legislation on the equal treatment of persons and the prevention of unfair discrimination – both in general as in employment relationships – is highly detailed, offering protection to women, coloured and disabled persons.

a) Grounds of discrimination (article 3 LEg)

Article 6 par. 1 Employment Equity Act lists as prohibited grounds of discrimination, race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth. Both direct and indirect unfair discrimination are prohibited. Harassment, including sexual harassment, is explicitly listed as a ground of unfair discrimination (article 6 par. 3 Employment Equity Act). Sexual harassment is described as unwanted conduct of a sexual nature. A Code of good conduct on sexual harassment¹⁷⁴ provides appropriate procedures to deal with sexual harassment and to prevent its recurrence. Furthermore, the Code promotes the development and implementation of policies and procedures that ban sexual harassment in the workplace. An employee may be dismissed for serious misconduct or repeated offences; serious incidents of sexual harassment against an employee or continued harassment after warnings are considered as dismissible offences.

Since the scope of the Swiss employment equity legislation (*Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes* of 24 March 1995, hereafter LEg) only relates to the employment equity of male and female employees (article 1 LEg), some of the above grounds of discrimination are not found in the LEg (article 3 LEg). However, Swiss employment equity legislation equally prohibits direct and indirect discrimination and is also applicable in both public and private employment relations.

b) Affirmative action measures (article 3 par. 3 LEg)

Affirmative action measures promoting the employment opportunities of women are according to article 3 par. 3 LEg considered as valid exceptions to the principle of non-discrimination. South-African employment equity legislation equally considers affirmative action measures to be legitimate infringements to the principle of non-discrimination (article 6 par. 2 litt. a Employment Equity Act). Affirmative action measures are designed to ensure that suitable qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all levels of the workforce¹⁷⁵. They include preferential treatment and numerical goals, but exclude quotas¹⁷⁶. Note that the South-African Employment Equity Act *oblige*s certain categories employers (so-called "designated employers", i.a. employers who employ more than 50 employees, employers who have a total annual turnover above

¹⁷⁴ The code of conduct is available on the website of the Labour Department:
<http://www.labour.gov.za/> .

¹⁷⁵ Article 15 par. 1 Employment Equity Act.

¹⁷⁶ Article 15 par. 3 Employment Equity Act.

that of a small business or municipalities or certain organs of State, cf. article 1 Employment Equity Act) to implement affirmative action measures¹⁷⁷. Non-designated employers can voluntarily implement affirmative action measures in their workplace¹⁷⁸.

c) Compensation for unfair discrimination and protection against sexual harassment (article 5 LEg)

Article 5 LEg states that employees, who fear to be unfairly discriminated against or feel themselves victim of an unfair discrimination, can file a complaint to the court requesting an order to prevent the imminent threat of discrimination, or in case the discrimination already took place, a declaration of being unfairly discriminated. In case the discrimination relates to the refusal of the employer to engage an employee, he or she can claim damages for a maximum amount of three months salary. In case of an unfair dismissal of the employee, a maximum of six months salary can be awarded. Damages can also be awarded in the situation of sexual harassment of the employee, unless the employer proves that sufficient and adequate measures were ordered to stop the harassment of the employee by his or her colleagues.

South African employment equity legislation provides that whenever an unfair discrimination is established, the Labour Court may issue any appropriate order that it considers just and equitable in the circumstances¹⁷⁹. **According to article 187 litt. d of the Labour Relations Act, a dismissal of an employee who took action, or indicated an intention to take action, against the employer, exercising any right conferred by the Labour Relations Act; or participating in any proceedings in terms of the Labour Relations Act is automatically unfair. This provision equally applies to an employee taking action against his employer in relation to a discriminative behaviour.** Remedies for an unfair dismissal include an order to reinstate the employee from any date not earlier than the date of dismissal or an order to the employer to pay a compensation to the employee¹⁸⁰. The compensation awarded to an employee whose dismissal is automatically unfair (i.a. a dismissal relating to the pregnancy of the employee or any other discriminative dismissal) must be just and equitable in all the circumstances, but may not be more than the equivalent of 24 months' remuneration calculated at the employee's rate of remuneration on the date of dismissal. Article 195 of the Labour Relations Act states that a compensation is in addition to, and not a substitute for, any other amount to which the employee might be entitled. Last, a victim of sexual assault has the right to press separate criminal or civil charges against an alleged perpetrator. I refer to question n° 3 hereafter for more details on the compensation scheme for unfair discriminations in the South-African employment equity legislation.

¹⁷⁷ Article 15 Employment Equity Act.

¹⁷⁸ Article 14 Employment Equity Act.

¹⁷⁹ Article 50 par. 2 Employment Equity Act.

¹⁸⁰ Article 193 of the Labour Relations Act.

d) Burden of proof (article 6 LEg)

Article 6 LEg and counterpart provision in the South African legislation, article 11 Employment Equity Act, **spread the burden of proof between the employer and the employee** in case of an alleged unfair discrimination of the employee. To shift the onus of proof towards the employer, South African case law considers that the employee must prove a *prima facie* evidence that an unfair discrimination occurred¹⁸¹. Article 192 of the Labour Relations Act provides that in disputes relating to an unfair dismissal, the employee must establish the existence of the dismissal. If the existence of the dismissal is established, it is up to the employer to prove that the dismissal is fair.

e) Group action (article 7 LEg)

Interested organisations that promote the employment equity between male and female employees can file violations of the principle of non-discrimination to the Swiss courts or initiate a conciliation procedure, in order to create a precedent (article 7 LEg). Contrary to Swiss law, South-African legislation only allows the affected employee to bring his or her dispute to the Labour Court or the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration¹⁸². **No specific provision addresses the question of a collective action.**

f) Maternity protection (article 10 LEg)

Article 10 LEg provides female employees with a maternity protection. A dismissal of an employee during her maternity leave is considered illegal and can be declared void. Maternity is equally protected by South-African labour law provisions: article 6 par. 1 Employment Equity Act explicitly prohibits an employer to dismiss an employee because of pregnancy. The Labour Relations Act affirms that every worker has the right not to be unfairly dismissed; the dismissal of an employee on account of her pregnancy, intended pregnancy, or any reason related to her pregnancy, is considered to be automatically unfair¹⁸³. Dismissal includes the situation where a worker is not allowed to return to work after she has taken legal maternity leave¹⁸⁴ or has been absent up to 4 weeks before and up to 8 weeks after the birth. A Code of good practice on Pregnancy & Afterbirth details guidelines for employers and employees concerning the protection of the health of women against potential hazards in their work environment during pregnancy, after the birth of a child and while breast-feed-

¹⁸¹ F.M. HORWITZ and H.C.JAN, "Employment equity in South-Africa: overcoming the Apartheid legacy", in C. AGES (ed.), *Employment equity. International perspectives on legislation, policy and practice*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 230.

¹⁸² Trade unions or other interested persons can of course assist an employee in filing his or her case.

¹⁸³ Article 197 Labour Relations Act.

¹⁸⁴ According to article 25 of the Labour Relations Act, an employee is entitled to at least four consecutive months' maternity leave.

ing¹⁸⁵. Article 4 par. 2 of the Code reaffirms that no person may be discriminated against or dismissed on account of pregnancy.

g) Conciliation of disputes (article 11 LEg)

Article 11 LEg provides employees with a conciliation procedure to resolve their labour disputes. Conciliation is in general optional, unless otherwise directed by the *Canton*. Article 11 par. 4 LEg states that conciliation is free of charge. A detailed system of alternative dispute resolution mechanisms is equally present in South-African legislation. The Labour Relations Act of 1995 allows the parties not only to conciliate labour disputes (as does Swiss law), but also to consent their labour disputes to arbitration. The alternative dispute resolution mechanisms are dealt with in more detail, infra questions n° 4, 5 and 6.

h) Financial or other incentives for the promotion of employment equity (articles 14 and 16 LEg)

Swiss legislation provides organizations that promote the employment equity between male and female employees or inform female employees of their rights, with financial support (article 14 LEg). The *Bureau Fédéral de l'égalité entre hommes et femmes* (article 16 LEg) monitors the Swiss employment market on discriminative behavior and informs employees about employment equity legislation.

