



ARBEIDSGIVERFORENINGEN

SPEKTER

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

BARNE-OG LIKESTILLINGSDEP.
Arkivkode: 365.00
Dato: 18/11-08
Saksnr: 200803477-036

Oslo, 14.11.08

Vår ref
KRJU/21153

Høringssvar – endring av likestillingsloven §§ 3 og 4 - forbud mot å spørre om graviditet mv

Det vises til høringsbrev fra Barne- og likestillingsdepartementet av 18.08.08 om endringer i likestillingsloven.

I likhet med departementet er Arbeidsgiverforeningen Spekter opptatt av at diskriminering ved ansettelser ikke skal forekomme. Det fremstår som uakseptabelt for oss dersom en kvinne som opplyser at hun er gravid eller planlegger å bli det, av den grunn ikke får en stilling hun er den best kvalifiserte for.

Vi er opptatt av at våre medlemmer kjenner til lovgrunnlagene som skal hindre rettsstridig forskjellsbehandling, og at ansettelser skjer i henhold til disse. Informasjons- og bevisstgjøringsarbeid gjøres i mange sammenhenger, bl.a ved direkte rådgivning, på vår hjemmeside, i temamøter og på kurs. Det kan nevnes at vårt høstkurs i ansettelser og jus der diskriminering var et sentralt tema, hadde en overveldende oppslutning fra våre medlemmer. Det viser en stor interesse for temaet. Gjennom kontakt og samarbeid med de andre arbeidsgiverforeningene, vet vi at dette er spørsmål som også har fokus der.

Til tross for at det fra arbeidsgiverhold gjøres mye for å øke bevisstheten og kunnskapene hos de som skal foreta ansettelser, vet vi at diskriminering fortsatt forekommer. Henvendelser til likestillings- og diskrimineringsombudet og nemndsbehandling av klager viser dette. En høyt nivå på henvendelser og klager trenger imidlertid ikke bety at problemet er økende. Det kan vel så mye være et resultatet av større fokus på slike problemstillinger, bl.a i media.

Departementet ønsker å effektivisere diskrimineringsvernet for gravide ved å foreta endringer i likestillingsloven. Arbeidsgiverforeningen Spekter kan etter en vurdering av de foreslåtte endringer vanskelig se at dette er et egnet virkemiddel til å nå dette målet. De foreslåtte endringene vil etter vårt syn tvert imot kunne gi utilsiktede virkninger og tilsløre hva som er beskyttelsesverdige interesser.

Vil innføring av spørreforbud føre til mindre diskriminering?

Arbeidsgiverforeningen Spekter slutter seg til departementets synspunkt om at det i dag ikke eksisterer noe forbud mot å spørre om graviditet/familieplanlegging. Ligestillingsloven er innrettet slik at det ikke vil være lovstridig å spørre om graviditet, men det vil derimot representere rettsstridig forskjellsbehandling dersom en arbeidssøker ikke får en stilling på grunn av graviditet/fødselspermisjon.

Forslaget om etablering av et uttrykkelig spørreforbud bygger på en antakelse om at dette vil føre til mindre diskriminering enn det som forekommer i dag. Vi kan ikke se at det er holdepunkter for en slik antakelse.

Etter en gjennomgang av vedtakene i Ligestillingsnemnda (2002 – 2005) og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda (2006 – 2008) er det ikke mulig å finne tilfeller der arbeidssøkeren er diskriminert som en følge av at arbeidsgiver har stilt spørsmål om vedkommende er gravid eller planlegger å få barn. I de sakene vi har funnet hvor arbeidssøker har hevdet å være diskriminert på grunn av graviditet/fødselspermisjon, er det arbeidssøkeren selv som uoppfordret har gitt arbeidsgiver disse opplysningene. Eksempler på slike saker er nr. 3/2005, nr. 8/2006, nr. 19/2006, nr. 13/2008 og nr. 16/2008. Problemet er altså ikke at det foreligger en ”spørreadgang”, men at arbeidsgiveren har vektlagt arbeidssøkerens graviditet/fødselspermisjon ved utvelgelsen.

Er det mangler ved dagens regelverk?

