

Barne- og Likestillingsdepartementet  
Postboks 8036 Dep  
0030 OSLO

(Referanse må oppgis)  
Vår referanse: 09/01559-6  
Arkivkode: X00 &00  
Saksbehandler: Solfrid Vaage  
Haukaas

Deres referanse:

Dato:	12-1-2010
BARNE-, LIKESTILLINGS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENTET	
Arkivkode:	530.00
Dato:	14/1-10
2010/00033-032	

## Høringsuttalelse - NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Det vises til Barne- og likestillingsdepartementet høringsbrev av 26. juni 2009, med høringsfrist 30. desember 2009. KS har fått innvilget fristutsettelse til 13. januar 2010.

### 1. Innledning

KS ønsker et inkluderende, integrerende og mangfoldig arbeids- og samfunnsliv, hvor det sikres like muligheter og rettigheter for den enkelte.

KS ser det som positivt til at det foretas en gjennomgang av gjeldende regelverk for å sikre en bedre sammenheng i regelverket. Det er viktig at et helhetlig diskrimineringsvern sikrer en balansert ivaretagelse mellom partene i arbeidslivet. KS vil påpeke at arbeidslivets parter i begrenset grad har kunnet medvirke til å løfte frem eventuelle konsekvenser av foreslåtte endringer ved at partene kun har medvirket som deltakere i en referansegruppe sammen med utvalgte interesseorganisasjoner. KS mener at arbeidslivets parter burde fått anledning til å medvirke i større grad under utviklingen av lovforslaget. Mange av de foreslåtte endringene vil i stor grad angå arbeidslivet, og en stor andel av sakene som prøves av håndhevende myndigheter gjelder arbeidslivet. Deltakelse i referansegruppen og høringsrunde gir ikke samme mulighet til å problematisere de konsekvenser forslaget vil kunne få for arbeidslivet. Av denne grunn bør høringsuttalelser som representerer arbeidslivets område gis særlig oppmerksomhet.

Høringen ble behandlet av Hovedstyret i KS den 17. desember 2009. KS støtter mange av forslagene som Diskrimineringslovutvalget har lagt frem, men har enkelte merknader eller motforestillinger til noen av forslagene fremmet av utvalget. I det følgende kommenteres noen av de forslagene som antas å ha størst betydning for arbeidslivet.

## **2. En samlet diskrimineringslov**

Diskrimineringslovutvalget foreslår en ny samlet lov mot diskriminering. KS er enig i at det er fornuftig å samle de ulike lovene i en lov for å gi et mer helhetlig diskrimineringsvern i norsk lovgivning. Lovgivningen i dag er både fragmentarisk og uoversiktlig.

KS vil likevel fremheve viktigheten av at både likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven inntas i ny diskrimineringslov. Dersom for eksempel likestillingsloven ikke innlemmes i ny diskrimineringslov, mener KS at dagens rettstilstand bør videreføres uten endringer. Dette både fordi formålet om et helhetlig diskrimineringsvern ikke oppnås, og også fordi både diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er relativt nye og ikke fått tid til å virke. En eventuell harmonisering kan da vurderes på et senere tidspunkt.

Gjennom harmonisering av regelverket vil diskrimineringsvernet styrkes på de områder som ikke har et slikt vern. Når en lov har særbestemmelser som har en godt fundert begrunnelse for dette området, vil begrunnelsen ikke uten videre bære for andre områder. KS mener derfor at det må utvises varsomhet når det foretas harmonisering av bestemmelser hvor begrunnelsen spesifikt knytter seg til for eksempel nedsatt funksjonsevne, men uten at konsekvensene av en utvidelse til et annet diskrimineringsgrunnlag i tilstrekkelig grad er vurdert.

Utvalget foreslår at diskrimineringsgrunnlagene midlertidig ansettelse, deltid eller medlemskap i arbeidstakerorganisasjon skal vernes etter arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det vil derfor fortsatt være en viss fragmentarisk lovgivning på diskrimineringsområdet. Ombudet og nemnda vil ikke kunne håndheve diskriminering på disse grunnlagene, og overtredelse av disse bestemmelsene vil være straffesanksjonert i medhold av arbeidsmiljølovens generelle bestemmelse. Utvalget peker på at disse diskrimineringsgrunnlagene har en sterk tilknytning til arbeidslivet, og dermed ikke bør gis et vern utover på arbeidslivets område. KS er enig i dette. KS synes de ulike systemene med hensyn til håndheving og straff knyttet til diskrimineringsgrunnlagene er noe mangelfullt utredet, og ville ønsket alternative forslag til løsninger. KS gir likevel forslaget en betinget støtte.