South-African employment equity legislation does not specifically provide for a financial encouragement of private organizations that engage in the promotion of the employment equity. However, an (informal) collaboration between the South African Labour Department and private NGO's on the topic of equal treatment and employment equity does exist. The *Bureau fédéral* has its counterpart in the South-African Commission for Employment Equity¹⁸⁶. This commission advice the Minister on policy matters in the field of non-discrimination and conducts research on matters related to the equal treatment of male and female employees¹⁸⁷.

3. Sanktionen im Falle festgestellter geschlechtsbezogener Diskriminierungen

In case an **unfair discrimination is established, the South-African Labour Court may issue any order that it considers just and equitable in the circumstances**¹⁸⁸. These orders include payment of compensation or damages to the employee. Moreover, the Labour Court can oblige a (designated) employer to take all necessary steps to prevent future discriminative behavior. The court can also order

¹⁸⁵ The code is issued in terms of section 87(1)(b) of the Basic Conditions of Employment Act (BCEA) 75 of 1997 and is available on the Labour Department website: <http://www.labour.gov.za/>.

¹⁸⁶ Article 30 Employment Equity Act.

¹⁸⁷ Article 30 Employment Equity Act gives an overview of the different functions of the Commission for Employment Equity.

¹⁸⁸ Article 50 par. 2 Employment Equity Act.

the publication of its verdict. Orders of the Labour Court – or any other compliance order or arbitral award concerning the Employment Equity Act – must be displayed in each of the employer's workplaces, in order for his employees to consult them¹⁸⁹.

The **remedies for an unfair dismissal** include an order to re-employ the employee, either in the work in which the employee was previously employed or in other reasonably suitable work; or an order to the employer to pay compensation to the employee. In addition, the Labour Court may make any other order that it considers appropriate in the circumstances. The Court, for example, in the case of a dismissal that constitutes an act of discrimination, may wish to issue an order obliging the employer to stop the discriminatory practice. Victims of sexual harassment or sexual assault can equally be awarded an appropriate order by the Labour Court in order to redress the unfair discrimination or to prevent its recurrence. Moreover, victims have the right to press separate criminal or civil charges against an alleged perpetrator.

Article 194 of the Labour Relations Act limits the compensation that can be awarded to a dismissed employee. Whereas in general a maximum of 12 months' remuneration calculated at the employee's rate of remuneration on the date of dismissal can be awarded, **the compensation awarded to an employee whose dismissal is automatically unfair** – e.g. in case of a unfair discriminative dismissal or a dismissal of a pregnant employee – **may be not more than the equivalent of 24 months' remuneration** calculated at the employee's rate of remuneration on the date of dismissal. Article 195 of the Labour Relations Act state that an order or award of compensation is **in addition to**, and not a substitute for, any other amount to which the employee is entitled in terms of any law, collective agreement or contract of employment.

4. Schlichtungsverfahren

Article 49 Employment Equity Act states that the Labour Court has jurisdiction to rule on a dispute relating to an unfair discrimination. Alternatively, South-African labour law provides the parties with **a wide variety of alternative dispute mechanism** (Labour Relations Act of 1995, Chapter VII). These alternative dispute mechanisms also apply to disputes relating to an unfair discrimination. Article 10 Employment Equity Act states that a discriminative dismissal *must* be referred to conciliation or arbitration in accordance with the Labour Relations Act¹⁹⁰ within 30 days after the dismissal. All other unfair discrimination disputes *may* be referred in writing to the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration within six months after the act or omission that allegedly constitutes unfair discrimination took place¹⁹¹.

The **Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration** Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration is a dispute resolution body established in terms of the Labour Relations Act of 1995, which **assists the parties in labour con-**

¹⁸⁹ Article 25 par. 2 litt. b Employment Equity Act.

¹⁹⁰ Article 191 of the Labour Relations Act.

¹⁹¹ The Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration can set this six months time limit aside for parties showing good cause, cf. article 10 par. 3 Employment Equity Act.

ciliations and arbitrations¹⁹². The Commission is an independent body; it does not belong to and is not controlled by any political party, trade union or business¹⁹³. Despite the public funds the Commission, it is not controlled by the State. The Commission may also receive grants or donations¹⁹⁴. The Governing Body is the supreme policy making body of the Commission. It is made up of 11 members; three State representatives; three representatives of organised labour; three representatives from organised business; a chairperson; and the Director of the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration (nominated by the Governing Body)¹⁹⁵. The Governing Body appoints a series of adequately qualified commissioners, who assist the parties in a conciliation or in an arbitration. Besides the conciliation or arbitration of workplace disputes, the tasks of the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration include the facilitation of the establishment of workplace forums or statutory councils and the publication of information and statistics about its activities. Furthermore, the commission may supervise ballots for unions and employer organisations and give training and advice on the establishment of collective bargaining structures, workplace restructuring, consultation processes, termination of employment and employment equity programmes.

Whenever the parties seize the Commission, it must attempt to resolve the dispute through **conciliation**. If the dispute remains unresolved¹⁹⁶, the Commission can propose the parties an arbitration of their dispute¹⁹⁷. A conciliation meeting is a process where a commissioner meets with the parties in dispute, and explores ways to settle the dispute by agreement. At a conciliation meeting a party may appear in person or may be represented by another employee or any member or official of that party's registered trade union or employer's organisation. The meeting is conducted in an informal way. Legal representation is not allowed. The commissioner may begin by meeting jointly with the parties and asking them to share information about the dispute. Separate meetings between the commissioner and each party may also be held. Parties are encouraged to share information and to make suggestions on how to settle their differences. The commissioner must determine a conciliation process, which may include mediation, facilitation or making recommendations in the form of an advisory arbitration award¹⁹⁸. A commissioner may cause persons and documents to be subpoenaed, and has the power to enter and inspect premises. The commissioner's role is to try to resolve the dispute within 30 days after referral to the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration. If the dispute is settled, an agreement will normally be drawn up. The commissioner will issue a certificate recording the settlement.

¹⁹² I refer to Chapter VII, part A of the Labour Relations Act for a detailed overview of the establishment, independence and different functions of the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration.

¹⁹³ Article 113 of the Labour Relations Act.

¹⁹⁴ Article 122 of the Labour Relations Act.

¹⁹⁵ Articles 116 and 117 of the Labour Relations Act.

¹⁹⁶ Or if 30 days have expired after the Commission received the referral and the dispute is not resolved.

¹⁹⁷ Article 115 of the Labour Relations Act.

¹⁹⁸ Article 135 of the Labour Relations Act.

When conciliation fails, a party may request the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration to resolve the dispute by **arbitration**¹⁹⁹. The commissioner²⁰⁰ will issue an arbitration award, which is final and legally binding upon the parties. At an arbitration hearing, a commissioner of the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration gives both parties the opportunity to fully state their cases. In an arbitration hearing the party in dispute may appear in person or be represented by a legal practitioner, a director or employee of the party or any official of the party's registered trade union or registered employers' organisation. Lawyers are not normally allowed to represent parties in arbitrations over dismissal disputes, unless the commissioner and the parties consent, or if the commissioner decides that it is unreasonable to expect a party to deal with the dispute without legal representation. Having heard the parties and their arguments, the commissioner will decide the outcome of the case, by issuing an award.

5. Sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Mediation vor (freiwilliger aussergerichtlicher Verhandlungsprozess)?

The commissioner appointed by the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration to conciliate the parties, must determine a process to attempt to resolve the dispute. Article 135 of the Labour Relations Act states that the commissioner can opt for a **mediation** of the parties. A mediator has no decision making power; he merely assists the parties to reach an agreement, by clarifying certain issues and making a series of proposals or recommendations to the parties.

6. Gesetzlich vorgesehene Institutionen im Falle potentieller (vermuteter oder angezeigter) Diskriminierungen

Contrary to Swiss law, South-African legislation only allows the affected employee to bring his or her dispute to the Labour Court (or the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration, should the employee opt for an alternative dispute resolution of an unfair discrimination)²⁰¹. No specific rules address the question of a collective action or any other action, independent from the affected employee. **Interested organizations and tierce-persons can however indirectly monitor the principle of employment equity.** Both employees (other then the employee affected by the unfair discrimination) and trade union representatives may bring an unfair discrimination to the attention of their employer²⁰², the labour inspector, the director-general or any other person listed in article 34 Employment Equity Act. The Labour Court is not mentioned in this list. Second, the rights of the individual employee are indirectly protected by the **labour inspector**. Labour inspectors control whether the designated

¹⁹⁹ Articles 136-141 of the Labour Relations Act.

