

Barne- og Likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Vår ref: RPU/2009
Vår dato: 18.12.09
Deres ref: 200902447-/ELR
Deres dato: 26.06.09

Høring – 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Det vises til høringsbrev fra dere av 26. juni d.å. der det bes om kommentar til forslag til ny diskrimineringslov.

Jussformidlingens arbeid gjennom gratis rettshjelp til privatpersoner spenner over et bredt saksfelt, og vi mener dermed å ha et godt empirisk grunnlag for å uttale oss om den foreslåtte diskrimineringsloven. Vår erfaringsbase på dette området er likevel særlig tilknyttet det arbeidsrettslige diskrimineringsvernet, og vi velger dermed å fokusere uttalelsen mot dette fagfeltet.

Vi ønsker følgelig ikke å kommentere alle forhold som tas opp i høringen, men velger i stedet å knytte kommentarer til utvalgte punkter, samt til forslaget som helhet.

Uttalelsen er også sendt til følgende e-postadresse: postmottak@bld.dep.no

I. Lovreguleringen

Bakgrunnen

I utredningen er det tatt til orde for en lovregulering av diskrimineringsvernet innenfor flere områder, med det formål å ”samle vernet mot diskriminering i én lov, og å sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning.”¹ Lovfestede bestemmelser på området vil som følge av dette bli opphevet og tatt inn i den nye foreslåtte samleloven, eller på noen områder videreføres med visse endringer. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 er eksempelvis foreslått å skulle videreføres, men med visse endringer som konsekvens av at noen diskrimineringsgrunnlag overføres til den nye loven.

¹ NOU 2009:14 s. 21 pkt 1.1

Forslagets helhet

Jussformidlingen stiller seg positiv til en helhetlig lovregulering av diskrimineringsvernet, særlig fordi en helhetlig regulering i særlig grad får fram vernets hensikt og bredde, samt at det fremhever viktigheten av et diskrimineringsvern ytterligere. Dagens rettsstilstand verner på mange områder mot diskriminering gjennom ulovfestede og lovfestede regler, men disse er såpass spredt at det i dag ikke kan være tale om et helhetlig diskrimineringsvern. Utvalgets forslag retter dermed fokus på et svært viktig rettsikkerhetsmessig og samfunnsmessig vern for like rettigheter uavhengig av religiøse, seksuelle eller andre nære personforhold..

Når det foreslås å samle gjeldende regler i en felles lov som anses uttømmende på sitt felt, er det likevel en fare for at loven ikke klarer å favne om alle de problemstillinger og nyanser som i dag reguleres i den øvrige lovgivningen. Saker hvor domstolene i dag vil falle tilbake på ulovfestede og dynamiske regler, risikerer dermed å falle utenfor diskrimineringsvernet dersom den nye loven avgrenser virkeområdet for diskrimineringsvernet for snevert.

Vi ønsker derfor å påpeke viktigheten av at forslaget favner vidt nok, slik at dette faktisk dekker over alle områder som i dag reguleres gjennom lovfestede og ulovfestede regler.

II. Merknader til enkelte bestemmelser i lovforslaget.

I det følgende vil utvalgets forslag bli gjennomgått i den rekkefølge de er presentert i NOU 2009:14 på s. 325 ff.

§§ 1 og 2

Jussformidlingen er enig med utvalget i at lovens formål og virkeområde må markere en bredde i vernet, og mener også det er hensiktsmessig at det gis en ikke-uttømmende oppregning i § 1 av hvilke områder som omfattes. Som nevnt i vårt pkt. I, er det en generell fare ved en lovregulering at en dynamisk forståelse av diskrimineringsvernet stagnerer, og at loven favner for snevert om de problemkomplekser og nyanser som i dag er gitt vern i rettspraksis. Det er dermed Jussformidlingens syn at generalklausulen "andre liknende vesentlige forhold ved en person" bør komme med.