Videre er det foreslått regler om at det ikke er adgang til å stille spørsmål i tilknytning til ansettelser om graviditet, adopsjon, eller familieplanlegging, seksuell orientering eller hvordan søkerne stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål i diskrimineringsloven § 23. Tilsvarende bestemmelse om at det ikke er adgang til å innhente opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon følger av arbeidsmiljøloven § 13-4. Det er unødvendig kompliserende for tilsettingsmyndighetene at disse bestemmelsene ikke er samordnet, selv om spørsmålet om å innhente opplysninger om medlemskap i arbeidstakerorganisasjon har en sterkere tilknytning til arbeidsmiljøloven enn de øvrige grunnlag.

## **3. Forbud mot diskriminering**

KS er enig i at de grunnlag som skal gis særskilt vern mot diskriminering skal listes opp i loven og at disse skal videreføre gjeldene rett på arbeidslivets område. Grunnlagene som er vernet etter dagens rett er i tråd med internasjonale forpliktelser, er velbegrunnede, innarbeidet i praksis og har en solid forankring i den alminnelige rettsfølelsen.

KS er derimot ikke enig med utvalgets flertall, som foreslår at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag skal suppleres med en "sekkebestemmelse", jfr forslaget § 4, første ledd andre punktum. Loven skal da åpne for at særlige urimelige eller usaklige enkelttilfeller kan påberope seg diskrimineringsvernet for liknende og vesentlige forhold. Dette skal være en fleksibel norm, og utvalget peker på at en slik fleksibel norm vil kunne fange opp utviklingen i samfunnet over tid uten at det kreves lovendring. Utvalget legger til grunn at det ikke er et krav etter internasjonale forpliktelser å ha en slik bestemmelse. En slik sekkebestemmelse overlater til de håndhevende organer å trekke opp grensene for hvem som skal ha et særskilt vern etter loven. KS er enig i mindretallets syn om at det er en politisk oppgave å definere hvem som skal vernes etter loven. Utvalget bruker som eksempel at samfunnsutviklingen viser at det oppstår nye vernebehov som følge av stor innvandring. Et slikt spørsmål er av politisk karakter, og bør utredes av lovgivere.

En sekkebestemmelse som foreslått, skaper en uforutsigbarhet, både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Utvalget peker på at de faktiske forhold ofte kan være uoversiktlige i slike saker, og grensen mot det som er saklig kan være vanskelig å trekke i forkant. Bestemmelsen åpner derfor for unødvendige tvister. En beskyldning om diskriminering kan være stigmatiserende for den disse beskyldningene rettes mot, og ofte vil den være det for den som påstås diskriminert. Det vil for eksempel være en stor personlig belastning å gå inn i en prosess som nødvendigvis vil ha en viss publisitet, og deretter ikke få medhold. Når en arbeidstaker oppfatter seg utsatt for urett, må han eller hun vurdere både belastning og risiko ved å forfølge dette. Man kan heller ikke se bort fra at det kan oppstå et press fra andre ansatte om å forfølge et forhold. En sekkebestemmelse vil i seg selv innebære en diffus avgrensning som gir lite forutsigbarhet i forhold til sakens utfall. Dette vil etter vår oppfatning være uheldig i forhold til de ansatte som ikke sikkert vet hvilke rettigheter de har, og kan forfølge. Det er dernest uheldig for arbeidsgivere, både fordi de ikke er klare over hva som egentlig kreves, men også fordi den samme usikkerhet hos arbeidstaker vil medføre unødvendig prosess med påfølgende uheldig publisitet og fare for omdømmetap. KS vil også fremheve at en uklar sekkebestemmelse vil være uheldig fordi den vil være prosessdrivende og unødig belastende domstoler og samfunnet for øvrig. Det er viktig å ha klare og forutsigbare regler på området. Det forhold at utvalget foreslår utvidet henleggelsesadgang for ombudet, er ikke tilstrekkelig for å sikre rettssikkerhet for arbeidsgiverne i denne sammenheng. KS mener bestemmelsen bør regulere uttømmende de vernede grunnlag i tråd med mindretallets forslag.