²⁰⁰ Either the commissioner who tried to conciliate the parties or another commissioner appointed by the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration.

²⁰¹ Trade unions or other interested persons can off course assist an employee in filing his case.

²⁰² E.g. in case of discriminative behavior by one of his employees vis-à-vis another employee, the employer must consult all interested parties and take immediate action to eliminate any unfair discrimination. If the employer fails to take the necessary steps and if the unfair discrimination of the employee vis-à-vis another employee is proven, the employer itself is in breach of the Employment Equity Act, cf. article 60 Employment Equity Act.

employer complies with the provisions of the Employment Equity Act²⁰³. If a designated employer refuses to comply with the employment equity regulations, the labour inspector may issue a compliance order, which sets out the steps the employer must take in order to restore equity. A compliance order can also encompass a maximum fine in case the employer fails or refuses to comply with the employment equity legislation²⁰⁴. Objections against a compliance order are heard by the Director-General²⁰⁵. If the Director-General confirms the order, the designated employer can appeal before the Labour Court²⁰⁶.

7. Kostenregelung in Gleichstellungsverfahren

Article 162 par. 1 of the Labour Relations Act states that the **Labour Court** can make an order for the payment of the **costs of the proceedings**, according to the requirements of law and fairness²⁰⁷. When deciding whether or not ordering the payment of costs, the Labour Court may take into account the conduct of the parties both before defending the matter before the court as during the proceedings²⁰⁸. The Rules for the Conduct of Proceedings in the Labour Court²⁰⁹, section 24, state that the **fees** of a single advocate and a single attorney may be allowed between party and party, unless the court on application authorizes the fees of additional advocates and attorneys²¹⁰. Qualifying fees for expert witnesses may not be recovered as costs between the parties, unless otherwise directed by the court²¹¹.

Section 14 of the Rules regulating the Practice and Procedure for Resolving Disputes before the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration²¹² deals with the **costs and fees of a proceeding before the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration**. The Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration does not generally charge fees for its dispute resolution work, but may do so in exceptional circumstances. Moreover, a commissioner may include an order of costs in the arbitration award if a person or representative conducted the case in a manner, which lacked seriousness or defended the dispute to arbitration solely to annoy the other party. No loss of professional earnings may be claimed from the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration; moreover, qualifying fees for expert witnesses may not be recovered as costs, unless otherwise directed.

²⁰³ Article 36 Employment Equity Act.

²⁰⁴ Article 37 Employment Equity Act.

²⁰⁵ Article 39 Employment Equity Act.

²⁰⁶ Article 40 Employment Equity Act.

²⁰⁷ Article 162 par. 1 of the Labour Relations Act.

²⁰⁸ Article 162 par. 2 of the Labour Relations Act.

²⁰⁹ These rules are attached to the Labour Relations Act.

²¹⁰ The fees of any additional advocate must not exceed one half of those of the first advocate, unless the court directs otherwise.

²¹¹ Section 24 of the Rules for the Conduct of Proceedings in the Labour Court, paragraph 4.

²¹² These Rules are attached to the Labour Relations Act.

8. Sind besondere Massnahmen vorgesehen, die gleichstellungsfördernde Anreize setzen?

The Employment Equity Act lists a number of incentives intended to promote the equal treatment of workers. These include the issuance **awards** by the Commission for Employment Equity²¹³ recognizing the achievements of an employer with respect to employment equity²¹⁴. Second, compliance with the Employment Equity Act is a prerequisite for an employer to conclude **agreements with an organ of State**²¹⁵. To prove his compliance with the Employment Equity Act, the employer may request a certificate from the Minister. Failure of compliance with the provisions of Employment Equity Act is sufficient ground to reject an offer an employer made to contract with the public authorities or even cancel an existing agreement between them as the case may be. Employers who contravene certain provisions of the Employment Equity Act face fines²¹⁶.

Furthermore, specific provisions guarantee compliance with the **employment equity regulations in a designated employer's workplace**²¹⁷. Non-designated employers can voluntarily comply with these requirements. In order to achieve employment equity, designated employers must implement **affirmative action measures** and must collect information and **conduct an analysis of their employment policies and practices** in order to identify possible employment barriers which adversely affect people from designated groups²¹⁸. This analysis details the employer's workforce within every occupational category in order to determine if female employees or other designated groups are underrepresented. Second, a designated employer must prepare and implement an **employment equity plan**, which intends to promote equity in the employer's workplace²¹⁹. The employment equity plan lists *inter alia* the goals to be achieved in the area of non-discrimination for the upcoming year; details affirmative action measures²²⁰, names the persons in the workforce responsible for monitoring and implementing the plan²²¹ and describes the internal procedure to resolve disputes about the interpretation or implementation of the plan. A copy of the employment equity plan must at all times be available to the employees²²². Third, a

²¹³ Established by article 28 Employment Equity Act. Its tasks include advising the Minister on the elaboration of code of good practices or guidelines relating to the topic of employment equity, cf. article 30 Employment Equity Act.

²¹⁴ Article 30 par. 2 litt. a Employment Equity Act.

²¹⁵ Article 53 Employment Equity Act.

²¹⁶ See schedule 1 for an overview of the maximum permissible fines that may be imposed for contravening the Employment Equity Act.

²¹⁷ Article 13 Employment Equity Act.

²¹⁸ Article 19 par. 1 Employment Equity Act.

²¹⁹ Article 20 Employment Equity Act. The Minister has issued a Code of good practice relating to the preparation, implementation and monitoring of employment equity plans, providing the employers with clear guidelines for the drafting and implementation of their employment equity plans. The code is available on the website of the South African Department of Labour: <http://www.labour.gov.za/>.

²²⁰ Article 15 Employment Equity Act.

²²¹ A senior manager assigned by the designated employer, is responsible for monitoring and implementation of the employment equity plan in the employer's workplace, cf. article 24 Employment Equity Act.

²²² Article 21 par. 3 Employment Equity Act.

designated employer must **report on the preparation of his employment equity plan and the progress made in its implementation to the Director-General**²²³. The most recent version of this report ought to be accessible in the employer's workplace²²⁴. A designated employer that is a public company must attach a summary of the report to his annual financial report²²⁵. In order to implement these obligations, the employer is required to **consult his employees**²²⁶. For the consultation being effective, employers who engage in consultations with their employees must disclose all relevant information²²⁷. Labour Inspectors control whether the designated employer comply with the provisions of the Employment Equity Act²²⁸.

9. Massnahmen zur Sicherstellung der Datentransparenz

A designated employer is **annually** obliged to **reveal his remuneration policy to government officials**²²⁹, in order to detect disproportionate and discriminative income differentials between his employees²³⁰. These data are used to elaborate norms and benchmarks for proportionate income differentials²³¹. Whenever disproportionate income differentials between employees in the same occupational category are revealed, appropriate action is to be taken in order to progressively

²²³ Article 21 Employment Equity Act.

²²⁴ Article 25 par. 2 Employment Equity Act.

²²⁵ Article 22 Employment Equity Act.

²²⁶ Article 16 Employment Equity Act.

²²⁷ Article 18 Employment Equity Act.

²²⁸ Article 36 Employment Equity Act.

²²⁹ A statement revealing the remuneration and benefits of the designated employer's workforce is to be made to the Employment Conditions Commission. This commission is established by section 59 of the Basic Conditions of Employment Act of 1997. Its function is to advise the Minister on matters concerning basic employment conditions or on the effect of the policies of the government on employment.

²³⁰ Non-designated employers are again free to voluntarily comply with article 27 par. 1 Employment Equity Act, cf. article 14 Employment Equity Act.

²³¹ Article 27 par. 4 Employment Equity Act.

Anglosächsische Staaten: Südafrika

reduce income differences²³². Non-designated employers are not obliged to reveal their remuneration policy, but are off course free to do so.

Bart Volders

²³²

Appropriate action include collective bargaining with his employees or the application of the guidelines set out by the Employment Conditions Commission, cf. article 27 par. 4 Employment Equity Act.

FINLAND

Résumé

The **Finnish Constitution** stipulates that equality between men and women shall be promoted, especially regarding salary and working conditions.