Når man ser på de vedtak som nemndsbehandling har resultert i, er det vanskelig å si at regelverket ikke er godt nok sett fra arbeidssøkerens ståsted.

Regelen om delt bevisbyrde, jfr lovens § 16 må sies å fortolkes slik at terskelen for å flytte bevisbyrden fra arbeidssøker til arbeidsgiver er relativt lav. Det kan være tilstrekkelig at det foreligger et sammenfall av ytre omstendigheter, jfr f.eks vedtak nr. 6/2007. Det kreves altså ikke at graviditet eller fødselspermisjon har vært et tema i kontakten mellom partene.

Nemndsvedtakene viser også at det stilles vesentlige krav til arbeidsgivers oppfyllelse av sin bevisbyrde, bl.a ved at ansettelsen skal være grundig dokumentert ved tidsnær dokumentasjon og etterprøvbart for nemnd og domstoler.

Det er etter dette ikke særlig tvilsomt at spørsmål under ansettelsesprosessen om graviditet/familieplanlegging vil være spørsmål som uten videre vil plassere tvilsrisiko og bevisbyrde hos arbeidsgiver etter dagens regler.

Konsekvenser av departementets forslag til spørreforbud

Likestillingsloven har i dag ingen definisjon av diskriminering. Derimot er det fastslått hvilke typer handlinger som ikke er tillatt. Handlinger i strid med loven representerer en forskjellsbehandling som ikke er tillatt. Slike handlinger etablerer et erstatningsansvar, jfr lovens § 17.

Selv om diskriminering ikke er legaldefinert, må det kunne slutes av eksisterende lovgivning at diskriminering er den rettsstridige og usaklige forskjellsbehandling, jfr arbeidsmiljøloven § 13-3, 1. ledd: *"Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her"*.

For at handlinger skal anses som diskriminering etter likestillingslovens gjeldende regler, er det en forutsetning at handlingene stiller det ene kjønn dårligere enn det annet. Handlinger som ikke har en slik konsekvens vil ikke bli ansett som diskriminering.

Departementets forslag til lovendringer *griper inn i og endrer dette systemet*. Det er ikke godt å si om dette er tilsiktet idet det ikke er kommentert særskilt i høringsbrevet.

Etter forslaget skal spørsmål om graviditet eller familieplanlegging regnes som direkte diskriminering. I motsetning til tidligere får man en angivelse av en helt konkret handling som skal regnes som diskriminering. Handlingen vil altså bli å anse som diskriminering helt uavhengig av hvilke konsekvenser den har.

Hvordan en slik bestemmelse rent praktisk vil virke, kan best illustreres ved et eksempel: En arbeidsgiver innkaller 6 søkere til jobbintervju. Grunnet rettsvillfarelse stiller arbeidsgiveren alle disse søkerne spørsmål knyttet til familieplanlegging. Den ene av søkerne utmerker seg så mye ved sin lederfaring og spisskompetanse innen relevant fagfelt at hun får tilbud om stillingen og ansettes.

Med dagens regelverk vil de 5 som ikke fikk stillingen kunne fremme sin sak for likestillings- og diskrimineringsnemnda dersom de mener seg diskriminert. Dersom en arbeidssøker kan sannsynliggjøre at diskriminering har funnet sted, flyttes bevisbyrden over på arbeidsgiver. Spørsmålet om familieplanlegging vil trolig være tilstrekkelig til å flytte bevisbyrden. Arbeidsgiveren må deretter føre tilstrekkelig bevis for at den valgte søker var den best kvalifiserte og at diskriminering dermed ikke har funnet sted.

Med de foreslåtte lovendringer, vil alle de 5 søkerne i eksemplet etter lovens regel være diskriminert. (Også den som fikk stillingen vil være diskriminert etter lovforslaget, men vil neppe ha klageinteresse). Dersom arbeidsgiver kan bevise at valgte søker faktisk var den best kvalifiserte, er det vanskelig å se hva diskrimineringen har bestått i. Alle søkere fikk samme spørsmål, og spørsmålet (og svarene) hadde ingen konsekvens for søkerne.