Utvalget har fremmet et forslag om at diskrimineringsforbudet skal gjelde på grunn av eksisterende, antatt, tidligere eller fremtidige forhold som er nevnt under første ledd, jfr § 4, tredje ledd. Dette følger etter gjeldende rett av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, men utvalget skriver at dette også må legges til grunn etter de øvrige lover. I Ot prp 44 (2007/2008) er begrunnelsen til departementet at funksjonsevnen ikke er konstant. Departementet skriver:

*"Den kan endres og kan være nedsatt i kortere eller lengre tid og i større eller mindre grad. Dette skiller nedsatt funksjonsevne fra andre diskrimineringsgrunnlag som kjønn og etnisitet. Funksjonsnedsettelse behøver ikke nødvendigvis å være synlige for omverdenen, noe som også gjelder andre diskrimineringsgrunnlag som eksempelvis seksuell orientering. I praksis vil eksisterende funksjonsnedsettelse være grunnlaget for diskriminering. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven likestiller likevel diskriminering knyttet til en aktuell nedsatt funksjonsevne med eksisterende, fortidige eller fremtidige forhold. Det er åpnet for en slik*

*bred forståelse for å beskytte mot diskriminering på grunn av for eksempel en tidligere psykisk lidelse, eller en genetisk disposisjon for sykdom.”*

Formuleringen om eksisterende, antatt, tidligere eller fremtidige forhold er begrunnet i de særlige forhold som lett vil kunne oppstå i situasjoner knyttet til helse. KS mener det er viktig at en ny lov ikke skaper rettsusikkerhet. Ved å nedfelle en slik formulering i lovteksten, vil dette skape uforutsigbarhet vedrørende hva som egentlig er vernet og åpne mulighetene for unødvendige søksmål. Utvalget har i liten grad problematisert hva som nærmere ligger i denne formuleringen, og ber om at lovgiver problematiser dette nærmere.

Kommunene og fylkeskommunene er i deres virksomhet bundet av det offentligrettslige saklighetskrav. Kommunesektoren vil dermed uansett være forpliktet til å opptre saklig. Dette svekker behovet for en slik bestemmelse innenfor offentlig sektor.

#### **4. Unntak fra diskrimineringsforbudet**

Utvalget foreslår en generell unntaksbestemmelse hvor diskrimineringsforbudet ikke gjelder ved saklig forskjellsbehandling i § 5. For arbeidslivet er det foreslått videreført det lovfestede og ulovfestede skjerpene vilkår i § 5, første ledd andre punktum. Dette innebærer at en forskjellsbehandling i tillegg skal det være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke. Dette synes å være et unødvendig tilleggsvilkår, og kompliserer bestemmelsen betydelig. Arbeidsgiver skal argumentere for at handlingen er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i tillegg til at det skal være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke. Utvalget bruker som eksempel på dette vilkåret at det vil gjelde for skuespillere som må ha et bestemt utseende eller fengselsansatte som må foreta kroppsvisitering. Dette vil følge allerede av kravet til saklighet at en slik forskjellsbehandling er lovlig. Det vil i stor grad være de samme argumentene som skal anføres under kravet om saklighet og nødvendighet i forhold til arbeid eller yrke, og KS foreslår derfor at det foreslåtte unntaket i § 5, første ledd andre punktum utgår.

KS er enig i utvalgets forslag om at det i lov, forskrifter og i landsomfattende tariffavtaler skal være adgang til å fastsette generelle aldersgrenser. KS er enig i at lovgiver og partene i arbeidslivet har bedre forutsetninger for å vurdere om en aldersgrense er godt nok begrunnet enn ombudet, nemnda eller domstolene.

#### **5. Offentlige myndigheters aktivitetsplikt**

Utvalget foreslår at offentlige myndigheter skal ha aktivitetsplikt knyttet til alle lovens diskrimineringsgrunnlag, og utvider dermed aktivitetsplikten på grunnlagene politisk syn og seksuelle orientering. Denne aktivitetsplikten berører kommunesektoren som delegert lovgivningsmyndighet, tjenesteutøver og bevilgende myndighet. KS vil peke på at en aktivitetsplikt på områder som i liten grad er synlig for omgivelsene, og berører forhold som av mange oppleves som private forhold, kan være utfordrende for offentlige myndigheter. Likevel synes det fornuftig at plikten for offentlige myndigheter omfatter samtlige grunnlag ut fra harmoniseringshensyn, og antar at det nærmere innholdet av plikten vil variere etter de ulike grunnlagene. Det nærmere innholdet av aktivitetsplikten er kommunene nærmest til å klargjøre. KS er videre enig i at det ikke skal være en særskilt rapporteringsplikt på aktivitetsplikten.

## 6. Aktivitets- og redegjøringsplikt for arbeidsgiver

Utvalget foreslår at det innføres aktivitetsplikt for arbeidsgiver på alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Dette innebærer en utvidelse av arbeidsgiveres aktivitetsplikt knyttet til grunnlagene politisk syn, alder og seksuell orientering.