The Finnish **Act on Equality between women and men** is aimed at **preventing gender discrimination and promoting equality between women and men**. The act is especially focusing on improving women's conditions in their working-life. It is applicable to both the public and the private sector and contains regulations on matters as measures to reassure equality at work, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific dispute regulations.

The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender**. This discrimination can be **both direct and indirect**, though there are situations in which indirect discrimination can be allowed. In addition an employer is not allowed to discriminate against an employee or a prospective employee by harassing them due to gender or by **sexually harassing** them.

If an employer does not comply with the prohibitions in the Equality Act he shall pay **compensation**. The Act has specific rules in the case of reprisal and on the burden of proof.

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Ombudsman for Equality** and the **Committee for Equality**. The ombudsman shall supervise that the Equality Act is followed and the committee shall judge certain disputes concerning the Equality Act.

The **employer has to provide information regarding salaries and working conditions to an elected representative**. The information is given if there are reasons to suspect gender discrimination and the elected representative shall then judge whether it is a case where a discussion should be held with the employer, the Ombudsman for Equality or his workers' organization.

1. Quelles dispositions règlent la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

- The **Finnish Constitution**²³³ chapter 2 article 6 par. 4 states that equality between men and women shall be promoted, especially regarding salary and working conditions, according to what is regulated in other laws.
- The **Act on Equality between women and men**²³⁴ (hereafter Equality Act) is aimed at **preventing gender discrimination and promoting equality between women and men**. The act is focusing on improving women's conditions in their working-life. It is applicable to both the public and the private

²³³ Finlands grundlag 11.6.1999/731.

²³⁴ Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män 8.8.1986/609, art. 1.

sector²³⁵ and contains regulations on matters as measures to reassure equality at work, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific dispute regulations. There are also certain specific rules for the public administrative bodies (article 4a). For example they must be represented by at least 40 % women and 40% men.

- The law on working agreements contains regulations regarding dismissal.²³⁶
- The criminal code contains the criminal offence against discrimination.²³⁷
- The law on mediation concerning work disputes.²³⁸
- There are specific instructions for the Ombudsman for Equality and for the Committee for Equality.²³⁹
- The general court rules.²⁴⁰

2. Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?

The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender** (article 7). Gender discrimination can take different expressions, such as decisions regarding recruitment, promotion or other career progression, other decisions regarding education, different pay and conditions for employments that are regarded as equal or equivalent, in the leading and division of the work and in dismissing, firing, laying off or taking other severe measures against an employee (article 8). This discrimination can be **both direct and indirect** (article 7). Direct meaning that women and men are put in different positions due to gender or that women between themselves are put in different positions due to pregnancy or childbirth. Indirect discrimination, on the other hand, is when employees are put into different positions by virtue of a regulation, a criteria or an act that comes across as neutral, but in practical life disadvantages persons of one of the genders. There is an **exception to the prohibition of indirect discrimination** if the act can be motivated by a justified target and the means are suitable or necessary to obtain that target (article 7 par. 4). In addition **sexual harassment and harassment due to gender** are also regarded as discrimination (article 7 par. 5).

In the Finnish Act there is an extra specification which states that employers are not allowed to command or instruct a person to discriminate against another person due to gender (article 7 par. 5).

The prohibition against discrimination also includes that it is **not acceptable** for an

²³⁵ Equality Act, art. 2.

²³⁶ Arbetsavtalslag 26.1.2001/55.

²³⁷ Strafflag 19.12.1889/39.

²³⁸ Lag om medling i arbetstvister 27.7.1962/420

²³⁹ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 2.

²⁴⁰ Rättegångs Balk 1.1.1734/4 ch. 21 art. 1.

employer to dismiss or in any other way **disadvantage an employee because he/she has** referred to his rights and the employer's obligations according to the Equality Act or **participated in an investigation regarding gender discrimination** (article 8a). In a case of reprisal the employee can get **compensation** (article 11). The compensation will be at least 3000 euros²⁴¹ and maximum 15000 euros²⁴² (article 11 par. 2). When deciding the sum, the judges shall take into account the art of the discrimination, the extent, the duration and also if it's the first time a ruling has taken place.

Normally an employment must be available for both women and men to apply, though if there are weighing and acceptable reasons for it, an exception can be made (article 14).

Some other situations are excepted from the prohibition against discrimination. These are for example special protection of women due to pregnancy and childbirth and obligatory military service for men (article 9).

The Equality Act stipulates **several measures that have to be taken by the employer** in order to promote equality in the working-life (article 6). This is supposed to be done with regards to resources and other relevant factors. The measures are the following:

- Promote that both men and women apply to the available employments.
- Promote an even division of men and women within different functions, as well as create equal opportunities for career progression.
- Promote equality regarding employment conditions, especially salaries, between men and women.
- Develop working conditions suitable for both men and women.
- Make it easier for men and women to unite work and family life.
- Aim to prevent gender discrimination.

Each year an employer with at least 30 employees shall establish an **equality plan** (article 6a) to survey and analyze salaries and other working conditions that are applied by the employer.²⁴³

The Equality Act has a specific **burden of proof** concerning discrimination disputes (article 9a). Article 9a stipulates that if the employee, who considers that he or she has been discriminated against or exposed to reprisals shows circumstances that give reason to suppose that he or she has been discriminated against, the employer must show that the equality between the genders hasn't been violated and that his act is founded on a legitimate reason other than gender. This rule is only applicable in civil cases and not at a criminal trial.

²⁴¹ Art. 11 par. 3 stipulates that the amount can be put down or taken away if it seems reasonable with regards to the debtor's financial situation and his aim to prevent or remove the consequences of the act as well as other circumstances.

²⁴² Art 11 par. 3 stipulates that the maximum compensation can be higher than 15000 euros if it is motivated by the severe degree of discrimination and other circumstances.

²⁴³ Read further under question number nine.

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

An **agreement is invalid** to the extent that it **prescribes** or admits such gender **discrimination** that is prohibited in the Equality Act.²⁴⁴

In the Finnish **Criminal Code** it is stipulated that it is a crime to disadvantage an employee or a prospective employee due to gender.²⁴⁵ The employer is sentenced to a fine or prison for maximum six months.

A discriminated employee can get compensation (article 11). **The compensation will be at least 3000 euros and maximum 15000 euros** (article 11 par. 2). When deciding the sum, the judges take into account the art of the discrimination, the extent, the duration and also if it's the first time a ruling has taken place. Art. 11 par. 3 stipulates that the amount can be reduced or taken away if it seems reasonable with regards to the debtor's financial situation and his aim to prevent or remove the consequences of the act as well as other circumstances. The maximum compensation can be higher than 15000 euros if it is motivated by the severe degree of discrimination and other circumstances.

The prohibition against discrimination also includes that it is not acceptable for an employer to dismiss or in any other way disadvantage an employee because he/she has referred to his rights and the employer's obligations according to the Equality Act or participated in an investigation regarding gender discrimination (article 8a). In a **case of reprisal** the employee can get the same **compensation** as above.

In addition when it comes to an **employer's** knowledge that an employee has been exposed sexual harassments or other harassments due to gender, he **must investigate** this and take reasonable measures to prevent further harassments. Otherwise he will have to pay **compensation** to the exposed employee for the insult that his **omission** involves (article 28d).

In the law concerning working agreements it is stated that only **"weighing objective reasons" can allow the employer to dismiss an employee.**²⁴⁶ There is a specific prohibition against dismissing a **pregnant employee** and an employee who is on maternity/paternity leave.²⁴⁷ If a dismissal of such employee has been made, the dismissal will be regarded as unlawful, unless the employer shows that there was another reason for dismissing the employee. The employer will have to pay compensation to the dismissed employee.²⁴⁸

The Equality Act does not prevent that the discriminated person also demands compensation in accordance with another law (article 13).

²⁴⁴ Arbetsavtalslag 26.1.2001/55, ch. 10 art. 3.

²⁴⁵ Strafflag 19.12.1889/39, ch. 47 art. 3.

²⁴⁶ Arbetsavtalslag 26.1.2001/55, ch. 7 art. 1.

²⁴⁷ Arbetsavtalslag 26.1.2001/55, ch. 7 art. 9.

²⁴⁸ Arbetsavtalslag 26.1.2001/55, ch. 12 art. 1.

