

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@bld.dep.no

Deres ref:
200902447-/ELR

Vår ref: #88718v1/th-th

Saksbehandler:
th@jus.no T +47 22 03 50 61

21.12.2009

Høringsuttalelse - NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

I. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 26. juni 2009 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg. Utvalget består av Knut Rognlien (leder), Kjell Brygfjeld, Frode Elgesem, Christopher Hansteen, Mette Yvonne Larsen, Cecilie Schjætvet, Jon Claudi og Thom Arne Hellerslia

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II. En samlet diskrimineringslov

Advokatforeningen støtter forslaget om å samle dagens diskrimineringsbestemmelser, herunder håndhevingsbestemmelsene, i én lov. Lovverket om diskriminering er i dag uoversiktlig og fragmentarisk med hensyn til diskrimineringsgrunnlag og virkeområde. En samlet lov vil gi et mer enhetlig diskrimineringsvern, som i større grad samsvarer med det internasjonale

menneskerettighetsvernet mot diskriminering. Siden EMK og andre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner også til en viss grad gir staten en plikt til å hindre diskriminering, såkalte «positive obligations», vil en samlet lov innebære en bedre oppfyllelse av Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. En samlet lov vil også være enklere å forholde seg til for dem som mener å være utsatt for diskriminering, såvel som dem som for dem som får påstander om diskriminering rettet mot seg.

Med disse hensyn som bakgrunn, er det overraskende at utvalget foreslår en fragmentarisk regulering av diskriminering i arbeidsforhold – dels de generelle reglene i forslaget til ny diskrimineringslov, dels et eget kapittel om diskriminering i arbeidsforhold i den nye loven, og dels fortsatt et eget kapittel om diskriminering i arbeidsmiljøloven. Det siste skal gjelde for medlemskap i arbeidstakerforening samt for diskriminering av deltidsansatte og midlertidig ansatte. Diskriminering av deltidsansatte, og til dels også diskriminering av midlertidig ansatte, har imidlertid en klar side til indirekte diskriminering av kvinner, og bør derfor ikke reguleres utenfor en ny felles diskrimineringslov. Det som i tilfelle blir igjen er diskriminering på grunn av medlemskap (eller ikke medlemskap) i arbeidstakerforening, hvilket eventuelt kan reguleres i arbeidsmiljøloven med retten til organisering som utgangspunkt.

Advokatforeningen støtter flertallet i utvalget i at det er riktig å bruke begrepet «diskriminering» i lovteksten som betegnelse på usaklig forskjellsbehandling. Uttrykket er negativt ladet, slik mindretallet framhever, men det er vanskelig å se noen tilstrekkelige grunner til at brudd på loven ikke skal ses på som negativt. Bruk av mer nøytrale begreper vil kunne føre til at det ikke vil bli sett på som særlig alvorlig å bryte loven, hvilket vil være klart verre enn om også uforsettlig brudd og brudd i lovens randsoner betegnes negativt.

Advokatforeningen støtter innføringen av et uttrykkelig diskrimineringsvern ved såkalt tilknytningsdiskriminering, jf lovutkastet § 4 fjerde ledd, hvilket har vært inntolket i dagens diskrimineringslov. Det bør da imidlertid samtidig være slik at trakassering forbudet også omfatter trakassering av slike personer, dvs personer som ikke selv har den aktuelle egenskapen, men som trakasseres fordi de har en tilknytning til personer med den aktuelle egenskapen. Slik lovutkastet § 7 om trakassering er formulert, synes ikke bestemmelsen å omfatte denne type trakassering.

III. Innføringen av en sekkekategori for diskrimineringsgrunnlag

Advokatforeningen støtter innføringen av en sekkekategori i tillegg til spesifikke diskrimineringsgrunnlag. Dette tilsvarer den måten det internasjonale menneskerettslige diskrimineringsvernet er bygget opp på.

Ulempen med en sekkekategori knytter seg særlig til manglende forutberegnelighet. Det vil derfor være en fordel om det utdypes og eksemplifiseres i forarbeidene hva som faller inn under sekkekategorien. F eks kan det være noe uklart hva som menes med «liknende» vesentlige forhold ved en person, i og med at de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene er av ulik art, med hensyn til foranderlighet, hyppighet mv. Dersom det ikke er ment en særlig avgrensning ved dette begrepet, kan det være mer hensiktsmessig å kun vise til «andre» vesentlige forhold. Et eget spørsmål er om det kun skal foretas en objektiv vurdering av hva som er et vesentlig forhold for vedkommende person, eller om, og evt i hvilken grad, det også skal tas hensyn til personens egen opplevelse av hvor vesentlig forholdet er.

