

REGJERINGSADVOKATEN

JUSTISDEPARTEMENTET	
02 JAN 2006	
SAKSNR.:	200504026
AVD/KONT/BEH:	LOV / EO / HI
DOK.NR.	142
ARKIVKODE:	

Justis- og politidepartementet
v/Hilde Indreberg
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Deres ref
200504026 EO HI

Vår ref
2005-0559 ELH/iha

Dato
30.12.2005

HØRING – NOU 2005: 8 LIKEVERD OG TILGJENGELIGHET

Jeg viser til høringsbrev fra Justisdepartementet av 7. juli d.å med høringsfrist 30. desember 2005. Uttalelsen er også sendt på e-post til hilde.indreberg@jd.dep.no. Regjeringsadvokaten har følgende merknader:

I Generelle merknader til lovforslaget

Regjeringsadvokaten slutter seg i hovedsak til utvalgets lovforslag og til de formål loven skal fremme.

Lovforslaget reiser en del av de samme problemstillinger som tidligere er reist i forbindelse med diskrimineringsloven (lov av 3. juni 2005 nr. 33). Ved høringsrunden til NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, stilte Regjeringsadvokaten seg bl.a. kritisk til forslagene om omvendt/delt bevisbyrde, erstatning på objektivt grunnlag og oppreisning da disse etter vårt syn klart brøt med tradisjonelle rettsprinsipper i Norge.

Regjeringsadvokaten ser at det neppe er aktuelt å innføre andre regler om bevisbyrde, erstatning og oppreisning i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven enn de som allerede er vedtatt i diskrimineringsloven. Regjeringsadvokaten vil nå derfor nøye seg med å vise til våre innsigelser fremsatt i høringsbrev herfra til KRD av 14. februar 2003 der de fortsatt gjør seg gjeldende. Regjeringsadvokaten peker samtidig på at utvalget foreslår at det bør nedsettes et utvalg som ser på muligheten for en helhetlig regulering av diskrimineringsvernet. Etter Regjeringsadvokatens syn vil det da være naturlig å vurdere disse spørsmålene på nytt på et mer generelt plan.

II Merknader til enkelte bestemmelser i utkastet

Til § 4 – forbud mot diskriminering

Første ledd fastslår at direkte og indirekte diskriminering pga nedsatt funksjonsevne er forbudt. Det fremgår at utvalgets merknader til § 4 at begrepet nedsatt funksjonsevne omfatter "fysiske, psykiske og kognitive funksjoner", jf også kapittel 3.3 og 10.4.3. Utvalget viser samtidig til at diskrimineringsgrunnlaget ikke er en angivelse av "hvilke personer som omfattes av lovens vern", men at grunnlaget skal fastlegge "hvilken form for diskriminering som er regulert i loven", jf. merknadene til § 4 første ledd. Som et argument for at diskrimineringsgrunnlaget ikke skal knyttes til en personkrets, viser utvalget til at bevisføring rundt den diskriminertes "kroppslige egenskaper og ... problemer relatert til disse... åpenbart kan virke ydmykende", jf. kapittel 10.4.3. Dette står tilsynelatende i strid med utvalgets merknader til § 4 første ledd hvor det påpekes at "Den nærmere vurdering av om det har skjedd diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne, må under enhver omstendighet være konkret ut fra den aktuelle funksjonsnedsettelsen."

Etter Regjeringsadvokatens syn bør avgrensningen av diskrimineringsgrunnlaget komme klarere frem i lovteksten: Presiseringen av hvilke funksjonsnedsettelse som omfattes (og dermed av hvilken personkrets som beskyttes av loven) er sentral for å klargjøre virkeområdet for de andre bestemmelsene i loven. Regjeringsadvokaten kan ikke se at man – ved vurderingen av om diskrimineringsforbudet er overtrådt i en konkret sak - kan komme utenom spørsmålet om personen som hevder seg diskriminert har nedsatt funksjonsevne, og dermed er diskriminert pga dette. Både i § 4 andre og tredje ledd ligger det er krav til årsakssammenheng mellom diskrimineringen og den nedsatte funksjonsevnen, jf. ordlyden "på grunnlag av". Som utvalget selv presiserer i sine merknader til fjerde ledd, rammer diskrimineringsforbudet "bare de negative virkninger som oppstår *som følge av* nedsatt funksjonsevne".

Av hensyn til klarhet i hva diskrimineringsforbudet er avgrenset til, både for de som er rettighets- og pliktsubjekter etter loven, bør det derfor fremgå i selve lovteksten hva som menes med begrepet nedsatt funksjonsevne. De samme hensyn gjøre seg gjeldende i forhold til trakasseringsforbudet i § 5.