4. **Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences?**

When a decision regarding recruitment, promotion or other career development, other decisions regarding education, pay and conditions for employment has been taken and an employee or prospective employee considers that he has been discriminated against, the **employer must leave a written statement concerning his actions and the reasons for them** (article 10). There is no obligation to conciliate with the other party.

5. **La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?**

There is **not a specific procedure** for these kind of disputes between an employee and an employer. Mediation is mostly used by a workers organization when they are settling disputes with an employer.²⁴⁹

6. **La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?**

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Ombudsman for Equality**²⁵⁰ and the **Committee for Equality**²⁵¹ (article 16). The ombudsman shall supervise that the Equality Act is followed and the committee shall judge certain disputes concerning the Equality Act.

Regarding cases of alleged discrimination the **ombudsman can plead** an individual **employee's** or prospective employee's **cause**.²⁵² Though he will only do this if the case is of significance for how to apply the law. Unfortunately there is no information regarding the Ombudsman's resources.

A workers' organization can initiate a case in front of the committee (article 20).

If **several employees are discriminated against in the same situation**, all of them can ask for compensation (article 12). If it is possible all of the demands for compensation shall be **judged during the same trial** and the compensation will then be divided equally between the discriminated employees.²⁵³

²⁴⁹ See Lag om medling i arbetstvister 27.7.1962/420.

²⁵⁰ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 2.

²⁵¹ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 8.

²⁵² Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 3.

²⁵³ Jämställdhetsombudsmannen website: www.tasa-arvo.fi .

7. Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vu de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

In the law for the courts it is stipulated that the **costs shall be paid by the losing party.**²⁵⁴ **When the Ombudsman for Equality represents the employee, he will bare the costs.** If the other party loses he will have to compensate the state for reasonable costs for the Ombudsman's representation.²⁵⁵

8. Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Ombudsman for Equality**²⁵⁶ and the **Committee for Equality**²⁵⁷ (article 16). The ombudsman shall supervise that the Equality Act is followed and the committee shall judge certain disputes concerning the Equality Act. An appeal to their decision can be made to an administrative court (article 22).

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

According to article 10 par. 4 in the Equality Act an **employer has to give information regarding salaries and working conditions to the elected representative** among the employees. The information is given if there are reasons to suspect gender discrimination and the representative has an individual right to receive the information. An individual employee's information can only be given with the consent of the concerned employee. Information can also be given for a group of employees. The elected representative shall then judge whether it is a case where a discussion should be held with the employer, the Ombudsman for Equality or the employee's workers' organization.

Louise Rodebjer

²⁵⁴ Rättegångs Balk 1.1.1734/4 ch. 21 art. 1.

²⁵⁵ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 3.

²⁵⁶ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 2.

²⁵⁷ Lag om jämställdhetsombudsmannen och jämställdhetsnämnden 8.8.1986/610, art. 8.

NORWAY

Résumé

*The **Norwegian Constitution** states that the public administrative bodies must **respect and ensure human rights**.*²⁵⁸

*The **Act on Equality between women and men** is aimed at **promoting the equal rights of women and men and especially to improve women's rights**. Among other things women and men shall be given equal opportunities to education and employment. The act is applicable to both the public and the private sector and contains regulations on such matters as measures to reassure equality at work, recruitment policies, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific court regulations.*

*The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender**. This discrimination can be **both direct and indirect**, but there are situations in which indirect discrimination can be allowed. In addition an employer is not allowed to harass an employee due to gender or **sexually harass someone**.*

*If an employer does not comply with the prohibitions in the Equality Act he shall pay **compensation and reparation** to the discriminated person. The Act has specific rules in the case of reprisal and on the burden of proof.*

*To ensure that the Equality Act is followed there is the **Representative for Equality** and the **Committee for Equality**. They are appointed by the king. The Representative shall, in first hand, try to get the employer to follow the act and his decisions voluntarily. If this does not work he can bring the dispute in front of the Committee.*

*In order to ensure equal salary for equal or equivalent employment the employer has a **duty to report** how his company is working for equality, what the **salaries** are, differences between men and women etc, **in the annual report**.*

Norway has also incorporated the text from the United Nations Convention on the Elimination on All Forms of Discrimination Against Women into the Equality Act.

1. Quelles dispositions règlent la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

- The **Norwegian Constitution** states that the public administrative bodies must **respect and ensure human rights**.²⁵⁹
- The **Act on Equality between women and men**²⁶⁰ (hereafter Equality Act) is

²⁵⁸ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814, art. 110c.

²⁵⁹ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814, art. 110c.

²⁶⁰ Lov 1978-06-09 nr. 45: Lov om likestilling mellom kjønnene, art. 1.

aimed at **promoting equality between women and men and especially to improve women's rights**. Among other things women and men shall be given equal opportunities to education and employment. It is applicable to both the public and the private sector²⁶¹ and contains regulations on such matters as measures to reassure equality at work, recruitment policies, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific court regulations.

- Norway has also incorporated the text from the **United Nations Convention on the Elimination on All Forms of Discrimination Against Women**²⁶² into the Equality Act.²⁶³
- The law concerning the yearly accounting report stipulates the obligation to establish an equality plan.²⁶⁴
- The law on employees' protection and environment at work contains the regulations on dismissal.²⁶⁵
- There is a law that regulates working disputes.²⁶⁶
- The law on trials for civil cases regulates the rules for a court procedure.²⁶⁷
- The criminal code.²⁶⁸
- The law concerning limited companies and gender quota.²⁶⁹

2. Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?

The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender** (article 3). Gender discrimination can take different expressions, such as recruitment decisions (article 4), having different pay for employments that are regarded as equal or equivalent (article 5) and in promoting, dismissing or firing an employee (article 4). This discrimination can be **both direct** (article 3 par. 2) **and indirect** (article 3 par. 3). Direct meaning treating women and men differently because of their gender, disadvantage a woman because of pregnancy or disadvantage an employee who takes out for example maternity/paternity leave. Indirect discrimination, on the other hand, is when the employer disadvantages the employee through an act that comes across as neutral, but in practice disadvantages persons of one of the genders. There is an **exception to the prohibition of indirect discrimination** if the act can be justified by an objective target and the means are suit-

²⁶¹ Lov 1978-06-09 nr. 45: Lov om likestilling mellom kjønnene, art. 2.

²⁶² Convention of the 18th of December 1979 and amendment of the 6th of October 1999

²⁶³ Equality Act, art. 1b.

²⁶⁴ Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven), LOV-1998-07-17-56.

²⁶⁵ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., LOV 1977-02-04 nr 04.

²⁶⁶ Lov om arbeidstvister, LOV-2005-06-17-60.

²⁶⁷ Lov om Rettegangsmåten for tvistemål, LOV-1915-08-13-6.

²⁶⁸ LOV 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

²⁶⁹ LOV 1997-06-13 nr 44: Lov om aksjeselskaper.

able, necessary and proportionate to obtain that target (article 3 par. 4). In addition an employer is not allowed to neither **harass due to gender nor sexually harass an employee** (article 8a). Harassment due to gender is defined as a behavior that insults an employee's dignity and that has a connection to gender, i.e. devaluating or generalizing comments, while sexual harassment means unwelcomed sexual approaches that are annoying the person they are directed to.²⁷⁰

Giving special treatment to one gender is not discrimination if it promotes equality (art. 3a). The same applies for rules that protect pregnant women, childbirth and breast-feeding.

Normally an employment must be available for both women and men to apply, though if there are obvious reasons for it an exception can be made (article 4). The advertising for an available position is not allowed to give the impression that the employer is expecting or prefers one of the genders for the position (article 4).

In the Norwegian Act there is an extra specification which states that it is not acceptable that employers give instructions to one of its employees to discriminate against another person (article 3 par. 6).

An employer is not allowed to expose an employee to reprisals due to the fact that the employee has complained about a breach of the Equality Act or has expressed that a complaint might be made (article 3 par. 5). **In a case of reprisal, the employee can get compensation** (article 17). Though this is not applicable to an employee who has acted with severe recklessness (article 3 par. 5).