Utvalget foreslår at vernet for diskrimineringsgrunnlag som faller inn under sekkekategoriene ikke skal være like sterkt som for de spesifikt opplistede diskrimineringsgrunnlagene, f eks når det gjelder bevisbyrden. Det kan spørres om det er grunnlag for å skille på denne måten, sammenlignet med det menneskerettslige diskrimineringsvernet – eller for å bruke diskrimineringsterminologi, om dette er en saklig forskjellsbehandling av ulike diskrimineringsgrunnlag, som i følge lovforslaget alle er «liknende» og betegner vesentlige forhold ved en person.

Når utvalget først skiller på denne måten, savnes det en mer inngående vurdering av bruk av sekkekategoriene ved indirekte diskriminering. Det er rimelig å anta at en sekkekategori i særlig grad vil kunne tenkes å få en vid anvendelse på området for indirekte diskriminering. Det er her tale om rettslige konstruksjoner fra to ulike diskrimineringsregimer som slås sammen – det rettslige begrepet sekkekategori som hentes fra det internasjonale menneskerettighetsvernet, og det rettslige begrepet indirekte diskriminering som hentes fra det EU-rettslige (spesifikke) diskrimineringsvernet. Svært mange nøytrale bestemmelser vil kunne tenkes å ha en skjev effekt i forhold til f eks tungt belastede narkomane, og spørsmålet er om det skal stilles samme begrunnelseskrav, være samme overprøvingsadgang mv, knyttet til en slik skjev effekt som ved direkte forskjellsbehandling, som f eks nektelse av adgang til kjøpesenter *fordi* man er narkoman.

Når det gjelder diskrimineringsgrunnlaget alder, heter det i lovtkastet § 4 første ledd tredje punktum at dette bare skal gjelde som spesifikt diskrimineringsgrunnlag i arbeidsforhold. Det blir da vanskelig å forholde seg til når det i kommentaren til bestemmelsen heter at utenfor arbeidsforhold kan alder likevel falle inn under sekkekategoriene, men under noe uklare betingelser som ikke synes å gjelde for andre grunnlag i sekkekategoriene («særlig urimelige og usaklige tilfeller»), jf utredningen s 343, og uten at lovtkastet selv sier noe om dette.

IV. Avgrensningen av ulovlig diskriminering

I utkastet til lovtekst er det stilt samme saklighetskrav ved avgrensningen av direkte diskriminering som ved avgrensningen av indirekte diskriminering, jf lovtkastet § 5 første ledd første punktum.

I arbeidsforhold er saklighetskravet presisert til at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf lovtkastet § 5 første ledd annet punktum. I kommentaren til bestemmelsen nevnes enkelte eksempler på bruken av unntaket som ikke synes å følge av en naturlig forståelse av ordlyden – dersom det f eks ansettes en mannlig barnehageassistent fordi det er behov for mannlige rollemodeller, jf utredningen s 345, er dette mer tale om hva som er et saklig formål, jf hovedunntakskriteriet, enn hva som er «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke». Eksempelene som er nevnt harmonerer også dårlig med uttalelsen samme sted om at unntakskriteriet for arbeidsforhold skal fortolkes «svært restriktivt», jf s 344. Det kan videre spørres om særkriteriet passer like godt ved indirekte forskjellsbehandling som ved direkte forskjellsbehandling. Videre kan det spørres om særkriteriet bør gjelde også ved diskrimineringsgrunnlag innenfor sekkekategoriene – det kan hevdes at kriteriet passer bedre ved f eks etnisitet, enn ved rusmisbrukere, tidligere straffede mv. I denne forbindelse vises til at særkriteriet for arbeidsforhold stammer fra EU-retten, mens sekkekategoriene er en menneskerettslig konstruksjon, jf ovenfor.