Det pekes på det kompliserte knyttet til å utføre aktiviteter, som kartlegging av utfordringer i forbindelse med likestilling og integrering på grunnlag som mangler synlige indikatorer. Slike grunnlag kan være enkelte typer funksjonsnedsettelse, seksuell orientering eller religion, og det er viktig at virksomhetens aktivitet bygger på respekt for den enkeltes valg med hensyn til å vise frem eller å skjule forhold som ikke synes for omgivelsene. Utvalget skriver videre at det er av stor betydning at kartleggingen ikke graver frem, forsterker eller utdypet bagatellmessige forhold som lett kan ordnes internt, og viser til at det finnes eksempler på at problemer i forhold til etnisk diskriminering og integrering har blitt forsterket gjennom at problemene synes uløselige. Disse utfordringene som utvalget peker på viser kompleksiteten i arbeidsgivers aktivitetsplikt, og KS mener det er viktig at arbeidsgiver har tilstrekkelig spillerom og fleksibilitet til å oppfylle aktivitetsplikten på en hensiktsmessig måte.

Aktivitetsplikten foreslås utformet slik at den kan implementeres i virksomhetenes systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, jf arbeidsmiljøloven § 3-1. Utvalget skriver at gjeldende aktivitetsplikt og helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i en viss utstrekning er overlappende regelverk, og at en eventuell implementering av plikten vil kunne bygge på eksisterende rutiner for helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Utvalget selv påpekte i notat til referansegruppen at dette vil bryte med dagens system, idet det tradisjonelt sett har vært et skille i arbeidsretten mellom den offentligrettslige delen som består av kravene til helse-, miljø og sikkerhet og den privatrettslige delen som består av reglene om stillingsvern mv. Diskrimineringsvernet utgjør del av den privatrettslige delen av arbeidsretten, og håndheves ikke av Arbeidstilsynet, jf arbeidsmiljøloven § 18 – 6. Utvalget peker særlig på trakassering som eksempel på hvorfor en utvidelse av denne plikten er en naturlig forlengelse av arbeidet som gjøres i dag i medhold av arbeidsmiljøloven.

KS mener modellen fra det ordinære helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet kun i begrenset grad er anvendelig for aktivitetsplikten. Rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår vil være en betydelig utvidelse av gjeldende plikter på områder, og følger ikke naturlig av arbeidsmiljølovens system i dag. Forslaget innebærer at aktivitetsplikten vil inngå i virksomhetens partsarbeid, og derfor også en utvidelse av arbeidstakerrepresentantenes oppgaver. En slik implementering innebærer en utvidelse både av tillitsvalgte og verneombudets oppgaver og roller. Selv om KS mener at det skal utvises varsomhet med å utvide oppgavene for disse, slik at dette går ut over kjerneoppgavene i virksomheten, mener vi likevel at det kan være hensiktsmessig å knytte aktivitetsplikten nærmere til virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Det er naturlig at disse i en viss grad har oppgaver knyttet til forebyggende arbeid på arbeidsplassen, og dette fremstår også som en naturlig forlengelse av deres oppgave for å ivareta de ansatte. Arbeidet for aktivt å sikre likestilling og hindre diskriminering vil således få en sterk forankring i virksomheten. I lys av de store utfordringene spørsmål om likestilling og integrering reiser, vil en slik ordning kunne forsvares. Selv om det er noe uklart hvilke konsekvenser en slik implementering vil få og i hvor stor grad dette vil involvere de tillitsvalgte og verneombud, mener KS likevel det kan være fornuftig å implementere aktivitetsplikten i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. KS gir derfor forslaget en betinget støtte.

Utvalget foreslår at aktivitetsplikten nedfelles i en forskrift. Dette er KS ikke enig i. En forskrift kan også virke mot sin hensikt, ved at virksomhetene blir mer opptatt av å oppfylle forskriftens krav enn å søke å finne de rette aktiviteter innenfor sin virksomhet på bakgrunn av lokale forhold. Det kan bli viktigere å gjøre det på den rette måten enn å nå de ønskede målene.

I forskriftens bokstav b) pålegges arbeidsgiver ”.. å foreta en gjennomgang av organisasjonens praksis og kultur for å identifisere barrierer for likestilling”. Når en slik gjennomgang skal omfatte gjennomgang av praksis og kultur knyttet til for eksempel redusert funksjonsevne, seksuell orientering, religion og politisk syn, stilles spørsmål om hvordan en slik gjennomgang skal gjennomføres i praksis. Skal kommunene sende ut spørsmålsskriv til de ansatte om dere holdninger, eller er det lederes oppfatning om spørsmålene som skal legges til grunn? Hvilke kriterier danner grunnlag for å avsløre virksomhetens praksis og kultur? En slik bestemmelse virker ikke klargjørende, og kan være vanskelig å praktisere og håndheve.