The Equality Act stipulates several measures that have to be taken by the employer in order to promote equality in the working life. They are the following:

- The **employer shall prevent** and try to stop that any employee is being exposed to **harassments** (article 8a par. 3).
- Salary questions are treated in article 5. In order to ensure equal salary for equal or equivalent employment the employer has a **duty to report** how his company is working for equality, what the **salaries** are, differences between men and women etc, **in the annual report**.²⁷¹ Please note that not all Norwegian companies have to submit an annual report.

The Equality Act has specific rules for disputes concerning discrimination. The **burden of proof** is treated in article 16 and stipulates that if there are circumstances that give reason to suppose that an employer has, by breaching the Equality Act, discriminated against an employee, the employer must show that the alleged discrimination never occurred.

²⁷⁰ Equality Act, art. 8 par. 2.

²⁷¹ Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven), LOV-1998-07-17-56, ch. 3 par. 3. The Representative for equality gives advice on how to report on his website: <http://www.likestillingsombudet.no/fremme/redegjorelse.html>

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

In the **criminal code** it is stipulated that someone who, with words or action, express a sexual insult or other inappropriate behavior in the presence of someone who hasn't consented, will be obliged to pay a fine or put in prison up to a year.²⁷²

Article 17 states that if an employer doesn't comply with the prohibitions in the Equality Act he shall pay **compensation and reparation** to the discriminated person. The employer's guilt is not taken into account. The compensation shall be **reasonable** and will be decided with regards to the economical loss for the employee, the relations between the employer and the employee or the prospective employee and to other circumstances. When deciding the reparation the court will take into account that what's reasonable with regards to the parties relationship and other circumstances. A party can also ask for compensation in accordance with the normal compensation regulations (article 17 par. 2).

An employer is not allowed to expose an employee to reprisals due to the fact that he has complained about a breach of the Equality Act or who has expressed that a complaint might be made (article 3 par. 5). **In a case of reprisal, the employee can get compensation** (article 17).

There is also a criminal regulation in the Equality Act (article 18). If the employer, with intention or recklessness, or someone who has cooperated with him, does not comply with the decision that the Representative for Equality²⁷³ has taken, he shall have to pay a fine. An employee who is in a dependant relationship to the employer shall be excepted from this disposition (article 18 par. 2).

In the law concerning working agreements it is stated that only **objective reasons can allow the employer to dismiss an employee**.²⁷⁴ As long as the dispute is going on the employee is allowed to continue working.²⁷⁵ If the court comes to the conclusion that there were no objective reasons to dismiss the employee, it can still terminate the working agreement between the two parties if it is obvious that it would be unreasonable, after weighing the parties interests, for the parties to continue working together.²⁷⁶ The employer will then have to pay compensation to the dismissed employee.

²⁷² LOV 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven), ch. 19 art. 201.

²⁷³ See question number six.

²⁷⁴ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., LOV 1977-02-04 nr 04, ch. 12 art. 60.

²⁷⁵ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., LOV 1977-02-04 nr 04, ch. 12 art. 61 p. 4.

²⁷⁶ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., LOV 1977-02-04 nr 04, ch. 12 art. 62.

4. **Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences?**

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Representative for Equality** and the **Committee for Equality** (articles 10 and 11). When the **Representative** gets a **report** regarding gender discrimination he will **investigate** it **impartially**.²⁷⁷ He will ask both parties to give him the information they have about the dispute. The Representative will then come to a decision whether gender discrimination has taken place or not. The decision is sent to both parties and if one party does not comply with the decision taken or does not agree with it, the **dispute can be dealt with by the committee**. The committee's decision can be **appealed to a court**.²⁷⁸

The case of sexual harassment is always treated in court and not by the Representative (article 8a par. 5).

5. **La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?**

There is **not a specific procedure** for these kind of disputes between an employee and an employer. Mediation is mostly used by a workers organization when they are settling disputes with an employer.²⁷⁹

6. **La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?**

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Representative for Equality** and the **Committee for Equality** (articles 10 and 11). They are appointed by the king. The Representative shall, in first hand, try to get the employer to follow the act and his decisions voluntarily (article 11). If this does not work he can bring the dispute in front of the Committee. The Committee's decision can be appealed to a court (article 13 par. 4).

The Representative can bring up a case on his own initiative, but this is mostly done in bigger questions regarding principles.²⁸⁰ Unfortunately there is no information regarding their resources.

A worker's organization has the possibility to **plead an individual's cause**.²⁸¹

²⁷⁷ The website for the Representative for Equality:
<http://www.likestillingsombudet.no/om/service.html> .

²⁷⁸ Equality Act, art. 13 par. 4.

²⁷⁹ Lov om arbeidstvister, LOV-2005-06-17-60, chapter 3.

²⁸⁰ See the Representative's website: <http://www.likestillingsombudet.no/om/service.html>

²⁸¹ See the Representative's website: <http://www.likestillingsombudet.no/om/service.html>

There is **not a group action** concerning these disputes.²⁸²

7. Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vu de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

Normally the loosing party will bare both parties' costs.²⁸³ All the breaches of the Equality Act will be handled by the Representative for Equality. There is **no charge for the Representative's work.**²⁸⁴

8. Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?

The law regarding limited companies stipulates a fixed quota for representation of women and men in the company.²⁸⁵ At the moment it is only applicable to public limited companies. It states that if the board has:

- two till three members, both genders shall be represented.
- four till five members, at least two persons of each gender shall be represented.
- six till eight members, at least three persons of each gender shall be represented.
- nine members, at least four persons of each gender shall be represented.
- more than nine members, both genders shall be represented with at least 40%.

If the companies break the regulations they can be obliged to pay a fine or in severe cases prison up to a year.²⁸⁶

There have also been discussions about legislating a 40% quota for all Norwegian companies. If the Norwegian companies haven't succeeded in regulating the quotas voluntarily during year 2005 a new article stipulating a 40% quota will be added in the law.²⁸⁷

In Norway the government has instituted the Representative for Equality who promotes equality at work. Employers and employees can seek advice on how to act in different situations and how to comply with the Equality Act. Norway also has a national center that promotes, advices on and gives information regarding equality (article 9).

²⁸² http://odin.dep.no/jd/norsk/dok/andre_dok/nou/012001-020015/hov020-bn.html

²⁸³ Lov om Rettegangsmåten for tvistemål, LOV-1915-08-13-6, ch. 13 art. 172.

²⁸⁴ See the Representative for Equality's website:
<http://www.likestillingsombudet.no/om/service.html>

²⁸⁵ LOV 1997-06-13 nr 44: Lov om aksjeselskaper, ch. 20 art. 6 and Equality Act art.21.

²⁸⁶ LOV 1997-06-13 nr 44: Lov om aksjeselskaper, ch. 19 art. 1.

²⁸⁷ <http://odin.dep.no/bfd/norsk/dok/regpubl/otprp/004001-050025/hov011-bn.html>.

There is a price called "Gullriset" awarded every year to "Norway's most family friendly working place" from the "Norwegian women's sanitation organization".²⁸⁸

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

Salary questions are treated in article 5. In order to ensure equal salary for equal or equivalent employment the employer has a **duty to report** how his company is working for equality, what the **salaries** are, differences between men and women etc, **in the annual report**.²⁸⁹ Please note that not all Norwegian companies have to submit an annual report.

Louise Rodebjer

²⁸⁸ <http://www.likestilling.no/artikkel.html?id=887>.

²⁸⁹ Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven), LOV-1998-07-17-56, ch. 3 par. 3. The Representative for equality gives advice on how to report on his website: <http://www.likestillingsombudet.no/fremme/redegjorelse.html>

SWEDEN

Résumé

The **Equality Act** of 1991 is aimed at **promoting the equal rights of women and men with regard to employment conditions**. The act's main target is to improve women's conditions in their working-life. It is applicable to both the public and the private sector and contains regulations on such matters as measures to reassure equality at work, recruitment policies, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific court regulations.

The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender**. This discrimination can be **both direct and indirect**, but there are situations in which both direct and indirect discrimination can be allowed. In addition an employer is not allowed to discriminate against an employee or a prospective employee by harassing them due their gender or by **sexually harassing** them.

If an employer does not comply with the prohibitions in the Equality Act he shall pay **compensation** to the discriminated person **for the insult** that the discrimination involves. He must also pay **compensation for the loss** that occurs for the employee.

The act has specific rules in the case of reprisal and on the burden of proof.

