

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036
0030 Oslo

REKVISIT
Beløp: 530.00
Dato: 23/12-09
Referanse: 200902447-071

Oslo, 22.12.2009

Vår ref.
26677/KRJU

Deres ref.
200902447-/ELR

Høring NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Vi viser til høringsbrev av 26.06.09 der vi er invitert til å avgi høringssvar. Vi vil i vårt høringssvar først og fremst ha synspunkter på de lovforslag som berører arbeidslivet og arbeidsgivernes plikter.

Vi har gjennomført en bred høringsprosess blant våre medlemmer, både i form av en større høringskonferanse og ved en skriftlig høringsprosess.

INNLEDNING

Diskrimineringslovutvalgets mandat har bl.a vært å samle eksisterende diskrimineringslovgivning og å vurdere utvidelse av vernet til nye grunnlag og områder.

Vi vil innledningsvis bemerke at det lovregulerte diskrimineringsvern er sterkere i Norge enn i mange andre land. Mye av den diskrimineringslovgivning vi har i dag er dessuten relativt ny. Som eksempler kan vi nevne reglene om likebehandling i arbeidslivet som trådte i kraft 1. mai 2004, lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv som trådte i kraft 1. januar 2006 og lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne som trådte i kraft 1. januar i inneværende år. Vi er forundret over at man før det i det hele tatt er mulig å trekke sikre konklusjoner om hvorvidt og hvordan denne lovgivningen faktisk virker, vil gå til det skritt å foreta ytterligere utvidelser av diskrimineringsvernet gjennom lovgivning.

Det finnes mange eksempler, også blant våre medlemmer, på at god ledelse og bevisstgjøring gir svært god inkluderingseffekter. Virksomheter som er opptatt av dette, gjør det ikke som følge av god kjennskap til lovreguleringen, men fordi god ledelse og utnyttelse av personalressursene er lønnsomt. Det er derfor betenkelig at nettopp lovreguleringen skal videreutvikles som virkemiddel. Vi frykter at effekten kan bli den motsatte av det man ønsker,

og at bedrifter og andre vil innrette seg for å unngå sanksjoner uten egentlig å få noen økt forståelse for problemstillingene knyttet til diskriminering. Mange arbeidsgivere vil trolig utvise en særlig forsiktighet, bl.a i rekrutteringssituasjoner, noe som kan føre til et mer lukket arbeidsmarked og arbeidsliv.

Vi vil for øvrig bemerke at det er uheldig at det legges opp til en så vidt omfattende etterlevelseshet. Vi sikter her til systemet knyttet til aktivitetsplikten der

- Aktivitetsplikten i seg selv utpenses til samme detaljnivå som HMS-regelverket
- Det foreslås et tilsynsapparat som skal bruke samme metoder og kriterier som for HMS
- Det foreslås bruk av sanksjonsmekanismer tilsvarende de som anvendes ved brudd på HMS-regelverket
- Det foreslås at det etableres leverandørkontroll ved offentlige anskaffelser

Denne typen regler vil treffe alle arbeidsgivere uavhengig av om de noensinne har foretatt eller kommer til å foreta handlinger som kan vurderes som diskriminering. For de mange bedrifter som jobber fornuftig og godt med mangfold og inkludering, vil et slikt regelsystem kunne virke svært fremmedgjørende og også skape usikkerhet om de arbeidsmåter som anvendes i den enkelte bedrift. Det kan bli mer fokus på om man oppfyller aktivitetsplikten på den *rette måten* enn om man faktisk får gode resultater av det arbeid som gjøres.

EN SAMLET DISKRIMINERINGSLOV

Når det gjelder selve samlingen av regelverket i en lov, kan vi se at det finnes gode grunner for dette. På den annen side, vil man her som ellers ved omstrukturering og samling av lover få den utfordring at lovreguleringer etablert for svært ulike områder vanskelig lar seg forene på en enkel måte. Det finnes flere eksempler på dette i den foreslåtte loven. Vi kommer tilbake til dette under den enkelte bestemmelse.

Vi mener for øvrig at overgangen til en helhetlig diskrimineringslov må forutsette at alle lover samles i én lov, dvs slik utvalget har foreslått. Dersom det skulle bli aktuelt å vurdere videreføring av enkelte lover og samling av andre, vil man ikke få den nødvendige forenklingsgevinst. Da vil dagens oppdelte system være å foretrekke.