De samme motforestillinger reiser seg i stor grad når det gjelder forskriftens bokstav f), hvor arbeidsgiver skal ” sørge for systematisk overvåking og gjennomgang av likestillingsarbeidet for å sikre at det fungerer som forutsatt”. KS er enig med utvalget i at moderne former for diskriminering ofte er subtile og vevet inn i ”nøytral” praksis og kultur. Likevel vil en plikt til å kartlegge og sørge for systematisk overvåking og gjennomgang av arbeidet kunne virke mot sin hensikt på måter som påpekt av utvalget selv. Det vil også være vanskelig å kartlegge holdninger og ubevisste stereotyper gjennom kartlegginger. Faren for at slike kartlegginger støter enkelte grupper, og dermed hindrer ønsket effekt av kartleggingen, vil også være tilstede. Videre vil en slik plikt også by på utfordringer for de grunnlagene som ikke har synlige indikatorer.

KS' oppfatning er at virksomhetene innenfor kommunesektoren selv best definerer behov for aktiviteter, utfordringer og tiltak ut fra lokale forhold. Det er viktig å beholde fleksibiliteten når det gjelder oppfyllelse av aktivitetsplikten. Partene i arbeidslivet har i samarbeid med barne- og likestillingsdepartementet og likestillings- og diskrimineringsombudet nylig utarbeidet en veileder for arbeidslivet i aktivitets- og rapporteringsplikten som ble ferdigstilt våren 2009. Veilederen er gjennomarbeidet og basert på de erfaringer man har med aktivitetsplikten, og KS mener det ikke er nødvendig med forskrifter som pålegger aktiviteter av en viss art og innhold. KS mener derfor at det er u hensiktsmessig å gi regler om aktivitetsplikten i en forskrift.

KS er enig i at aktivitetsplikten ikke skal omfatte forholdene knyttet til sekke kategorien dersom denne vedtas, idet det nærmere innholdet og håndhevingen av plikten er vanskelig å trekke for diskrimineringsgrunnlag som ikke er identifisert.

Plikten foreslås håndhevet av Arbeidstilsynet. Utvalget peker på at det gode likestillings- og ikke-diskrimineringsarbeidet kommer fra motiverte ledere og medarbeidere som sammen setter fokus på spørsmålet. Erfaringer underbygger at motivasjon og ønsket om å være gode arbeidsgivere er førende for arbeidet, og ikke regelverket og kontrollordninger på området. Det er lønnsomt og nødvendig å tenke likestilling, og det er stor oppmerksomhet på viktigheten av tiltak for inkludering, integrering og likestilling. Likevel mener utvalget at det bør føres tilsyn med aktivitetsplikten for å gjøre den mer effektiv. KS er enig med utvalget i at virksomhetene selv har insitamant til å arbeide godt på dette området ved at dette skaper gode tjenester, sikrer arbeidskraft og gir mangfold i virksomheten som avspeiler

befolkningsgrunnlaget. Som påpekt ovenfor, er det noe uklart hva som nærmere ligger i forslaget om implementering i virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og derfor er det også noe uklart hva Arbeidstilsynet skal håndheve etter forslaget. KS er i utgangspunktet uenig i at det er behov for håndheving av aktivitetsplikten.

Dersom det likevel skal være et håndhevingsorgan, foreslås Arbeidstilsynet som tilsynsorgan. Tilsynet kan gjennomføre kontroller og gi bindende pålegg ved avvik. I dag har Likestillings- og diskrimineringsombudet både ombudrollen og tilsynsrollen på diskrimineringsområdet. Utvalget har ikke problematisert at ombudet fyller begge disse rollene. På et generelt grunnlag synes KS det er uheldig at ombudet fyller både rollen som ombud og tilsyn. Det følger av ombudrollen at ombudet skal være en pådriver i forhold til utviklingen, og kanskje være i randsonen av etablert praksis på området. Ombudrollen og pådriverrollen vil lett komme i konflikt med det krav til etterfølgende objektiv tilnærming som kreves ved offentlig tilsyn. En kombinasjon av disse rollene blir lett uheldig idet den kan begrense muligheten for å være pådriver, mens den åpenbart svekker legitimiteten til tilsynsrollen. KS mener derfor at det er fornuftig å legge tilsynsfunksjonen til Arbeidstilsynet. Disse rollene vil i så fall splittes. Arbeidstilsynet har også desentraliserte enheter, og stor erfaring i arbeidet med veiledning og kontroll av kommunene.

En slik ordning vil kreve betydelig økte ressurser og heving av kompetansen til Arbeidstilsynet for at tilsynet skal kunne utøves på en god måte.