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Ombudsman for Equality** and the **Committee for Equality**. They are appointed by the government. The employer must take a lot of active measures to ensure the equality in his company. Every year all companies with at least 10 employees must set up an equality plan that is reviewed by the Ombudsman for Equality. A report on salaries is included in this plan of action.

1. Quelles dispositions règlent la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

- The **Swedish Constitution**²⁹⁰ chapter 2 article 16 states that law or other regulations are not allowed to contain a disadvantage due to gender. An exception is made if the regulation aims at achieving equality between men and women.
- The **Equality Act** of 1991²⁹¹ is aimed at **promoting the equal rights of women and men with regard to work, employment conditions and other working conditions**, as well as the possibility to career progression. The act's main target is to improve women's conditions in their working-life. It is applicable to both the public and the private sector²⁹² and contains regulations on such matters as measures to reassure equality at work, recruitment policies, equal pay, prohibition against discrimination, compensation and specific court

²⁹⁰ Regeringsform (1974:152).

²⁹¹ Jämställdhetslagen (1991:433).

²⁹² See KARNOV/Karnov Band 1-3/15 Arbetsrätt/Jämställdhetslag (1991:433) 1 § comment no. 1.

regulations. The Equality Act has recently been amended and is now applicable not only within working-life and university education, but also within new areas such as practical training and part-time or ad hoc personnel. Furthermore, the protection against **gender discrimination** has been strengthened. Sexual harassment and harassment due to gender are defined as two different occurrences and an explicit prohibition against both is established in article 16a of the Equality Act.

- The same distinction has also been implemented in the **Prohibition Against Discrimination Act**.²⁹³ This act aims at counteracting discrimination in relation to ethnical origin, religion or other beliefs, sexual preferences, functional disability and, since recently, gender. This results in a much wider prohibition against gender discrimination. New areas of non-discrimination have been added because of this act, such as offering customers different prices in the service sector due to gender.²⁹⁴ These amendments result in the implementation of an EU-directive regarding equal treatment.²⁹⁵
- The law on employment protection regulates dismissals.²⁹⁶
- The law on court rules at a dispute regarding employment.²⁹⁷
- The law on settlements in the working-life.²⁹⁸
- There is a law containing the general court rules.²⁹⁹
- There are specific instructions for the Ombudsman for Equality.³⁰⁰
- There are specific instructions for the Committee for Equality.³⁰¹

2. Dans quelle mesure ces dispositions sont-elles semblables à celles de la GIG? Existe-t-il par exemple une protection particulière contre le licenciement? Ou encore, est-il permis aux associations représentatives d'engager une action collective au nom de l'intérêt général? Existe-t-il un allègement de la charge de la preuve reposant sur la victime?

The Equality Act stipulates that it is **prohibited to discriminate against anyone because of their gender** (articles 15 and 16). Gender discrimination can take different expressions, such as decisions regarding recruitment, promotion or other career development, practical work experience, other decisions regarding education, having different pay and conditions for employments that are regarded as equal or equivalent, in the leading and division of the work and in dismissing, firing, laying off or taking other severe measures against an employee (article 17). This discrimination can be **both direct** (article 15) **and indirect** (article 16). Direct meaning that the treat-

²⁹³ Lag om förbud mot diskriminering (2003 :307).

²⁹⁴ One example of this is that hairdressers can no longer charge different rates for men and women.

²⁹⁵ Regeringens Proposition 2004/05:147 p. 2.

²⁹⁶ Lag (1982:80) om anställningsskydd.

²⁹⁷ Lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister.

²⁹⁸ Lag (1976 :580) om medbestämmande i arbetslivet.

²⁹⁹ Rättegångsbalk (1972:740).

³⁰⁰ Förordning (1991:1438) med instruktion för Jämställdhetsombudsmannen.

³⁰¹ Förordning (1991:1437) med instruktion för Jämställdhetsnämnden.

ment of the employee is of a discriminating nature, while indirect is when the employer disadvantages the employee through a regulation, a criteria or an act that come across as neutral, but in practice disadvantages persons of one of the genders. There is an **exception to the prohibition against direct discrimination** and that is if, at the employment, promotion or education for promotion, a certain gender is necessary due to the nature of the job or the context where it is performed (article 17 par. 2). Furthermore, there is an **exception to the prohibition of indirect discrimination** if the regulation, criteria or act can be motivated by a justified target and the means are suitable or necessary to obtain that target. In addition an employer is not allowed to discriminate against an employee or a prospective employee by harassing them due to their gender or by **sexually harassing** them (article 16a). Harassment is defined as a behavior that insults a prospective employee's or an employee's dignity and that has a connection to gender, i.e. devaluating or generalizing comments and unwelcomed sexual approaches.

In the Swedish Act there is an extra specification which states that employers are not allowed to give instructions to an employee to discriminate against another person (article 16b).

An employer is not allowed to expose an employee, who has either rejected the employer's sexual approaches, reported the employer for discrimination or cooperated in an investigation, to reprisals. **In a case of reprisal, the employee can get compensation** for the loss that occurs and the insult that the reprisals involve (article 27). If the employee in this situation is dismissed from work there are rules in the law on employment protection (hereafter LAS).³⁰² According to LAS an employer is not allowed to **dismiss an employee** if he doesn't have **objective reasons**. If the court comes to the conclusion that there are no objective reasons for the dismissal then the dismissal is invalid if the employee has demanded so. No matter the outcome of the procedure the employment doesn't cease until the court's final ruling. If an employer refuses to comply with the ruling the employment will be regarded as dissolved, but the employer will have to pay compensation (LAS article 39). An employer who has failed to comply with LAS will have to pay salary, other working benefits and compensation for damages (LAS article 38).

The Equality Act stipulates several measures to be taken by the employer in order to promote equality in the working life. They are the following:

- Regarding **cooperation** article 2 stipulates that the employer and the employee shall work together and take **active measures to reach equality** in the working life. Especially, they shall ensure that differences in salaries are leveled out and also prevent differences in salaries and other working conditions for work that is regarded as equal or equivalent. They shall also promote equal possibilities for salary development for men and women. A job is to be regarded as equivalent to another job when it, from an all in all appraisal of the requirements that the job is demanding as well as its nature (especially the working conditions), can be assumed to have the same value as the other job (article 2 par. 2). The judgment of the requirements that the job is demanding shall be made by taking into consideration criteria such as knowledge, skills,

³⁰²

Lag (1982:80) om anställningsskydd, art. 7.

responsibility and effort.

- Article 3 stipulates that the employer shall pursue a focused work to actively promote equality in the working-life. Namely, carry out such measures that can be demanded, with regards to the employer's resources and other circumstances, for the working conditions to be suitable for both men and women (article 4). The **employer shall allow** both men and women to **unite work and parenting** (article 5) and he shall also **prevent** that any employee is being exposed to **harassment** due to gender, sexual harassment or reprisals according to this law (article 6).
- Concerning **recruitment**, article 7, 8 and 9 give some directives. The employer shall **promote an even division** of men and women in different types of work and in different categories of employees (article 7). He shall do this through education, competence development and other suitable measures. Further on the employer shall ensure that available employments are applied to by both women and men (article 8). If there isn't an even division of women and men the employer shall, while recruiting, put an effort into getting prospective employees from the underrepresented gender and try to see too that the part increases (article 9). However, there is an exception if it reasonably cannot be demanded with regards to the employer's resources and other circumstances.
- Salary questions are treated in articles 10, 11 and 12. In order to discover, attend and prevent non objective differences in salary and in other working conditions between men and women, the employer shall each year **survey and analyze** regulations and practice regarding **salary and other working conditions** that are applied by the employer and salary differences between women and men who perform work that is to be regarded as equal or equivalent (article 10). A plan of action shall be established by all employers with at least ten employees (article 11 par. 3).
- An **equality plan** has to be developed by the employer in accordance with articles 13 and 14. The plan shall contain a general report over the plan of action in article 11 (article 13 par. 1 and 2).

The Equality Act has specific rules for trials concerning discrimination disputes (articles 45-57). The **burden of proof** is treated in article 45a and stipulates that if the employee, who considers that he or she has been discriminated against or exposed to reprisals, shows circumstances that give reason to suppose that he or she has been discriminated against or exposed to reprisals, the employer must show that discrimination or reprisals never occurred.