Ad § 1 Formål

Flertallet foreslår en utvidelse av diskrimineringsgrunnlagene til også å gjelde "andre liknende vesentlige forhold ved en person". Spekter kan ikke gi sin tilslutning til en slik utvidelse. Det vil være meget uforutsigbart om og når handlinger, eventuelt unnløstelser, fanges opp av en slik sekkekategori. Allerede vurderingen av om en person oppfyller kravet til å "tilhøre" sekkekategori (f.eks basert på overvekt og utseende), må jo bli svært skjønnsmessig.

Utvalgets flertall sier dessuten at den nærmere avgrensningen må ”avhenge av en konkret vurdering av situasjonen og vernebehovet i den enkelte sak”. En slik tilnærming bidrar ytterligere til manglende forutsigbarhet. Skulle dette innebære at to personer med samme kroppsbygning og vekt diskrimineringsmessig måtte vurderes forskjellig fordi de kan tenkes å ha ulike vernebehov?

Flertallet redegjør for kravene til likhet og vesentlighet som generelle vilkår for å omfattes av sekkekategori. De eksempler som listes opp, fremstår ikke nødvendigvis som ”liknende” de eksisterende diskrimineringsgrunnlag. Det ligger dermed an til at man på sikt vil kunne få fortolkninger også godt utenfor dagens randsone.

Vi støtter dermed utvalgets mindretall som foreslår at dagens oppregning videreføres.

Ad § 4 Forbud mot diskriminering

Bestemmelsens 3. ledd er et eksempel på hvordan en sammenslåing av flere lover kan være en utfordring. Et forbud mot diskriminering på grunn av antatt, tidligere og fremtidige forhold, stammer fra diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og gjelder nedsatt funksjonsevne. Å utvide disse kriteriene til alle diskrimineringsgrunnlag, herunder den foreslåtte sekkekategori, er lite treffende. Vurderinger av fremtidig funksjonsevne basert på gjeldende helsetilstand, omfattes på naturlig måte av diskrimineringsreglene. Diskrimineringsvern mot antakelser om tidligere politisk syn eller fremtidig alder eller overvekt, har derimot ingen naturlig plass i diskrimineringslovgivningen etter vårt syn. Det fremstår som svært lite sannsynlig at noen vil forskjellsbehandle på slike grunnlag. Derimot vil en slik lovbestemmelse kunne føre til at upopulære beslutninger angripes som diskriminering uten reelt grunnlag. At ombudet senere vil kunne henlegge saken med den begrunnelse at den ”åpenbart ikke vil føre frem” er liten trøst for den arbeidsgiver som er beskyldt for diskriminering.

De samme betraktninger som her er gjort, gjelder også forslaget om å utvide grunnlagene for tilknytningsdiskriminering. At slikt diskrimineringsvern kan ha noe for seg når det gjelder funksjonsevne og etnisitet, gjør ikke dette til et naturlig og nærliggende diskrimineringsvern når det gjelder de andre grunnlagene. Det fremstår som lite sannsynlig at noen vil forskjellsbehandle personer som f.eks omgås eldre/ynge mennesker, er nabo med et homofilt par eller har en slektning som er rusavhengig. Derimot vil klagemengden kunne øke vesentlig ved en slik utvidelse av reglene.

Det kunne innvendes mot eksemplene som er gitt i de foregående avsnitt at loven ikke skal tas på ordet. Til det må det bemerkes at en lov som ikke skal kunne tolkes etter sin ordlyd raskt vil miste sin legitimitet.

Spekter kan ikke gi sin tilslutning til disse lovendringene som i realiteten ikke kan betraktes som noe annet enn en vesentlig utvidelse av diskrimineringsgrunnlagene, uten at det er dokumentert noe omfattende behov for dette.

Ad § 5 Unntak for saklig forskjellsbehandling

Bestemmelsen gir en generell regel om saklig forskjellsbehandling bestående av tre kumulative kriterier: nødvendig, saklig formål, ikke uforholdsmessig inngripende.

Deretter gis en ytterligere begrensning for arbeidsforhold: nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Dette er en komplisert lovgivningsteknikk som vi ikke kan se noen særlig begrunnelse for. Vi foreslår at særkriteriet for arbeidsforhold sløyfes. Diskrimineringsvernet i slike situasjoner vil sannsynligvis uansett være ivaretatt i det alminnelige nødvendighetskriteriet.