KS er enig i at gjeldende redegjøringsplikt oppheves fordi den virker unødvendig byråkratiserende og ikke i tilstrekkelig grad bidrar til å fremme likestillingsarbeidet. Imidlertid vil KS peke på at innholdet av redegjøringsplikten synes nedfelt i forskriftens bokstav g) og h). KS er ikke enig i at dette skal nedfelles i forskriften.

## **7. Tilgjengelighet**

Utvalget foreslår å erstatte "*rimelig*" tilrettelegging med "*egnet*" tilrettelegging, og utvalget forutsetter at dette ikke innebærer endring av dagens rettstilstand. KS er usikker på om forslaget i samme grad avspeiler at det skal foretas en avveining av behov og nytte ved tilrettelegging og effekt, kostnader og virksomhetens ressurser. KS forutsetter at en eventuell endring av ordlyden i tråd med utvalgets føringer vil være en videreføring av gjeldende rett på området.

## **8. Opplysningsplikt om lønn**

Det foreslås at arbeidsgiver skriftlig skal opplyse om lønnsnivå og kriterier for fastsettelsen av lønn for den eller de vedkommende arbeidstaker sammenligner seg med til tillitsvalgte og verneombud dersom en arbeidstaker mener seg diskriminert.

KS er enig i utvalgets forslag. Det kan virke prosessdrivende at arbeidstakeren skal måtte klage arbeidsgiver inn for ombudet for å få fremlagt opplysninger vedrørende en eller flere kollegers lønn og kriteriene for lønnstildelingen ved mistanke om diskriminering. Det praktiseres innsynsrett til tillitsvalgte i KS-området i forbindelse med lokale forhandlinger. Videre er kommunesektoren underlagt offentleglova, og lønnsopplysninger vil ofte være offentlige. Ansatte som mener seg diskriminert, vil i medhold av denne loven kunne begjære

innsyn i dokumenter knyttet til enkeltpersoner. I noen tilfeller vil lønnsopplysninger likevel være taushetsbelagt, og dokumentene skal unntas fra innsyn.

Bakgrunnen for at utvalget foreslår at verneombud skal kunne kreve opplysninger om lønn fra arbeidsgiver med mistanke om diskriminering, er at også uorganiserte skal ivaretas. KS mener at det bør vises forsiktighet med å blande rollene til tillitsvalgte og verneombud, men er enig i at det er viktig å ha en ordning som også ivaretar de uorganiserte. KS støtter derfor forslaget.

## **9. Likelønn**

Utvalget foreslår å videreføre dagens bestemmelse i likestillingsloven om rett til lik lønn for arbeid av lik verdi. KS er enig i at bestemmelsen skal gjøres gjeldende utelukkende ved kjønnsdiskriminering, og ikke videreføres til andre grunnlag. KS er enig i at det er lite kunnskap om lønnsdannelsen når det gjelder andre grunnlag enn kjønn, og er enig med utvalget i at det er vanskelig å vite hvordan håndhevende myndigheter vil tolke en eventuell bestemmelse om likelønn for andre grunnlag enn kjønn. KS støtter derfor utvalget i at likelønnsbestemmelsen videreføres når det gjelder kjønn.

## **10. Bevisbyrdereglene**

KS støtter forslaget om at ordinære bevisbyrderegler skal gjøres gjeldende for diskriminering etter sekkepostbestemmelsen.

## **11. Erstatning og oppreisning**

Utvalget foreslår at arbeidsgiver ved diskriminering i arbeidslivet skal være ansvarlig for å betale erstatning for økonomisk tap og oppreisning uavhengig av skyld. Et objektivt ansvar for arbeidsgiver for økonomisk tap, innebærer at arbeidsgiver i for stor grad blir ansvarliggjort dersom kommunene ikke kan motbevise at det har skjedd forskjellsbehandling uavhengig av skyld. Utvalget peker på at eventuelle urimelige utslag av et objektivt ansvar for erstatning og oppreisning kan ivaretas gjennom utmålingen og lemping av ansvar. Når utvalget senere skriver at den diskriminerte skal få dekket hele sitt økonomiske tap, både lidt og fremtidig tap, fremstår det uklart om det er adgang til å lempe ved utmålingen av økonomisk tap der den ansvarlige i mindre grad kan klandres.

Utvalgets forslag legger opp til at erstatning og oppreisning "*fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til økonomisk tap, ikke-økonomisk skade, partenes forhold og omstendighetene forøvrig*", jfr § 29. Utvalget peker på at erstatning og oppreisning skal være en fleksibel reaksjon, men som påpekt ovenfor, er det forutsatt at det økonomiske tapet dekkes i sin helhet. KS finner denne lovgivningsteknikken uheldig, hvor det økonomiske tap synes å være et moment ved en helhetsvurdering ved utmåling av erstatning og oppreisning. KS mener dagens rettstilstand bør videreføres, med krav om skyld ved økonomisk tap som hovedregel i diskrimineringsloven.