Lovforslaget vil videre få den virkning at erstatningsansvar etableres allerede ved at spørsmål om graviditet/familieplanlegging stilles i ansettelsesprosessen, jfr § 17 ”*Arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt behandlet i strid med bestemmelser i denne loven, kan kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld*”.

I vårt eksempel vil alle de 6 søkerne som ble spurt om familieplanlegging ha krav på erstatning. Det er vanskelig å se hva de skal ha erstattet. Det kan ikke bli tale om noe økonomisk tap. Det er også vanskelig å forstå et krav om oppreisning, når spørsmålet om familieplanlegging i intervjuet ikke hadde noen konsekvens.

Vi tror at dette lovforslaget strider mot den alminnelige rettsoppfatning.

Hva med en eventuell presisering knyttet til bevisregelen i § 16?

Det ville vært enklere å følge departementets tankegang dersom endringene hadde bygget på lovens eksisterende system fremfor å endre lovens innretning så vidtgående som det er lagt opp til.

Det kunne stilles spørsmål om det er ønskelig å tydeliggjøre/presisere hvilke handlinger som skal til for å snu bevisbyrden. Dette ville være en mindre vidtgående endring som kunne foretas innenfor lovens system. Vi vil imidlertid advare mot en slik konkretisering. Vi ville få en svært omfattende lovgivning dersom det for alle diskrimineringsgrunnlag skulle presiseres hva det ikke kan spørres om i ansettelsesprosessen. For flere av de eksisterende diskrimineringsgrunnlag vil det fremstå som kunstig å etablere spørreforbud. Mange ville f.eks stusse over et forbud mot å spørre om alder.

Det pågående lovendringsarbeid i Diskrimineringslovutvalget vil kunne resultere i en utvidelse av diskrimineringsgrunnlagene, noe som taler mot å utpensle regelverket for mye i detalj.

Bevisbyrderegelen ivaretar som tidligere nevnt etter vårt skjønn de formål man er ute etter å nå. Regelen vil gjennom nemnds- og domstolsbehandling fungere som en rettslig standard.

Kommentarer til de øvrige endringsforslag

Vi oppfatter det slik at departementet ønsker å fjerne følgende begrensning i § 3 annet ledd: ”som er forbeholdt det ene kjønn”. Begrunnelsen oppgis å være en ytterligere skjerping av vernet mot graviditetsdiskriminering. Vi kan ikke se at man oppnår dette ved forslaget.

Derimot utvides diskrimineringsvernet til flere diskrimineringsgrunnlag i og med at alle permisjoner etter ordlyden vil omfattes. Dette innebærer at ansatte som benytter seg av permisjoner som er kjønnsnøytrale og aldri har vært forbeholdt det ene kjønn, f.eks utdanningspermisjon og permisjon for å ivareta offentlige verv, nå vil få et



diskrimineringsvern. Vi kan ikke se begrunnelsen for å etablere et slikt vern. Vi kan som nevnt heller ikke se at vernet mot graviditetsdiskriminering skjerpes på denne måten.

Dersom endringen ikke tar sikte på en slik forståelse, bør gjeldende begrensning bli stående. Lovregler som ikke kan tolkes etter sin ordlyd vil være vanskelig tilgjengelige for arbeidsgiverne som skal praktisere dem.

Det må for øvrig påpekes at lovendringer som går i retning av å gjøre diskrimineringsgrunnlaget mer kjønnsnøytralt, vil kunne gi et diskrimineringsvern som er mer koblet til livsfase enn til kjønn. Dette er endringer som går utover lovens formål som er å ”fremme likestilling mellom kjønnene”, jfr lovens § 1.

Dersom de foreslåtte endringer gjennomføres vil vi til slutt påpeke at det må etableres en unntaksadgang slik som i arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4 annet ledd og diskrimineringsloven § 7 annet ledd. Unntaksadgangen må fremgå direkte av loven idet mange arbeidsgivere ikke er kjent med at det eksisterer en ulovfestet saklighetsnorm.

Med vennlig hilsen

Arbeidsgiverforeningen Spekter

Anne-Kari Bratten

Viseadministrerende direktør