Når det gjelder bestemmelsens 2. ledd, mener vi at formuleringen ”landsomfattende tariffavtaler” ikke er dekkende for det man er ute etter. Det finnes mange ulike avtalefestede forhandlingsmodeller og tariffavtaleteknikker, og viktig i denne sammenheng må være at avtalen har et visst virkeområde og den er inngått mellom ansvarlige juridiske personer der styrkeforholdet er forsvarlig. Vi foreslår at man i stedet benytter formuleringen ”tariffavtaler inngått med landsomfattende arbeidstakerorganisasjon som overordnet part”. På denne måten bringes også reglene i samsvar med det som ellers gjelder i dagens lovgivning for avtaler av denne type og omfang.

Ad § 25 Arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker og arbeidstakers representant

Det foreslås innført en ny regel om opplysningsplikt knyttet til lønn. Spekter kan ikke se at dette forslaget vil effektivisere regelen om likelønn. Bakgrunnen for forslaget er å senke terskelen for å forfølge en mistanke hos den enkelte om at han eller hun er diskriminert.

Opplysningene skal omfatte lønnsnivå og kriterier for lønnsfastsettelse. Opplysningene skal gis til en representant for den som mener seg diskriminert. Av personvern hensyn må det antas at denne representanten har taushetsplikt og ikke kan formidle disse til vedkommende. Spekter kan ikke forstå hvordan representantens tilgang til de foreslåtte opplysninger skulle være egnet til å vurdere om den enkelte arbeidstaker bør bringe saken inn for ombudet. Det vesentlige for lønnsfastsettelsen, nemlig bruken av kriteriene og de nærmere individuelle vurderinger, er av naturlige grunner ikke omfattet av opplysningsplikten (personvern hensyn). Klager vil kunne fremmes på grunnlag av svært begrenset kunnskap om kollegers lønsplassering, som senere i klagebehandlingen kan vise seg å ha en høyst naturlig begrunnelse.

Ombudsordningen er en lavterskelordning. Ombudet kan be om de opplysninger det er behov for, dvs også opplysninger som er mye mer omfattende og detaljerte enn de som følger av det

omtalte forslaget. Vi kan ikke se behovet for nye opplysningsplikter for arbeidsgiver. En slik bestemmelse vil ha en prosessdrivende virkning uten at prinsippet om likelønn styrkes.

Dersom en slik ordning skulle bli innført, vil vi subsidiært bemerke at verneombudet ikke har noen naturlig rolle knyttet til innhenting av lønnsopplysninger. Det er den tillitsvalgte som etter lange tradisjoner er arbeidstakers representant når det gjelder lønsspørsmål. Vi vil sterkt advare mot regler som vil føre til en sammenblanding av roller. Med arbeidsmiljølovens bruk av begrepet tillitsvalgt, kan vi heller ikke se at det skulle være noen grunn til trekke inn verneombudet.

Det må videre bemerkes at den tillitsvalgte må gis anledning til på selvstendig grunnlag å vurdere henvendelsen fra den ansatte. Den tillitsvalgte må gis anledning til å sile ut henvendelser som f.eks foretas i ren sjikanehensikt. Man må anta at lovforslagets ”kan ... kreve” skal forstås på denne måten. Det må for øvrig presiseres i lovteksten at den tillitsvalgte har taushetsplikt f.eks med henvisning til personopplysningsloven. Det bør også tydeliggjøres hvordan ”den eller de vedkommende arbeidstaker sammenlikner seg med” skal avgrenses. Formuleringen kunne fortolkes slik at det legges opp til en ren subjektiv vurdering fra arbeidstakerens side slik at han eller hun kan sammenlikne seg med ”hvem som helst”. Spekter går ut fra at bestemmelsen ikke skal forstås slik.

Ad § 26 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling

Utvalget foreslår å utvide dagens aktivitetsplikt til å gjelde alle virksomheter, dvs også virksomheter med 50 eller færre ansatte. Samtidig utvides aktivitetsplikten til å gjelde også seksuell orientering, alder og politisk syn. Plikten knytter seg til personalpolitiske funksjoner i vid forstand, som rekruttering og ansettelse, lønn, arbeidstid, permisjonsordninger, beskyttelse mot trakassering mv.