Til § 12 - Bevisbyrde

Regjeringsadvokaten er av den oppfatning at regler om delt bevisbyrde - etter mønster av aml § 55, likestillingsloven § 16 og diskrimineringsloven § 10 – er uheldige. Dette ble utførlig kommentert i forbindelse med Regjeringsadvokatens høringsuttalelse av 14. februar 2003 til KRD angående NOU 2002:12. Innsigelsene som ble fremmet kan i like stor grad gjøre seg gjeldende i forhold til diskrimineringsvern for personer med nedsatt funksjonsevne. Regjeringsadvokaten vil derfor gjengi følgende fra høringsuttalelsen av 14. februar 2003:

"Etter Regjeringsadvokatens syn knytter det seg store betenkeligheter ved å etablere en slik bevisbyrde regel utenfor ansettelses- og arbeidsforhold (Også i arbeidsforhold knytter det seg for øvrig betenkeligheter til en slik regel, noe Regjeringsadvokaten har gitt uttrykk for i sin høringsuttalelse til NOU 2003:2, skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet) I aml er regelen begrunnet med forskjell i styrkeforhold mellom partene samt behov for å bevisstgjøre arbeidsgiver sine ansettelsesprosedyrer.¹ Det samme fremgår av forarbeidene til likestillingsloven § 16. Fra Ot prp nr 77 (2000-2001) punkt 12.2.3 hitsettes:

En hovedbegrunnelse for en regel om delt bevisbyrde i arbeidslivet er hensynet til å ivareta en effektiv håndheving av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling. Saksforholdet i en konkret sak kan være uoversiktlig og vanskelig å få klarhet i, samtidig som det er arbeidsgiveren (eller potensiell arbeidsgiver i ansettelsessaker) som sitter med det vesentligste av

¹ Ot. prp. nr. 34 (2000-2001) s. 13-14

dokumentasjon i saken. Dette gjør det vanskelig og til dels umulig for den som mener seg forskjellsbehandlet å bevise at det faktisk har foregått forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Å legge hele bevisbyrden på den som mener seg forskjellsbehandlet vil i praksis innebære at mange saker om direkte og indirekte forskjellsbehandling i arbeidslivet ikke får en reell prøving fra håndhevingsapparatets side. Dette ville innebære en vesentlig svekkelse av forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn innenfor arbeidslivet.

Å legge bevisbyrden på arbeidsgiver kan også ha den virkning at arbeidsgiverne gjøres mer bevisste på nødvendigheten av å undersøke bakgrunnen for deres beslutninger rundt blant annet ansettelser, lønn og arbeidsvilkår. At arbeidsgiveren sitter igjen med tvilsrisikoen også der det etter avsluttet bevisførsel fra begge parter fortsatt er tvil om det har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven, kan bidra til at arbeidsgiver sørger for gode rutiner og ryddig saksbehandling i lønns- og personalsaker.

Utenfor ansettelsessaker er det ikke nødvendigvis ulike styrkeforhold mellom partene. Sakene kan knytte seg til en konflikt mellom to private parter hvor den innklagede verken er nærmere til å sitte med dokumentasjon på saken eller til å være i en posisjon hvor han kan påvirke interne prosedyrer, og hvor det åpenbart knytter seg stor bevisproblemer til forhold som ikke er objektivt konstaterbare. Utenfor ansettelsessaker kan det videre være uklart hvilke omstendigheter klageren må påvise (hva som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering) og hvilket faktum den innklagede må sannsynliggjøre. Regjeringsadvokaten antar at det kan være vanskelig å finne en reell todeling på noe som for retten i realiteten fremstår som samme bevistema.”

Til § 16 – oppreisning og erstatning

Utvalget foreslår at ordinære bevisregler skal gjelde ved vurderingen av om skyldkravet er oppfylt etter utkastet § 16 første ledd. Regjeringsadvokaten antar at det samme er ment å gjelde i forhold til erstatning for økonomisk tap etter § 16 fjerde ledd. Etter Regjeringsadvokatens syn styrker dette innsigelsene mot reglene om delt bevisbyrde i utkastet § 12.

For det første synes det unødvendig komplisert å operere med ulike bevisregler på bevistemaer som henger så vidt nær sammen: Spørsmålet om det foreligger diskriminering eller trakassering vil bl.a. bero på om handlingen ”har som formål” å behandle personer med nedsatt funksjonsevne dårligere enn andre, jf utkastet § 4 annet ledd og § 5 annet ledd. Vurderingstemaet synes å inkludere den diskriminerende parts subjektive formål med handlingen, noe som vil være parallelt til vurderingen av om skyldkravet er oppfylt. For det andre er det ikke nærmere begrunnet hvorfor den fornærmedes rolle styrkes når bevistemaet er hvorvidt det foreligger diskriminering, trakassering eller gjengjeldelse, men ikke ved vurderingen av om skyldkravet er oppfylt.

Med vennlig hilsen
REGJERINGSADVOKATEN



Elin Holmedal
advokat