KS støtter forslaget om at diskrimineringslovens særbestemmelser ikke skal gjelde for sekkebestemmelsen dersom denne vedtas. Skyldkravet for erstatning og oppreisning bør ikke senkes på områder hvor det på forhånd vil kunne være vanskelig å trekke opp grensene



mellom saklig og usaklig forskjellsbehandling, og hvor de faktiske forholdene kan være uoversiktlige.

## 12. Nemndas vedtaksmyndighet

KS støtter utvalgets flertall, som foreslår videreført dagens rettstilstand når det gjelder vedtaksmyndighet for nemnda. Rettssikkerhetshensyn tilsier at domstolene er nærmest til å ta stilling til om spørsmål om erstatning og oppreisning, og støtter forslaget om at dette skal avgjøres av domstolene.

## 13. Offentlige anskaffelser

Utvalget foreslår en endring i regelverket for offentlige anskaffelser. Endringen går ut på at det foreslås innført en egenerklæring der leverandører skal bekrefte at de oppfyller plikten til å arbeide for likestilling etter diskrimineringsloven. Etter utvalgets forslag skal tilbud som mangler egenerklæringen avvises fra konkurransen.

KS vil frarådet at det innføres en slik egenerklæring.

Anskaffelsesregelverkets formål er angitt i lov om offentlige anskaffelser § 1. Bestemmelsen lyder:

*”Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”*

Bruk av dette regelverket til ivaretagelse av andre lovgivnings- og/eller håndhevingsformål undergraver regelverkets egentlige formål og dermed også respekten for dette. KS mener derfor at lovgiver generelt bør vise stor varsomhet med å ta inn ikke-innkjøps- og konkurransemessige hensyn i regelverket. Det samme synspunkt kommer også klart til uttrykk i NOU 1997:21. Utvalget viser på side 230 til denne og den analysemodell som lanseres i pkt. 7.1.3, når innføringen av en ny egenerklæring drøftes. Analysemodellen poengterer særlig at det samfunnsmessige kravet som ønskes løst gjennom endringer i anskaffelsesregelverket, bør ha en tilknytning til det innkjøpsfaglige. Dersom så ikke er tilfelle, bør ikke offentlige anskaffelsesprosesser benyttes som virkemiddel.

Det fremgår at utvalget ønsker å benytte regelverket for offentlige anskaffelser til å fremme andre formål enn det som er regelverkets egentlige formål. Spørsmålet er derfor om innføringen av en ny egenerklæring med det innhold den foreslås gitt er i tråd med anbefalingene gitt i nevnte NOU. Vurdert opp mot momentene i analysemodellen, kan KS ikke se at den foreslåtte egenerklæringen har tilknytning til innkjøpsfaglige eller konkurransemessige problemstillinger. Vi kan heller ikke se at vurderingen av de andre sjekkpunktene gir argumenter for innføringen av en slik egenerklæring.

KS andre innvending mot innføring av egenerklæringen knytter seg til innholdet i erklæringen. Det fremgår av utvalgets forslag at egenerklæringen ikke har noe innhold utover den plikten som allerede legges på leverandørene i forslaget til enhetlig

diskrimineringslovgivning. Egenerklæringen inneholder med andre ord ingen selvstendige plikter. KS er skeptisk til at anskaffelsesprosessen skal benyttes til å erklære at man vil overholde annet forpliktende lovverk. I særdeleshet gjelder dette når dette lovverket skal kontrolleres av annen myndighet.

KS går imot innføringen av egenerklæringen, fordi denne er uten innhold og/eller innholdet i kontrollplikten er uklart. Det kan synes som om utvalget mener at egenerklæringen kun skal ha en symboleffekt. Samtidig synes det som om utvalget mener at oppdragsgiver bør foreta undersøkelser. Dersom det er slik at denne egenerklæringen ikke skal ha noe selvstendig innhold og at byrden som legges på partene i anskaffelsesprosessen er liten, innføres det i realiteten en plikt, som det samtidig gis uttrykk for at ikke skal følges opp. Likevel foreslås det at mangel på egenerklæring skal medføre at leverandørens tilbud avvises. KS reagerer på den manglende proporsjonaliteten mellom en egenerklæring uten selvstendig innhold og som ikke skal kontrolleres og den alvorlige konsekvensen av manglende oppfyllelse av vilkåret. KS kan ikke se at EØS-regelverket åpner for denne type plikter uten en medfølgende kontrollplikt for oppdragsgiver. Det vises her til utvalgets egne kommentarer til EF-domstolens dom i sak C-448/01.