To av de tre nye grunnlagene er grunnlag arbeidsgiver ikke har anledning til å spørre om eller på annen måte innhente opplysninger om. Det må stilles spørsmål om i hvilken grad og på hvilke måter arbeidsgivere skal klare å iverksette tiltak for personer som ikke lar seg identifisere. Dette særlig med tanke på at aktivitetene skal være planmessige og målrettede. Personer i disse kategoriene vil sannsynligvis, i hvert fall dersom de ikke ønsker at opplysningene skal bli kjent, kunne oppleve en gjennomgang av virksomheten og en iver etter å iverksette tiltak som en plagsom inngripen i private forhold. Lovforslaget synes lite gjennomtenkt i forhold til hvordan en slik plikt kan praktiseres.

Når det gjelder forslaget til forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt, er Spekter av den oppfatning at den går for spesifikt til verks med å utpensle innholdet i plikten.

Slik den foreligger overlates for lite til virksomhetenes lokale spillerom, herunder valg av metoder. Aktiviteter knyttet til arbeidet for å fremme likestilling må være basert på lokale utfordringer og muligheter. Det er grunn til å frykte at det foreliggende forslag vil føre til en

”skjematilnærming” der virksomhetene blir mest opptatt av å oppfylle de enkelte punktene enn å fokusere på et fornuftig bevisstgjøringsarbeid.

Dagens aktivitetsplikt er relativt ny, og det er helt nylig nedlagt et betydelig arbeid av myndighetene og arbeidslivets parter i fellesskap for å lage en veiledning om hvordan plikten kan etterleves. Vi er forundret over at man ikke kan la gjeldende regler virke en stund slik at man vinner erfaringer.

Spekter kan ikke støtte en utvidelse av dagens aktivitetsplikt. Vi forslår at dagens formulering om aktivitetsplikten videreføres for de grunnlag som er omfattet av gjeldende lovgivning.

Ad § 27 Rett til individuell tilrettelegging

Det sies i merknadene til denne bestemmelsen, sammenholdt med merknadene til § 20, at ”egnet individuell tilrettelegging” betyr det samme som ”rimelig individuell tilrettelegging”, og at begrepsendringen ikke skal innebære noen materiell endring.

Spekter er av den oppfatning at det ikke bør foretas endringer i ordlyden. De to begrepene ”egnet” og ”rimelig” vil kunne oppfattes å innebære ulike krav til tilretteleggingen.

Ad § 29 Oppreisning og erstatning

Når det gjelder bestemmelsens 1. ledd, fastslås det at arbeidsgivers ansvar gjelder uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides. I merknaden til bestemmelsen står det at bestemmelsen erstatter dagens regler. Dette er ikke korrekt.

Dagens regel om erstatning i arbeidsmiljøloven forutsetter culpa. Det foreslås nå et erstatningsansvar for økonomisk tap som skal være uavhengig av skyld. Dette må sies å være en vesentlig endring som Spekter ikke kan støtte.

Ad § 35 Ombudets avvisning og henleggelse

I 2. ledd foreslås en utvidet adgang for ombudet til å henlegge saker ut fra ”sakens alvorlighet i forhold til ombudets tilgjengelige ressurser eller hvis klagen åpenbart ikke vil føre frem”. Det fremgår av merknaden at forslaget er en konsekvens av den foreslåtte sekkekategori i § 4 som vil kunne være en prosessdrivende og en uforutsigbar utvidelse av lovgivningen.

Vi er enig med utvalget at denne utvidelsen av reglene vil kunne føre til en betydelig økning i klagemengden. Vi mener dessuten at utvidelsen på grunnlag av ”antatte, tidligere og fremtidige forhold” og tilknytning til annen person vil ha samme effekt på klagemengden.

Spekter vil ikke motsette seg en utvidet adgang til henleggelse isolert sett. Vi undrer oss imidlertid over den teknikk som er valgt: først å foreta vesentlige utvidelser av loven slik at flere handlemåter og unnlatelser vil omfattes med den følge av flere kommer i ”klageposisjon”. Deretter strammes muligheten av en fullverdig klagebehandling inn, slik at flere avvises.