3. Quelles sont les sanctions prévues en cas de discrimination en raison du sexe?

An **agreement is invalid** to the extent that it **prescribes** or admits such **gender discrimination** that is prohibited in articles 15-17 (see question 2).³⁰³ If the employee is discriminated against, in any way that is forbidden in the Equality Act,³⁰⁴ by the em-

³⁰³ Equality Act, art. 23.

³⁰⁴ See question 2 for the different grounds of discrimination.

ployer who gives notice to terminate an agreement or takes other such acts, the act will be declared invalid if the employee demands it to be so (article 24 par. 2).

Article 25 states that if an employer does not comply with the prohibitions in articles 15, 16, 16a or 16b and 17 (see question 2a) he shall pay **compensation** to the discriminated person **for the insult** that the discrimination involves. He must also pay **compensation for the loss** that occurs for the employee, though there is a restriction concerning gender discrimination. The compensation for loss is restricted to the situations where the employee in a discriminating way made a decision or took other measures regarding education (article 17 par. 1 p. 4), dismissal, firing or permitting or other severe measure against an employee (article 17 par. 1 p. 7 and article 25 par. 2).³⁰⁵ If an employee is exposed to reprisals due to a rejection from the employee towards the employer's sexual approaches, reporting the employer for discrimination, calling attention to the discrimination or cooperated in an investigation according to the Equality Act (article 22) the employee can also get **compensation for the loss** that occurs and the **insult** that the **reprisals** mean (article 27).

In addition when it comes to an **employer's** knowledge that an employee considers himself or herself to have been exposed to harassment due to gender or sexual harassments by another employee he **must investigate** the circumstances and take reasonable measures to prevent further harassments. Otherwise he will have to pay **compensation** to the exposed employee for the insult that his **omission** involves (article 27a).

If it is reasonable the compensation in article 25, 27 or 27a can be reduced or completely taken away (article 28).

4. Les dispositions en cause organisent-elles une procédure de conciliation? Si oui, est-elle facultative ou obligatoire en préalable à toute action contentieuse? Dans quelle position se trouvent les organes de conciliation (en particulier, leur indépendance est-elle garantie)? Quelles sont leurs compétences?

When the **Ombudsman for Equality** gets a **report** regarding discrimination he will **investigate** it **impartially**.³⁰⁶ If the investigation shows that there is reason to suppose that gender discrimination has taken place he will, in the first place, try to **reach a voluntary settlement** between the employee and the employer. When this is not possible the ombudsman can take the case to the **special court for employment disputes**.³⁰⁷ There is a possibility to use arbitration though there must always be a possibility to complain after an arbitration verdict.³⁰⁸

³⁰⁵ Equality Act, art. 25 par. 2.

³⁰⁶ The website for the Ombudsman for Equality:
www.jamombud.se/goraenanmalan/attanmalaenligtE03.asp .

³⁰⁷ "Arbetsdomstolen", website: www.arbetsdomstolen.se.

³⁰⁸ Lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister, 1:3 p. 1.

5. La loi prévoit-elle la possibilité d'organiser une médiation (on entend par là un processus de négociation extra-judiciaire basé sur le volontariat)?

There is **not a specific procedure** for these kind of disputes between an employee and an employer. Mediation is mostly used by a workers organization when they are settling disputes with an employer.³⁰⁹

6. La loi crée-t-elle des institutions qui peuvent intervenir de leur propre chef, sans saisine de la victime ou d'une association de protection, dans l'hypothèse d'une discrimination supposée ou avérée? Quelles sont leurs ressources financières et personnelles à cet effet?

To ensure that the Equality Act is followed there is the **Ombudsman for Equality**³¹⁰ and the **Committee for Equality**³¹¹ (article 30). They are appointed by the government. The ombudsman shall, in first hand, try to get the employer to follow the act voluntarily (article 31). Every year the **ombudsman reviews a random number of equality plans** and assesses how the companies are working.³¹² If the companies aren't complying with the law the committee can order them to pay a fine (article 32). The committee also handles appeals on the decisions that the ombudsman has made (article 32 and 42). The committee's decision can not be appealed (article 43).

Regarding cases of alleged discrimination the ombudsman can **plead** an individual **employee's** or prospective employees' **cause if the individual allows** that (article 46), but not otherwise. The ombudsman receives a public subsidy from the Government each year. Last year this sum was about 21 million SEK.³¹³

A **workers' organization** has the possibility to **plead the individual's cause** according to the law on trial in employment disputes.³¹⁴ In those cases the ombudsman is only allowed to plead somebody's cause if the organization does not do it (article 47).

Every employee has to be represented individually and there is **not a group action** concerning these disputes.³¹⁵

7. Comment sont réglés les coûts des procédures engagées en vu de la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes?

Normally the losing party will bare both parties' costs.³¹⁶ In the Equality Act it is stated that cases of discrimination shall be handled according to the law on trials

³⁰⁹ Lag (1976 :580) om medbestämmande i arbetslivet, art. 46-53.

³¹⁰ Förordning (1991:1438) med instruktion för Jämställdhetsombudsmannen.

³¹¹ Förordning (1991:1437) med instruktion för Jämställdhetsnämnden.

³¹² See the website www.jamombud.se.

³¹³ Information from Jämställdhetsombudsmannen.

³¹⁴ Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister, ch. 4 art. 5.

³¹⁵ Information from Jämställdhetsombudsmannen.

³¹⁶ Rättegångsbalk (1972:740), ch.18 art. 1.

concerning employment disputes.³¹⁷ This law stipulates that each party shall pay its trial costs if the party that lost the case had legitimate reasons to have the dispute tried (chapter 5 article 2).

If the **Ombudsman for Equality is pleading** an employee's cause, the ombudsman **will stand for all the costs** whether the employee wins or not.

8. Existe-t-il des dispositions particulières ayant pour objectif d'inciter à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes (p. ex. des incitations économiques ou encore l'octroi de certificats honorifiques)?

During recent years there has been a strong debate whether Sweden should legislate quotas for representation of both genders on the boards of the Swedish companies. In 2002 the Ombudsman for Equality set an ultimatum at 25% representation of both genders for the end of 2004, otherwise the Ombudsman would legislate the quota. Even though a 25% representation has not yet been achieved (at this moment it is 16,1%), there is still no legislation regarding quotas for all companies.³¹⁸ Instead the Minister of Justice is preparing a proposal for a new quota-regulation that demands at least 40% of each gender on the boards of the bigger limited companies.³¹⁹

In Sweden the government has instituted the Ombudsman for Equality who promotes equality at work. Employers and employees can seek advice on how to act in different situations and how to comply with the Equality Act. On the ombudsman's website there are companies enumerated as good examples for others.³²⁰ This might create some goodwill for the company, but there is no official price or diploma.

9. Existe-t-il des dispositions visant à garantir la transparence de la communication des données relatives à la situation des hommes et des femmes?

Salary questions are treated in articles 10, 11 and 12. In order to discover, attend to and prevent non objective differences in salary and other working conditions between men and women, the employer shall each year **survey and analyze regulations and practice** regarding salary and other working conditions that are applied by the employer and salary differences between women and men who perform work that is to be regarded as equal or equivalent (article 10). The employer shall judge whether the existing salary differences have direct or indirect connection with gender. **Every year** the employer has to **establish a plan of action** for equal salaries and report the result of the survey and the analysis in article 10 (article 11). The plan shall include salary adjustments and other measures that are needed to achieve equal salary for equal or equivalent work. A report and an evaluation of how the planned measures have been carried out shall be included in the following year's plan of action

³¹⁷ Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

³¹⁸ Information from SIS Ägarservice.

³¹⁹ http://www.svd.se/dynamiskt/naringsliv/did_9918106.asp.

³²⁰ <http://www.jamombud.se/jamosprojekt/braarbetsgivare.asp>.

Skandinavien: Schweden

(article 11 par. 2). Employers with less than ten employees are excepted from the obligation to establish a plan of action (article 11 par. 3). The employer shall also provide a workers' organization, in relation to which the employer is tied by a collective agreement, with the information that's needed for the organization to cooperate at the survey, analyze and establishment of a plan of action for equal pay (article 12). Every year the **Ombudsman for Equality** sends out requests to a random number of companies to **review their plans** and see how the companies are working.³²¹

Louise Rodebjer

³²¹ See the website www.jamombud.se.