I lovens § 2, er det foreslått at "familieliv og andre rent personlige forhold" faller utenfor diskrimineringsvernet. Slik Jussformidlingen ser det, er innholdet av ordlyden "rent personlige forhold" språklig sett uklar, og peker mer i retning av forholdet *ved personen* selv enn det som synes å være utvalgets intensjon med ordvalget. I utvalgets merknader på s. 340 pekes det for eksempel på at ordlyden tar sikte på "handlinger som skjer i private eller personlige relasjoner", og at "[f]orhold som knytter seg til personlige bekjenskaper, omgangskrets, selskapeleg samvær eller venner vil normalt være forhold av personlig karakter.". Kjernen i utvalgets meningsinnhold synes dermed å være at det er forhold av *privat karakter*² som faller utenfor lovens diskrimineringsvern, og Jussformidlingen foreslår dermed at ordlyden endres til:

"familieliv og andre rent private forhold"

² Side 341 første setning.

Med denne endringen vil sammenhengen med henvisningen til familielivet tre klarere fram, og det markeres et skille mellom hensynet til et samfunnsmessig bredt diskrimineringsvern på den ene siden – samtidig som hensynet til familielivet og privatlivets selvstendighet respekteres på den andre siden. For øvrig vil denne endringen språklig sett samsvare med EMK art 8.1, om vern av ”privatliv og familieliv”.

§ 4

Jussformidlingen stiller seg bak utvalgets forslag om å videreføre et vern mot både direkte og indirekte diskriminering, men mener at det bør komme klarere fram hva som menes med at vedkommende ”blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en *tilsvarende situasjon*.” (vår kursivering). Spørsmålet om nærmere kriterier for å fastlegge hva som kan avgjøre om en person er stilt i en mindre gunstig posisjon i tilsvarende situasjoner, er vanskelig å avgjøre konkret – og stiller klageren overfor et vesentlig usikkerhetsmoment.

Utvalget har på side 343 i utredningen pekt på den såkalte ”hypotetiske sammenlikningsperson”, som i dag er lovfestet i likestillingsloven § 3 med hensyn til graviditetsdiskriminering. Etter disse reglene er det nok for en gravid kvinne å vise til at hun er blitt dårligere behandlet enn hun ville blitt hvis hun ikke hadde vært gravid. Reglene har sitt utspring i EF-direktivene på området, hvor det også går frem at det ikke kreves noen faktisk sammenlikningsperson, jf. formuleringen om at det foreligger direkte diskriminering der en person gis en mindre gunstig behandling enn ”en annen får, har fått eller ville fått i en tilsvarende situasjon”³.

Regelen om en hypotetisk sammenlikningsperson egner seg godt på noen områder som lovforslaget er ment å verne, herunder ved spørsmål om diskriminering av gravide, men kan vanskelig anvendes som en generell standard i vurderingen av om en person er dårligere behandlet enn andre i tilsvarende tilfeller. Et eksempel hvor denne vurderingen ikke er like entydig, vil for eksempel være ved en ansettelsesprosess, hvor det er flere variabler som kan begrunne (reelt eller konstruert) at den som mener seg forskjellsbehandlet ikke kan sammenlikne seg med andre personer i tilsynelatende samme posisjon.

I Ot.prp.nr.104 (2002-2003) på side 35 f.f. under punkt 8.3.53, behandles spørsmålet om hva som vil regnes som ”tilsvarende situasjon” i relasjon til arbeidsmiljølovens diskrimineringsregler ved en ansettelse. Departementet uttaler i denne forbindelse at:

”Når vedtak om ansettelse skal fattes, tar kravet om « tilsvarende situasjon » i første rekke sikte på at arbeidssøkerne skal ha like eller i hovedsak like kvalifikasjoner i form av for eksempel utdanning, erfaring m.v. Den av arbeidssøkerne som har dårligere kvalifikasjoner enn de øvrige søkerne, vil ikke befinne seg i en « tilsvarende situasjon » som de andre søkerne. Dersom han eller hun ikke blir tilsatt vil ikke dette kunne anses som diskriminering.

³ Direktiv 2000/43/EF art. 2 nr. 2 a, direktiv 2000/78/EF art. 2 nr. 2 a og direktiv 2002/73/EF art. 2 nr. 2.

Hvorvidt det foreligger eller ville foreligget en « tilsvarende situasjon » må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, ut fra en sammenligning av situasjonen til den som hevder seg forskjellsbehandlet med andres situasjon. Dersom det forekommer en dårligere behandling av vedkommende til tross for at det ikke foreligger noen saklig grunn til dette, må det vurderes om dette skyldes en av de i § 54 B nr. 1”.