Advokatforeningen noterer seg at utvalget foreslår en ny regulering av unntaksbestemmelsen for diskriminering i arbeidslivet på grunn av alder i utkastets § 5, annet ledd. De eksisterende

unntaksbestemmeløser som vi har i aml. Kap. 13 og sjømannslovens kap. II A har bygd på en intensjon om å gjennomføre Rådsdirektiv 2000/78 i norsk rett, jfr. Ot.prp. 104 (2002-2003), NOU 2004:5, Ot.prp. 49 (2004-2005) og Ot. prp. (2005-2006). Advokatforeningen legger til grunn at det fortsatt er en politisk målsetting å gjennomføre direktivet i norsk rett. Advokatforeningen kan ikke se at utvalget på tilfredsstillende måte har vurdert forholdet mellom de krav for unntak som følger av de eksisterende unntaksbestemmelser, jfr. direktivet, og de krav som det nå legges opp til i utkastet. Dersom utvalgets forslag skal gjøres til lov mener vi at det må avklares om dette er å betrakte som en gjennomføring av direktivets forutsetninger eller om § 5 annet ledd må forstås uavhengig av direktivet og den rettspraksis som har utviklet seg rundt direktivteksten i EU-retten.

Advokatforeningen støtter forslaget fra flertallet i utvalget om et generelt unntak for familieliv og rent personlige forhold. Det bør ikke være bestemmelser i loven som ikke kan håndheves, da lovverket ikke bør ha en rent symbolsk funksjon. Diskrimineringsvernet ville ha vært svært begrenset på dette området, ut fra den friheten som følger av retten til familieliv og privatliv. Et generelt unntak innebærer en enklere grense for anvendelse av loven enn å skulle ta stilling til en avveining opp mot retten til privatliv i hvert enkelt tilfelle, og ville ha virket tilslørende for den friheten som følger på det private området, som f eks ved private sosiale aktiviteter.

På ett punkt foreslår utvalget en svekkelse av dagens diskrimineringsvern, ved at en ny lov, i motsetning til dagens diskrimineringslov, kun skal gjelde for fysiske personer. Spørsmålet fortjener en bred vurdering, og bør ikke avgjøres kun i forhold til økonomiske virksomheter – et aktuelt eksempel kan være en islamsk menighet som søker om oppføring av minaret. Og selv om det kan være argumenter som taler mot et fullt vern for juridiske personer, bør det vurderes mellomløsninger, herunder om juridiske personer bør ha et avledet vern der diskrimineringen av f eks en forening skjer på grunn av medlemmenes etnisitet, dvs en form for tilknytningsdiskriminering av juridiske personer. Det bør uansett vurderes om juridiske personer skal kunne opptre som part på vegne av sine medlemmer/aksjonærer mv, i saker der den diskriminerende handlingen er rettet mot den juridiske personen, men også rammer medlemmene/aksjonærene mv. Som eksempel kan nevnes sak 2/2008 for likestillings- og diskrimineringsnemnda, som utvalget nevner på s 118, og som gjaldt spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling av et kvinnelig fotballag/fotballspillerne på det aktuelle laget – dersom saken hadde gått videre for domstolene ville det vært klart mest praktisk at saken hadde vært ført av fotballklubben, og ikke den enkelte fotballspilleren.

V. Ratifisering og inkorporering av EMKs tilleggsprotokoll nr 12 og inkorporering av FNs rasediskrimineringskonvensjon

Utvalgets flertall går imot ratifisering av EMKs tilleggsprotokoll nr 12, og går inn for at dersom den ratifiseres, så bør den inkorporeres på alminnelig lovs nivå, og ikke i menneskerettsloven. Advokatforeningen er uenig i dette – tilleggsprotokoll nr 12 bør ratifiseres av Norge, og deretter inkorporeres i menneskerettsloven sammen med de øvrige protokollene til EMK.

Flertallet begrunner sitt standpunkt blant annet med risikoen for at diskrimineringsvernet skal utvikle seg til et generelt saklighetskrav. Advokatforeningen ser de hensyn som taler mot en slik utvikling. Advokatforeningen viser imidlertid til at selv om enkeltdommer fra EMD kan ha spor av dette, må det antas at det er liten sannsynlighet for at presedensskapende dommer avsagt i storkammer vil støtte en slik utvikling, ut fra de problemer EMD har i dag med restanser og den saksmengden som en slik praksis vil utløse, herunder i form av manglende silingsmuligheter. Det