Dersom utvalget likevel mener at oppdragsgiverne skal foreta reelle kontroller av om forpliktelsene etter diskrimineringslovgivningen er oppfylt, er KS ikke enig med utvalget i at disse pliktene ikke er særlig byrdefulle og at de ikke krever kompetanse utover rent innkjøpsfaglig. Dersom egenerklæringen skal følges opp som en del av oppdragsgivers kontraktsoppfølging, kreves det både særskilt kompetanse og ikke ubetydelige ressurser hos oppdragsgiver. Vi bemerker i denne sammenheng at innholdet i egenerklæringen går ut på å erklære at de ”oppfylle plikten til å arbeide aktivt for likestilling etter diskrimineringsloven”. For oppdragsgivere vil det være særlig krevende å avdekke om leverandørene faktisk har ”arbeidet for” oppfyllelse av plikten.

Som følge av mangelen på selvstendig innhold og uklarhet i hvordan oppdragsgiver skal kontrollere oppfyllelse av forpliktelsen, frykter KS at en slik egenerklæring ikke vil medføre en positiv fokus på arbeidet for ikke-diskriminering, men snarere medføre at respekten for dette arbeidet undergraves. Krav om egenerklæringer uten reelt innhold, vil også kunne undergrave respekten for selve anskaffelsesregelverket.

Den tredje hovedinnvendingen mot innføringen av egenerklæringen knytter seg til mulig brudd på ikke-diskrimineringsbestemmelsene i EØS-avtalen. Den foreslåtte erklæringen skal gjelder for arbeid som skal utføres i Norge. Forutsatt at det er skal være et reelt innhold i egenerklæringen og at oppdragsgiver forutsettes å foreta en reell kontroll av oppfyllelsen, kan det stilles spørsmål ved hvordan en slik forpliktelse skal kontrolleres på en måte som er i overensstemmelse med kravet til likebehandling. KS viser i denne forbindelse til den usikkerhet som er skapt ved innføring av forskrift av 08.02.2008 nr.112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Anskaffelsesregelverket inneholder i seg selv så mange vanskelige vurderingstemaer, at ytterligere usikre klausuler og plikter må unngås.

Det er etter dette KS' oppfatning at håndheving av regelverket må overlates til offentlig kontrollmyndighet og domstolene, og at myndighetene isteden arbeider for å bistå oppdragsgivere, slik at ikke-diskrimineringsarbeidet kan trekkes inn i anskaffelsesprosessen på positiv måte. KS viser i denne sammenheng til det arbeidet som gjøres i EU-kommisjonen for å veilede innkjøpere i hvordan sosiale vilkår kan inkorporeres i anskaffelsesprosessen.

#### 14. Grunnlovsvern mot diskriminering

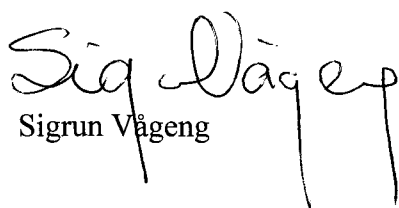
Stortingets presidentskap besluttet den 18. juni 2009 å oppnevne et menneskerettighetsutvalg for å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i Grunnloven. Spørsmålene om grunnlovsfesting er en naturlig del av utvalgets arbeid.

KS vil likevel støtte mindretallets forslag om en grunnlovsbestemmelse i tråd med utvalget modell 3, hvor bestemmelsen ikke lister opp de ulike diskrimineringsgrunnlagene. En slik bestemmelse understreker et viktig demokratisk prinsipp, og sikrer at diskrimineringsforbudet får forankring i Grunnloven.

#### 15. Avsluttende merknader

Forslaget om å utvide arbeidsgivers aktivitetsplikt til grunnlagene politisk syn, seksuell orientering og alder påfører kommunesektoren økte kostnader. Disse utgiftene anslås til syv til elleve millioner kroner det første året. Kommunenes økte utgifter ved innføringen av regler om universell utforming fra 2009 og eventuelle endringer i disse kravene må kostnadsberegnes. KS ber om at kommuner og fylkeskommuner kompenseres for merkostnadene disse forslagene påfører sektoren.

I tråd med innledende merknader knyttet til sammensetningen av diskrimineringslovutvalget, ber KS om møte med departementet. KS er kjent med at NHO, Spekter og HSH i sine høringssvar vil be om tilsvarende møte. KS er derfor åpen for at departementet gjennomfører møtet som et fellesmøte med arbeidsgiversiden.

  
Sigrun Vågeng

  
Børge Benum

Kopi: Kommunal- og regionaldepartementet