Realiteten ved en ansettelsesprosess er at det alltid vil være variabler mellom søkerne som kan begrunne en saklig forskjellsbehandling, slik at et diskrimineringskrav vanskelig vil kunne føre fram med mindre arbeidsgiveren uttrykkelig har lagt vekt på diskriminerende elementer i annonsen⁴ eller i intervjuet.

Jussformidlingens syn er dermed at reglene bør utformes slik at terskelen for hva som regnes som en ”tilsvarende situasjon” bør settes lavere, og at klagemotparten bør bære en større del av bevisbyrden for at det er foretatt en saklig forskjellsbehandling etter lovforslagets § 5 enn det som er tilfelle i dag.

§ 9

Utvalget uttaler på side 346 at ”[b]estemmelsen viderefører likestillingsloven § 3 syvende ledd, lov mot etnisk diskriminering § 4 femte ledd og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 sjette ledd. Forbudet mot medvirkning til diskriminering utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.”.

I Forarbeidene til likestillingsloven § 3 syvende ledd (Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) kapittel 6), uttales det at medvirkningsbegrepet i bestemmelsen skal forstås på samme måte som i strafferetten. Bakgrunnen for at tillegget ble tatt inn ved endringsloven av 10. juni 2005 nr. 38, var at medvirkningsbegrepet i den tidligere straffebestemmelsen i likestillingsloven § 18 kun begrenset seg til lovens §§ 12 og 13, og at det ikke var noe generelt medvirkningsforbud i loven.

I utvalgets lovforslag er det foreslått et eget kapittel 7 om straff, hvor lovens straffesanksjonerte forbud er oppregnet. Rettsteknisk synes Jussformidlingen det dermed er uheldig at utvalget likevel plasserer et forbud mot medvirkning i § 9, da dette kan gi inntrykk av at medvirkningsbegrepet her er et annet enn i strafferettslig forstand – noe som ikke er utvalgets intensjon.

§ 10

Jussformidlingen støtter utvalgets forslag om å videreføre gjeldende regler om gjengjeldelse til også å gjelde ved klage på diskriminering, men etterlyser en klarere regulering av hvordan begrensningen i forslaget § 10 om ”grov uaktsomhet” forholder seg til aml. § 2-4, jf. § 2-5 om ”forsvarlig” varsling, som etter ordlyden kan virke som en strengere begrensning enn det som er foreslått i § 10. Det er dermed svært uheldig dersom den tilsynelatende mildere aktsomhetsnormen etter diskrimineringsloven § 10, innebærer at normen i aml § 2-4 forstås for strengt. Dette vil være i strid med intensjonene i forarbeidene til aml. § 2-4, samt mot diskrimineringsutvalgets mandat og hensikt.

⁴ <http://www.ldo.no/no/Klagesaker/Arkiv/2007/Diskriminerende-stillingsannonse/>

Et uaktsomhetskrav er etter vår mening generelt problematisk, og Jussformidlingens syn er at det bør gis klare signaler fra lovgiver om at terskelen for begrensningen ved "grov uaktsomhet" settes høyt.

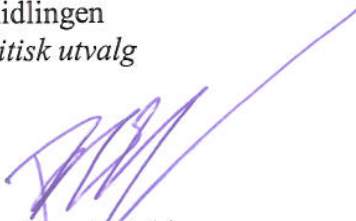
§ 39

Jussformidlingen støtter Brækhus, Craig og Tøssebros forslag om at det tas inn et tillegg om at nemnden har kompetanse til å treffe vedtak om arbeidsgivers plikt til å betale oppreisning for ikke-økonomisk skade etter forslaget § 29 første og andre ledd.

En slik kompetanse vil styrke nemndens gjennomslagskraft, og vil dessuten medføre at en prosess som vil være en stor belastning for begge parter kan få en avslutning uten at den klagende part må gå til rettslige skritt for å få en økonomisk kompensasjon. Dertil kan det også tilføres at dersom nemnden gis slik vedtakskompetanse, vil praksisen på dette området kunne bli mer enhetlig og forutsigbar for begge parter – forutsatt at nemndens avgjørelser publiseres.

Jussformidlingen vil med dette anbefale at lovforslaget vedtas som foreslått med de endringer og bemerkninger som er foreslått i punkt II.

Med vennlig hilsen
for Jussformidlingen
ved Rettspolitisk utvalg



Bengt Waldow
daglig leder
jurist



Gard-Håvard Røren
leder rettspolitisk utvalg