er også lite sannsynlig at en eventuell slik utvikling kun vil skje i forhold til tilleggsprotokoll nr 12, og ikke parallelt med art 14, som allerede er ratifisert og inkorporert i menneskerettsloven. Det er riktig at inngangskriteriet til tilleggsprotokollen («any right set forth by law») er vidt, men poenget er nettopp å løsrive diskrimineringsvernet fra EMKs andre bestemmelser, som en nødvendig utvidelse sammenlignet med art 14, og i større grad i tråd med SP art 26, som neppe er mindre vidtfavnende. Med dette som utgangspunkt kan inngangskriteriet like mye ses på som et ønske om fortsatt å ha en viss begrensning av diskrimineringsvernets virkeområde, hvilket tydelig går fram av protokollens Explanatory Report.

Når dette er sagt, ser likevel Advokatforeningen at det foreligger flere usikkerheter ved tolkningen av tilleggsprotokollen, og at spørsmålet om ratifisering av denne derfor har klare sider til de mer prinsipielle spørsmålene knyttet til internasjonalisering og maktfordeling. Advokatforeningen mener imidlertid at EMK bør innta en særlig plass som menneskerettighetsinstrument, som gir grunn til tilslutning nettopp fordi dette til nå har vist seg som et vellykket prosjekt for styrking av menneskerettighetene.

Dersom protokollen ratifiseres, foreslår flertallet i utvalget at dette skjer på alminnelig lovs nivå, og ikke under forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven. Dette er en helt ny måte å tilnærme seg EMK på, sammenlignet med hvordan EMK ellers er inkorporert, og det er vanskelig å se at diskriminering skal ha et dårligere internt vern enn andre rettigheter etter EMK, særlig når formålet er å tette et hull i konvensjonen. Det er dessuten slik at forskjellen på inkorporeringsnivå neppe vil være avgjørende sett i forhold til de hensyn som flertallet peker på. Forskjellen på inkorporeringsnivå har først og fremst betydning for norske domstolars overprøvningsadgang, og det er neppe norske domstoler som vil videreutvikle tilleggsprotokoll nr 12 i slik retning som flertallet frykter, men i tilfelle EMD. I så fall er det ratifiseringen som er avgjørende, ikke nivået på inkorporeringen. Dersom det er norske domstoler man frykter får stor makt ved å flytte protokollen inn i menneskerettsloven, gir allerede lovutkastet store åpninger, knyttet til innføringen av en sekkekategori, som også skal gjelde på området for indirekte diskriminering, jf ovenfor.

Dersom det er protokollens usikre rekkevidde som har betydning for inkorporeringsnivå, er det også vanskelig å forene en inkorporering på lovs nivå med det faktum at kvinnekonvensjonen nå er tatt inn i menneskerettsloven. Det vil ikke harmonere med de hensyn som i sin tid lå til grunn for prioriteringen av EMK, SP og ØSK i menneskerettsloven å legge en tilleggsprotokoll til EMK om diskriminering, som gjelder for samtlige diskrimineringsgrunnlag, til lovs nivå, mens kvinnekonvensjonen ligger under forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven.

Det lå ikke under utvalgets mandat å ta stilling til plasseringen i lovverket av FNs rasediskrimineringskonvensjon, og utvalget foreslår her kun en videreføring av dagens ordning, der denne konvensjonen er inkorporert i diskrimineringsloven. I og med at kvinnekonvensjonen nå er tatt inn i menneskerettsloven, er det imidlertid vanskelig å se noen grunn til at rasediskrimineringskonvensjonen fortsatt skal være inkorporert på alminnelig lovs nivå. En slik forskjell innebærer at enkelte diskrimineringsgrunnlag er gitt en sterkere plass i lovverket enn andre, hvilket står i strid med hovedtanken bak en felles diskrimineringslov og den tidligere sammenslåingen av tilsyns- og håndhevsorganer. Det er naturlig at dette spørsmålet tas opp i forbindelse med behandlingen av ny samlet diskrimineringslov.

VI. Grunnlovsbestemmelse om diskriminering

Når det gjelder grunnlovsvern, støtter Advokatforeningen innføringen av en grunnlovsbestemmelse om diskriminering. En slik bestemmelse bør ha et materielt innhold, og ikke kun være en fanebestemmelse.

Vennlig hilsen

Berit Reiss-Andersen
leder

Merete Smith
generalsekretær