Det må advares mot en slik teknikk. Det er lite tenkelig at det reelle diskrimineringsvernet blir mer effektivt på denne måten. Derimot vil man skape urealistiske forventninger til hvilke rettigheter f.eks arbeidssøkere og arbeidstakere har. Arbeidsgivere vil komme i en ”innklagetposisjon” uten å forstå at de skulle ha gjort noe galt. Ved henleggelse av saken på et senere tidspunkt, står man tilbake med sterkt svekkede tillitsforhold internt i bedriften og kanskje også konfliktsituasjoner og splid mellom ansatte. Når en arbeidstaker klager fordi vedkommende mener seg forbigått, vil selve saksbehandlingen gjerne medføre at det må foretas sammenligninger med en eller flere andre arbeidstakere. Det er dermed vanskelig å unngå at flere arbeidstakere vil oppleve seg involvert i en slik klagebehandling.

Ad § 39 Nemndas vedtaksmyndighet

Utvalgets mindretall foreslår at nemnda skal kunne treffe vedtak om oppreisning.

Spekter støtter flertallet i at diskrimineringsombudsloven videreføres, dvs at oppreisning vil kreve domstolsbehandling.

Ad § 48 Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26

Det foreslås at det skal være Arbeidstilsynet, og ikke ombudet, som fører tilsyn med og håndhever arbeidsgivers aktivitetsplikt.

Spekter støtter utvalget i dette, men stiller spørsmål ved hvor detaljert slikt tilsyn bør være, jfr også våre kommentarer til den foreslåtte regel om aktivitetsplikt i § 26. Det bør som nevnt være et betydelig spillerom for valg av metoder og tiltak knyttet til aktivitetsplikten. Dette må tilsynet ta i betraktning. Man må være oppmerksom på at denne typen arbeid i mye mindre grad lar seg ”strømlinjeforme” enn hva gjelder HMS-arbeid.

Det er foreslått en hjemmel for å ilegge tvangsmulkt. Spekter mener at tvangsmulkt er et svært lite egnet virkemiddel, jfr det som er sagt i forrige avsnitt. Det er viktig at etterlevelsen av aktivitetsplikten ikke blir en følge av frykt for tvangsmulkt, men at den blir et resultat av reelle prosesser med utgangspunkt i virksomhetens og de ansattes utfordringer og muligheter.

ENDRINGER I FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det er foreslått innføring av regler om egenerklæring om arbeidsgivers aktivitetsplikt. Regelverket om offentlige anskaffelser er allerede omfattende. Det er ikke hensiktsmessig å bruke dette regelverket til å dekke et kontrollbehov som ikke er knyttet til selve anskaffelsen.

Spekter går i mot forslaget.

ENDRING I GRUNNLOVEN

Det er foreslått en ny bestemmelse § 110 d i Grunnloven. Spekter har ingen innvendinger mot at ikke-diskrimineringsprinsippet som sådan grunnlovsfestes og kan slutte seg til mindretallets alternativ. En slik modell gir en prinsippbestemmelse som markerer ikke-diskrimineringsprinsippet forankring i det norske rettssystemet.

ARBEIDSPROSESSEN

Spekter vil avslutningsvis gi noen tilbakemeldinger hva gjelder vårt syn på arbeidsprosessen frem til den ferdigstilte utredningen. Siden de tvister som oppstår på diskrimineringsrettens område i hovedsak er relatert til arbeidslivet, burde etter Spekters syn arbeidslivets parter deltatt direkte i utvalgsarbeidet. Arbeidslivets parter er kun gitt anledning til å sitte i en referansegruppe sammen med enkelte interesseorganisasjoner for ulike særinteresser. Arbeidslivet regnes i lovsammenheng som et samfunnsområde og ikke en særinteresse, noe som burde vært hensyntatt. Denne mangel på representativitet i selve utvalget mener Spekter preger utredningen og dens begrensede utdyping av forslagenes betydning på arbeidslivsområdet. Det at disse synspunkter ikke har vært representert i utvalget bør medføre at hørings svarene herfra tillegges særskilt vekt i det videre arbeidet med ny diskrimineringslov.

Det bes på ovennevnte bakgrunn om et møte med departementet. Spekter er kjent med at også NHO, KS og HSH i sine hørings svar ber om tilsvarende møte. Spekter er derfor åpen for at departementet gjennomfører møtet som et fellesmøte med arbeidsgiversiden.

Med vennlig hilsen
Arbeidsgiverforeningen Spekter



Kristin Juliussen
juridisk direktør